KARLOS NAVARRO

DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE

PRÓLOGO
JESUS GONZALES PEREZ

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES
IIES
USTOM ... Sin Límites
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
DE ORIENTE Y MEDIODIA
GRANADA - NICARAGUA
"Universitas Granadensis"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA

KARLOS NAVARRO

DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE

PRÓLOGO
JESUS GONZALES PEREZ

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES
IIES
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
DE ORIENTE Y MEDIODIA
GRANADA - NICARAGUA
"Universitas Granadensis"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA

Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía

Rector
Dr. Roberto Ferrey

Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores

Director
Karlos Navarro

Equipo Editorial

Autores	:	Karlos Navarro
Cordinación editorial	:	Karlos Navarro
Diseño de interiores	:	Alicia Castro Guido
Diseño de portada	:	Freddy Aviles C.

ISBN: 978-99924-21-32-7

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

El Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES), es una instutución adscrita a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía, dedicada a la promoción de estudios de posgrados en diversas areas del conocimiento.

iiescontrolacademico@gmail.com

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES).

Contenido

PRÓLOGO 19

INTRODUCCIÓN GENERAL 23

CAPÍTULO PRIMERO
LOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE 27

I. La formación y consolidación del estado nicaragüense 27

II. El desarrollo de la administración pública en el siglo XIX 35

III. La concepción cepaliana del Estado y la Administración Pública 38

IV. La administración pública durante la revolución sandinista 40

V. La reforma de la administración pública en la década de los noventa . 42

CAPÍTULO SEGUNDO
LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE.. 51

I. El pensamiento ilustrado constitucional en Centroamérica 55

CAPÍTULO TERCERO
LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE 81

I. Introducción 81

II. La evolución del constitucionalismo en nicaragua y su evolución en la regulación constitucional del derecho administrativo y la administración pública 84

III. La constitución de nicaragua de 1987 y sus sucesivas reformas: un nuevo marco constitucional para la administración pública nicaragüense 84

1. La sujeción de la Administración pública al Derecho 85

2. La falta de una nítida separación entre Gobierno y Administración pública 88

3. La Constitución económica y la Administración pública 89

4. La regulación constitucional del empleo público 92

CAPÍTULO CUARTO
LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE 97

I. La ley 102

1. Concepto y características 102

2. Clases de leyes 104

II. Reglamento 107

1. Concepto 107

2. Clases de reglamentos 109
3.Atribución de la potestad reglamentaria 110
III. Tratados internacionales. 110
IV. Jurisprudencia dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad..... 114
V. Jurisprudencia 116
VI. El precedente administrativo. 121
VII. Doctrina científica. 122

CAPÍTULO QUINTO
LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE NICARAGUA 127
I. Estructura orgánica de la administración pública 128
1. Atribuciones de los órganos administrativos. 128
2. Elementos del órgano administrativo. 129
3. La competencia administrativa..... 129
4. Criterios para determinar la competencia 129
5. Clases de competencia 130
6. Delegación de competencia..... 131
7. Avocación de competencia 131
8. Para resolver los conflictos de competencia..... 131
II. La organización de la administración pública..... 132
1. La centralización administrativa 132
2. Órganos centralizados de Nicaragua..... 133
3. Descentralización administrativa 134
4. Clases de descentralización. 136
5. La descentralización Administrativa en Nicaragua 137
6. Órganos descentralizados de Nicaragua..... 137
7. La desconcentración administrativa..... 138
8. Órganos desconcentrados de Nicaragua..... 140
III. La organización de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica..... 140
1. Órganos de Gobierno..... 141
IV. La organización administrativa de las municipalidades de Nicaragua 141

CAPÍTULO SEXTO.
EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA..... 143
I. El concepto de Administración pública 143
1. Introducción 143

2. Una cuestión polémica y en constantes proceso de revisión: la definición de la Administración pública y de Derecho administrativo 145
3. Tesis que identifican la Administración con una parte del Poder ejecutivo 159
4. Tesis objetivas 155
5. Tesis orgánicas o subjetivas 162
6. Tesis mixtas 166
7. Autonomía del Derecho administrativo 168
II. La noción de administración pública en el derecho nicaragüense 170
1. Concepto de Administración pública en Nicaragua 170

CAPÍTULO SÉPTIMO
NUEVAS TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 179
I. Introducción 179
II. Privatización, liberalización y desregulación. El repliegue de la Administración pública a favor del sector privado 180
III. La huida del Derecho administrativo 195
IV. La Administración neutral: las Administraciones independientes 201
V. Nueva posición del ciudadano, participación y retroceso de las técnicas unilaterales de la Administración 209

CAPÍTULO OCTAVO.
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA .. 219
I. El ordenamiento jurídico 219
1. Principio de jerarquía 220
2. Principio de competencia 221
3. Criterio cronológico 222
II. La constitución como norma jurídica. primacía formal y material de la constitución 222
III. La ley 227
1. Concepto y características 227
2. Clases de leyes 231
3. Procedimiento legislativo ordinario 234
IV. Reglamento 236
1. Concepto 236
2. Distinción ley-reglamento 242
3. Clases de reglamentos 253
4. Atribución de la potestad reglamentaria 255
5. Límites de la validez de los reglamentos 258
6. Invalidez de los reglamentos 263

7. Medios de reacción contra los reglamentos ilegales 265
A. Inaplicación 265
B. Recurso de inconstitucionalidad contra reglamento 268
C. Recurso directo contra Reglamento 268
D. Recurso indirecto contra reglamento 269

CAPÍTULO NOVENO
LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA 271
I. El principio de legalidad de la actividad administrativa 271
1. La sujeción de la Administración al Derecho 271
2. Potestades discrecionales y potestades regladas 282
3. Control judicial de las potestades discrecionales 287
II. El acto administrativo 291
1. Definición 292
A. El acto administrativo como declaración. Exclusión de la actividad material de la Administración del concepto de ésta. La inactividad material de la Administración y las vías de hecho 294
B. El acto administrativo es un acto dictado por un sujeto en el ejercicio de poder público 300
C. La declaración en la que consiste el acto administrativo puede ser de voluntad, de juicio o de conocimiento 302
D. El acto administrativo es una declaración unilateral 303
E. El acto administrativo es una resolución que no innova el ordenamiento jurídico 304
F. El acto administrativo es una declaración sujeta al Derecho administrativo 305
G. Los actos administrativos producen efectos jurídicos 305
2. El acto político y su control judicial 306
3. Elementos del acto administrativo 321
A. Elementos subjetivos 321
B. Elemento teleológico 325
C. Elementos objetivos 327
D. Elementos formales 329
E. Motivación del acto administrativo 331
4. Clases de actos administrativos 334
A. Actos que agotan la vía administrativa y actos que no agotan la vía administrativa 334
B. Actos de trámite y actos definitivos 335
C. Actos favorables y actos desfavorables o de gravamen 338
D. Actos firmes y consentidos 338

E. Actos originarios y actos reproductorios y confirmatorios 339
5. Invalidez del acto administrativo 340
A. Categorías de invalidez 340
B. Inexistencia 340
C. Nulidad de pleno Derecho 344
D. Anulabilidad 359
E. Irregularidad no invalidante 361
F. Invalidez y plazo de impugnación 363
6. La conservación del acto administrativo invalido 365
7. Revocación y revisión de oficio 370
8. Rectificación de errores materiales 375
9. Notificación del acto administrativo 376
III. La eficacia del acto administrativo y tutela de los derechos de los administrados. Las medidas cautelares en el derecho administrativo de Nicaragua. 384
1. Eficacia del acto administrativo 384
2. Medidas cautelares 391
A. Introducción 391
B. Los fundamentos de la tutela cautelar: el periculum in mora y el fumus boni iuris 398
C. La ponderación de los intereses de terceros y del interés público 405
D. Carácter reglado de la tutela cautelar. Especial referencia a la necesidad de una adecuada motivación de la decisión 406
E. La constitución de fianza como requisito para la efectividad de la medida cautelar 407
F. Suspensión como única medida cautelar posible versus reconocimiento de un numerus apertus de medidas cautelares: la necesidad de una interpretación superadora de los estrechos márgenes de la Ley Jurisdiccional nicaragüense 409
G. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares 411
H. Medidas cautelares y proceso en que se ventila la pretensión principal: accesoriedad e instrumentalidad de la medida cautelar 413
IV. El procedimiento administrativo 414
1. Introducción. La falta de una ley reguladora del procedimiento administrativo en Nicaragua 414
2. Concepto de procedimiento administrativo 415
3. Principios del procedimiento 419
A. Principio de impulso de oficio u oficialidad 420
B. Principio antiformalista o pro actione 420

C. Principio contradictorio 421
4. Sujetos 422
A. Capacidad para ser parte y capacidad procesal 422
B. Legitimación 422
C. Postulación 428
5. Fases del procedimiento administrativo 429
A. Iniciación del procedimiento administrativo 429
B. Instrucción 434
a. Alegaciones 434
b. Informes 435
c. Prueba 438
d. Trámite de información pública 440
e. Trámite de Audiencia al Interesado 442
f. Propuesta de resolución 444
6. Terminación 445
A. Terminación real 446
a. La terminación normal del procedimiento: la resolución en sentido estricto 446
b. Desistimiento y renuncia 448
c. Caducidad 449
d. Caducidad en los procedimientos iniciados de oficio 452
e. Imposibilidad material de continuación del procedimiento 453
B. Terminación ficticia. Obligación de resolver y silencio administrativo 453
V. Los recursos administrativos 461
1. Concepto de recurso administrativo 461
2. Fundamento de los recursos administrativos 467
3. Suspensión 472
4. Clases de recursos administrativos 472
5. Procedimiento 473
A. Iniciación 474
B. Legitimación 476
C. Instrucción 476
D. Plazo máximo para resolver 476
E. Terminación 478

CAPÍTULO DÉCIMO
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN NICARAGUA 481
I. La figura del contrato administrativo. 482

II. Ámbito de aplicación 483
III. Principios de la contratación 486
IV. Requisitos previos para contratar 487
V. Órganos de la contratación 489
VI. Procedimiento de la Contratación Administrativa 491
1. Procedimientos de contratación 491
2. Etapas comunes del procedimiento de contratación administrativa 492
A. Fase preparatoria 492
B. Fase esencial 492
C. Fase integrativa 492
VII. Requisitos previos al inicio de una contratación 493
VIII. Etapas y procedimientos de la licitación pública 494
1. Fase preparatoria 494
A. Resolución de inicio 494
B. Elaboración de pliego de bases y condiciones de licitación 494
2. Fase esencial 495
A. Convocatoria a licitación 495
B. Aclaraciones y homologación del pliego de condiciones 496
C. Corrección del pliego de base y condiciones 496
D. Presentación de las ofertas 496
E. Apertura de las ofertas presentadas 498
F. Modificación o retiro de las ofertas presentadas 498
G. Aclaración de ofertas 498
H. Descalificación del oferente 499
I. Rechazo de las ofertas 499
J. Elaboración del dictamen de recomendación 499
3. Fase integrativa. 500
A. Resolución de adjudicación 500
B. Re adjudicación 500
C. Declaración de licitación desierta 501
D. Suspensión o cancelación del procedimiento de licitación 501
E. Formalización y liquidación del contrato 502
IX. Recursos administrativos en materia de contratos 503
1. Recursos administrativos según la Ley 737 y su Reglamento 504
2. El recurso de objeción 505
3. Recurso de aclaración 506
4. Recurso de impugnación 506

5. Recurso de nulidad 507
X. Tipos contractuales 508
1. El contrato de obra pública. 509
A. Definición: 509
B. Requisitos previos al inicio del procedimiento de contratación de obra pública: 509
C. La ejecución de la obra 511
D. Plazo de ejecución 511
E. Condiciones no previstas durante la ejecución del contrato 511
F. Paralización de la obra pública 512
G. Pago de la obra 512
H. Pago de anticipos en contratos de obra 512
I. Revisión de precios 513
J. Supervisión de la obra 513
K. Investigación de irregularidades 513
L. Cláusula de incentivos 514
M. La recepción de la obra 514
N. Entregas parciales 514
2. El contrato de suministro de bienes 514
A. Definición 514
B. Entrega de los bienes 515
C. Riesgos por pérdida o destrucción de los bienes objeto del suministro 516
D. Plazo de garantía 516
E. Inspección pendiente la entrega de los bienes 517
F. Repuestos 517
G. Pacto de exclusividad 517
H. Prohibiciones 517
I. Terminación del contrato 517
J. Procedimientos aplicables 518
3. El contrato de servicios 518
A. Definición 518
B. Los de servicios generales 518
4. Los contratos profesionales de consultoría 519
A. Selección del consultor 520
B. Selección basada en la calidad y el costo 520
C. Recepción de las ofertas 520
D. La evaluación de las ofertas 521
E. Evaluación de la calidad. 521

F. Evaluación del costo 521
G. Evaluación combinada de la calidad y el costo 522
H. Selección basada en la calidad 522
I. Selección basada en presupuesto fijo 523
J. Selección basada en el menor costo 523
K. Selección basada en las calificaciones de los consultores 524
5. Los acuerdos marco 524
A. Definición 524
B. Reglas de realización y ejecución del acuerdo marco 525
C. Procedimiento a seguir y órgano tramitador 526
D. El Plan anual de licitaciones de acuerdos marco. 526
E. Particularidades del procedimiento 527
F. Suscripción del acuerdo y de la carta de adhesión 527
G. Contratación bajo los acuerdos marco 527
H. Catálogo de precios 527
I. Vigencia del acuerdo marco 528
J. Normativa aplicable 528
XI. Sanciones en materia de contrataciones administrativas 528
1. Generalidades 528
2. Sanciones en materia de contrataciones administrativas según la LCASP Sanciones para funcionarios públicos 529
A. Faltas muy graves 529
B. Faltas graves 530
C. Faltas leves 530
3. Sanciones a los contratistas 531
4. Procedimiento a seguir 531
5. Recurso contra la resolución administrativa de sanción 532
6. Registro y publicidad de las sanciones 532
7. Sanción de suspensión por tres años 533
8. Sanción de suspensión por un año. 533
9. Límite de las sanciones 533

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO
EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 535
I. Antecedentes del Contencioso administrativo en Nicaragua 535
II. Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350 537
III. Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo 539

IV. La peculiar inclusión de un listado de definiciones básicas en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de nicaragua. La necesidad de aprobar una ley de procedimiento administrativo 540
V. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa 541
VI. Competencia 545
VII. Principios del proceso 546
VIII. Las partes del proceso contencioso-administrativo 547
1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal 547
2. Legitimación 549
A. Legitimación activa 550
B. Legitimación pasiva 552
C. Sucesión en la legitimación 554
3. Postulación 554
IX. Objeto del proceso 555
X. Acumulación de acciones 560
XI. El proceso contencioso-administrativo 561
1. Plazo para la interposición del recurso 561
A. Plazo de interposición del recurso contra actos administrativos 561
B. Plazo de interposición del recurso contra actos producidos por silencio administrativo 563
C. Plazo para la interposición del recurso contra disposiciones administrativas 564
D. Plazo para interponer el recurso contra la inactividad material de la Administración 564
E. Plazo para interponer el recurso contra vías de hecho 564
XII. Inicio del proceso 564
XIII. Demanda y contestación a la demanda 567
XIV. Prueba 574
XV. Vista 575
1. Concepto y características 575
2. Principios que rigen la celebración de la vista 576
A. Continuidad e inmediación 576
B. Publicidad 577
C. Desarrollo de la vista 578
D. Terminación del proceso 579
E. Terminación normal del proceso: la sentencia 579
F. Terminación anormal del proceso 587
G. Avenimiento y transacción 587

H. Desistimiento 588
I. Allanamiento 590

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO
EL SERVICIO PÚBLICO: LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y REGULACIÓN 593
I. El Servicio Público en Nicaragua 597
II. Bloque de Servicios Sociales: Seguridad Social, Sanidad y Educación 599
III. Bloque de Transporte 601
IV. Bloque de suministro, agua, energía eléctrica 603
V. Bloque de comunicación: Radiocomunicación, telégrafos, Correos 606
VI. La crisis de los ochenta y la nacionalización de las Empresas 607
VII. El Servicio Público en la Constitución de Nicaragua 608
VIII. La privatización de los servicios público 610

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NICARAGUA 613
I. Introducción. Evolución de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense 613
II. Presupuestos o elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial 616
1. Acción u omisión 617
2. Daño 617
3. Daño real o efectivo 619
4. Evaluable económicamente 619
5. Individualizable 620
6. Daño emergente y lucro cesante 620
7. Daño emergente 620
8. Lucro cesante 620
III. Criterios de imputación 621
IV. Relación de causalidad 623
V. Causas de exclusión de la responsabilidad. La fuerza mayor 626
VI. Procedimiento para el reconocimiento de la responsabilidad 627

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO
El DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NICARAGÜENSE 629
I. La potestad sancionadora en el Proyecto de ley Proyecto de ley del Régimen jurídico de las Administraciones publica, procedimiento administrativo común y derecho de los ciudadanos 630
II. Principios de la potestad sancionadora 632

1. Principio de legalidad..... 632
2. Debido procedimiento 632
3. Irretroactividad. 632
4. Principio de tipicidad. 632
5. Responsabilidad. 633
6. Principio de proporcionalidad. 633
7. Prescripción. 634
8. Concurrencia de sanciones. 634
III. Principios del procedimiento sancionador 634
1. Garantía de procedimiento. 635
2. Derechos del presunto responsable. 635
3. Medidas de carácter provisional. 635
4. Presunción de inocencia. 635
IV. Transparencia del procedimiento 636
V. Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas 636
VI. Prescripción y archivo de las actuaciones 637
VII. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal 638
VIII. Reconocimiento de responsabilidad o pago voluntario 638
IX. Comunicación de indicios de infracción 638
X. Actuaciones previas e iniciación del procedimiento 639
XI. Actuaciones previas 639
XII. Colaboración y responsabilidad de la tramitación 640
XIII. Actuaciones y alegaciones 641
XIV. Prueba 641
XV. Propuesta de resolución 642
XVI. Audiencia 642

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO
LOS BIENES PÚBLICOS EN NICARAGUA Y LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE INTERÉS SOCIAL 645
I. Jurisprudencia Nicaragüense 647
II. Imprescriptibilidad 648
III. Inalienabilidad e inembargabilidad 649
IV. Las utilizaciones privativas de los bienes afectados al uso público. Estacionamientos y ocupaciones 650
V. La expropiación por causa de interés social 652

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO
LA FUNCIÓN PUBLICA 655
I. Introducción 655
II. Modelos de función pública 657
III. Modelo abierto 659
IV. La Función Publica en Nicaragua 660
V. Ámbito de Aplicación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa 671
VI. Órganos del Servicio Civil 673
1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público 673
2. Comisión de Apelación del Servicio Civil 673
3. Comisión Nacional del Servicio Civil 674
4. Instancias de Recursos Humanos 674
VII. Sistema de clasificación de puestos 675
A. Proceso de Análisis y Descripción de Puestos 676
VIII. Formas de ingreso al Servicio Civil en la Administración Pública según la DIGEFUP 677
1. Sistema de Provisión de Puestos 677
2. Convocatoria para optar a puestos de trabajo dentro de la función pública 678
3. La contratación 681
4. Creación del Expediente: 681
IX. Sistema de Gestión del Desempeño de los servidores públicos 681
X. Derechos de los Funcionarios y Empleados 684
XI. Deberes de los Funcionarios y Empleados 684
XII. Jornadas de Trabajo 685
XIII. Causas para Perder la Condición de Funcionario o Empleado de Carrera 686
XIV. Régimen disciplinario de los servidores públicos de carrera 688
XV. Recursos Administrativos 689

BIBLIOGRAFÍA 693

PRÓLOGO

Jesús González Pérez.

Conmemoramos este año un acontecimiento trascendental en la historia de nuestro Derecho administrativo: la aparición del número primero de la "Revista de Administración Pública". Se iniciaba así lo que se ha llamado "década prodigiosa del Derecho administrativo español". Se promulgaron tres Leyes básicas en la estructuración de un Estado de Derecho: en 1.954, la Ley de Expropiación forzosa, que regulaba en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la Administración; en 1.956, la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo y en 1.958, la Ley de procedimiento administrativo. Y sobre estas Leyes y la progresiva jurisprudencia obra de una judicatura especializada, se fue construyendo un sistema de Derecho administrativo, a través de monografías y manuales y tratados.

Paralelamente se había producido fenómeno análogo en algunos países de la América de lengua española, en el que, sin duda, incidió decisivamente nuestra experiencia, como asimismo influyó en general en aquellos otros en los que el Derecho administrativo no estaba, precisamente, entre las preferencias de los cultivados de la Ciencia del Derecho.

Nicaragua, tardíamente pero con ímpetu, se incorporó a este proceso. En los últimos veinte años, se han aprobado leyes de capital importancia para el desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo, como la Ley de Competencia, procedimiento y recursos del poder Ejecutivo (290); la Ley de Contrataciones del Estado (323); la Ley de lo Contencioso Administrativo (350), (parcialmente derogada), la de municipios, y en la actualidad, se está redactando el proyecto de ley de Procedimiento Administrativo y una nueva Ley de lo Contencioso Administrativo.

No se habían publicado obras que ofrecieran un sistema de Derecho administrativo. De aquí la trascendencia de este Derecho administrativo nicaragüense de Karlos Navarro, que constituye el primer intento serio de construir un Sistema de Derecho administrativo nicaragüense. Podemos decir que esta obra lleva a la Ciencia del Derecho administrativo de esta República centroamericana de la adolescencia a la madurez.

Por una parte expone de manera sistemática los grandes temas del Derecho Administrativo, con una abundante bibliografía; y lo articula con el Derecho positivo y la jurisprudencia existente, logrando así, una nueva forma de entendimiento, compresión y perspectiva del Derecho administrativo nicaragüense. Por la otra, ofrece una visión de soluciones técnicas de carácter general, con conexiones lógicas; y, una adaptación y adecuación a la realidad jurídica, no

como un agregado de soluciones individuales que adolece de racionalidad y coherencia, como era la forma de abordar anteriormente esta materia.

El libro está escrito con una finalidad docente. Está adaptado a los planes de estudio de las universidades del país, y, comprende las materias que se imparten a lo largo de las asignaturas troncales de esta disciplina. Su finalidad didáctica se refleja en el lenguaje utilizado. Es un lenguaje preciso y claro, para explicar con sencillez los conceptos propios del Derecho Administrativo, renunciando a la oscuridad deliberada que no pocas veces acompaña a las reflexiones sobre la parte general de nuestra disciplina.

El doctor Karlos Navarro, se preocupa por situar las instituciones y las normas en su contexto histórico y evolutivo; es así que pasan revista de los presupuestos históricos del derecho administrativo nicaragüense, en donde analizan, las diferentes formas que adquirirá el Estado, en el siglo XIX y el XX; y su relación con el derecho administrativo.

La obra, también trata de ofrecer los diversos problemas con que se ha enfrentado la doctrina al intentar definir el concepto de Derecho administrativo, Exponen las diferentes posturas doctrinales al respecto, y la contrasta con la postura doctrinal plasmada en la Ley de la Jurisdicción contenciosa Administrativa.

El libro incorpora, de una forma minuciosa, el estado de la cuestión del ordenamiento jurídico-administrativo de Nicaragua (principio de jerarquía, competencia, Constitución, ley, reglamento); la actuación administrativa, contrato administrativo, la necesidad de una ley de procedimiento administrativo y el control judicial de la administración pública.

También, abordarán los temas, de la organización del Estado, la función pública, el servicio público, la expropiación forzosa, la responsabilidad de la Administración pública y bienes públicos, para así completar, los temas generales del Derecho administrativo.

Me voy a permitir destacar el capítulo, dedicado al control judicial de la Administración pública. Porque en ese prodigioso desarrollo del Derecho administrativo de los pueblos de América, ocupa un puesto relevante el que se ha producido en el ámbito de la Jurisdicción administrativa. Y se ha realizado sabiendo que había que abordar su estudio con la técnica del Derecho procesal.

Se ha ido estructurando un Sistema de Derecho procesal administrativo, a base de monografías que han alcanzado niveles muy considerables. Pero no solo a golpe de monografía, sino también, con obras generales de muy distinta extensión y valor, pero que revelan un singular esfuerzo por sintetizar la reglamentación del tradicional "contencioso-administrativo" con la técnica del Derecho general. En los distintos países han ido apareciendo Tratados y Manuales con fines didácticos o destinados a profesionales (algunos, nuevas ediciones remozadas) en los que se aplica correctamente la metodología exigida por la realidad procesal que en ellos se aborda. Algunos, partiendo de una normativa todavía arcaica; otros de una normativa que, por influencia de una

doctrina pionera, ya fue elaborada por maestros que manejaron la técnica correcta al elaborar proyectos que obtuvieron la aprobación de los legisladores.

Este es el caso de Nicaragua, Navarro ha partido ya una legislación progresiva, que han sistematizado a su vez con depurada técnica al realizar el Derecho procesal administrativo de su obra. Podemos decir que este capítulo es un excelente Manual de Derecho procesal administrativo, dentro de un Tratado de Derecho administrativo.

Decía con anterioridad que este libro está escrito con una finalidad docente. Pero, precisamente por su claridad expositiva y metodología utilizada, rebasa con mucho la finalidad inicial. No en balde en sus actos concurre una sólida función científica y una amplia experiencia práctica. Por lo que constituirá un instrumento de trabajo muy valioso para todos aquellos que, desde distintos planos, tengan que aplicar día a día, el Derecho contencioso-administrativo nicaragüense en los distintos procedimientos que el Ordenamiento arbitra para hacer efectivo el principio –y derecho fundamental– a la tutela jurisdiccional efectiva.

Karlos Navarro, sin duda alguna es de los más prestigiosos administrativistas de la América de lengua española.

INTRODUCCIÓN GENERAL

Pocos países han tenido una evolución tan compleja y problemática como la que ha experimentado Nicaragua a lo largo de su historia. La inestabilidad política y las alternancias en el poder, no sólo de las personas o los grupos políticos, sino también de las ideologías y concepciones económicas y sociales, han sido más que frecuentes.

Este factor no podía dejar de afectar a la evolución del ordenamiento jurídico encargado de encauzar y dirigir la realidad social, política y económica subyacente a la misma. Afirmación especialmente cierta para una rama tan apegada a la política y a los cambios sociales como lo es el Derecho administrativo. Realidad, como es sabido, extraordinariamente sensible a las transformaciones sociales.

La más marcada consecuencia que esto ha traído consigo ha sido la incapacidad para llevar a cabo la construcción del ordenamiento jurídico administrativo desde una perspectiva unitaria, pues se ha erigido como fruto de impulsos diversos, procedentes de las más diversas influencias, que han ido configurando un conglomerado variable, imposible de incardinar en ninguna de las familias o construcciones jurídicas clásicas. Ningún país del mundo puede afirmar, ciertamente, que su Derecho se enmarque de forma absoluta en una tradición jurídica determinada, sin embargo, el caso de Nicaragua es al respecto destacable, dada la intensidad, y sobre todo la confusión, con lo que a lo largo de su convulsa historia se ha ido produciendo esa mixtura de soluciones jurídicas diversas.

Eso explica, en buena medida, que a pesar de existir, como es evidente, dada la entidad y riqueza histórica de un país como Nicaragua, un importante aparato administrativo desde muy temprano, no exista en este país un sistema desarrollado de Derecho administrativo. En la regulación jurídica de esa estructura pública es frecuente encontrar figuras y conceptos propios del Derecho administrativo continental europeo, de base francesa (piénsese, por ejemplo, en la figura de la concesión administrativa, que aparece frecuentemente en la normativa de Nicaragua); que conviven con soluciones jurídicas procedentes de otras latitudes (la influencia norteamericana debe ser también aquí, como en tantos otros campos, especialmente reseñada).

A ello se añade un factor bastante común en toda Latinoamérica, como es la tendencia a reproducir las instituciones jurídicas europeas y estadounidenses.[1] De nuevo aquí Nicaragua asume un papel destacado, pues precisamente

1 Señala E. Rivero Ysern que gran parte de las instituciones existentes en América Latina son reproducciones, a imagen y semejanza, de otras existentes en Europa o en los Estados Unidos. Desde las Cortes constitucionales o los consejos de Estado a los entes reguladores o agencias de supervisar y regular actividades

en la materia que nos ocupa, se manifiesta una notable carencia de construcciones originales en sentido estricto, y se percibe un tratamiento de la materia deudor en exceso de los estudios llevados a cabo en otras latitudes.[2]

Los efectos de esta intensa importación se ven agravados por la más que marcada carencia en el tratamiento de la materia por la doctrina nicaragüense, que se ha ocupado bastante pocos de los problemas iusadministrativos.[3]Esto no impide, por supuesto, que existan también en este país algunos estudios, muy meritorios además, sobre el tema.[4]Pero son tan sólo excepciones particulares, simples islas en un inmenso océano de olvido. Motivado, quizás, por la escasa aplicación práctica que esta rama del Derecho ha tenido hasta el momento en Nicaragua.[5]

---

estratégicas–. –Descentralización en Colombia–. Rivero Ysern, Enrique, El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 93.

2 En tal sentido, señala C. M. López que en algunos casos las obras nicaragüenses sobre la materia son –simple extrapolación de lo que han escrito otros autores en otras latitudes, sin tener en cuenta si esas reflexiones son aplicables o no, a nuestra realidad, a nuestra historia, a nuestro grado de desarrollo económico, social y cultural, y más aún, a nuestro ordenamiento jurídico. Además uno de nuestros errores más frecuentes ha sido la tendencia a confundir lo que no es más que una reflexión particular sobre la normativa a una realidad concreta, a menudo ajena y distanciada, no sólo geográficamente, de la nuestra, con lo que es la doctrina general o principios generales del derecho aceptados por la civilización occidental, a la que de alguna manera hemos sido incorporados–. López, Cairo Manuel, Prólogo al libro de Escorcia, Flavio Jorge, Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 2002. p. 8. En el mismo sentido, Flavio Escorcia destaca la necesidad de –conectar los conocimientos teóricos con la realidad nacional, con los problemas que padece la sociedad–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit. p. 31.

3 Señala López que –el Derecho Administrativo en nuestra patria presenta niveles muy modestos. Ha sido, más bien, una rama del Derecho Público un tanto descuidada y a veces desvalorizada. Son pocos sus cultivadores. Sigue siendo un Derecho para unos cuantos iniciados. Casi diríamos que se trata de un Derecho esotérico. Nuestros autores, por otra parte, han sido muy escasos. Además no todo lo que se ha escrito tiene la misma calidad. La existencia de obras generales es limitadísima–. López, Cairo Manuel, Op. Cit. p. 7-8.

4 Así, puede citarse la obra de Palma Martínez, Derecho Administrativo, Teórico y Positivo, Editorial Nuevos Horizontes, Managua, 1947; bastantes años más tarde vio la luz la obra de Rizo Oyanguren, A., Manual Elemental de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992; recientemente, la bibliografía sobre la materia se ha visto enriquecida por una notable obra de Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2.

5 Señala al respecto Flavio Escorcia que el –Derecho Administrativo ha venido siendo hasta hoy, una rama del Derecho abandonada por el jurista y no muy agradable para el estudiante. La causa parece ser la casi nula oportunidad que como estudiantes de leyes, tienen para practicar o ejercitar los conocimientos del Derecho Administrativo. Quizás el ambiente político de nuestra sociedad y

En su conjunto, todos estos factores determinan que el Derecho administrativo de Nicaragua se presente como un conjunto que adolece de un alto grado de irracionalidad, en cuanto ofrece, con carácter general, la visión de un agregado de soluciones técnicas, correctas individualmente consideradas, pero carentes de una verdadera conexión lógica y, sobre todo, en gran medida extrañas, en el sentido de que parecen haberse anexionado desde fuera, como algo ajeno, y no, como sería deseable, como fruto de una adaptación y adecuación progresiva a la realidad jurídica, social, política y económica nicaragüenses.

Como señala Ivanega,[6]un sistema no puede recibir un juicio positivo o negativo sino es desde su aplicación práctica. Se hace, por ello, imposible, en nuestra opinión, enjuiciar de forma global los distintos sistemas administrativos que en uno u otro momento ha ido adoptando Nicaragua, pues ninguno de ellos ha tenido una implantación real lo suficientemente intensa como para concluir acerca de su adecuación.

Pero la mayor dificultad que, sin duda alguna, sigue encontrando esta rama del Derecho que nos ocupa en Nicaragua, es la persistencia de notables lagunas en su ordenamiento jurídico administrativo. Durante los últimos años esta rama del Derecho va ganando, lenta pero decididamente, posiciones y, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, ha experimentado un desarrollo de importancia verdaderamente reseñable.[7]

Pero éste decidido impulso no puede ocultar aún la existencia de dos grandes lagunas. Por un lado, la falta de algunos textos legales básicos para la existencia de un auténtico sistema de Derecho administrativo. Sin necesidad de descender a un estudio de detalle, creemos que queda debidamente acreditada la certeza de este hecho por la inexistencia aún hoy en día de una ley de procedimiento administrativo y régimen jurídico básico de la Administración

---

el actuar mismo de la propia administración pública, desaniman también al estudiante y al jurista, encontrando al Derecho Administrativo como un conjunto de conocimientos simplemente teóricos a los que no se les tiene muy en cuenta por el poder público. Ello es posible que les haga pensar, que las posibilidades para ejercer el Derecho Administrativo son remotas, a menos que trabajen en la administración pública y aún así, entienden que es posible que no encuentren afinidad entre lo que se les ha enseñado y la forma como más tarde deberán adoptar sus decisiones–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 31.

6 Indica Miriam Ivanega que los –sistemas administrativos, financieros, económicos, jurídicos no son buenos ni malos en sí mismos. En realidad, sus beneficios, o la ausencia de ellos, deben rendirse con relación a la aplicación efectiva que puedan tener en un Estado determinado–. Ivanega, Miriam Mabel, Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 2003, p. 285.

7 Como señala Flavio Escorcia, en –Nicaragua, el Derecho Administrativo de fines de siglo, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, se encuentra experimentando una enorme ascendencia y constante evolución–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 31.

pública. Texto jurídico básico y crucial en todo régimen administrativo que se precie, que ni ha existido ni existe en Nicaragua.

Por otro lado, y quizás aún más dramático que lo anterior, es la falta de una tradición en la materia. Carencia que se manifiesta además en todos los ámbitos posibles: empleo público, abogacía, jurisprudencia y doctrina. Ello hace que las leyes administrativas se perciban en la práctica como elementos extraños y desconocidos, que encuentran un obstáculo insalvable para su aplicación práctica en su rotunda novedad para los operadores jurídicos llamados a aplicarla.

Un panorama plagado de problemas, como puede ya deducirse de estas páginas iniciales, pero también de esperanzas. Los últimos tiempos están siendo testigos de una delicada y compleja operación que trata de poner en marcha un sistema de Derecho administrativo avanzado, equiparable al de los países más avanzados del planeta. Es nuestro propósito que esta obra contribuya a tan ingente tarea, que constituye un objetivo de primordial importancia, pues como señala Rodríguez-Arana Muñoz, –las Administraciones Públicas representarán en el próximo siglo una de las fuentes del diferencial competitivo entre las naciones, es decir, el hecho de no disponer de una Administración moderna, eficaz y eficiente puede tener un coste elevado en términos de competitividad y de capacidad de gobierno y liderazgo de la sociedad.[8]

8 Rodríguez-Arana Muñoz, J., –Reforma y modernización de la Administración Pública española–, en La Administración Pública Española, Madrid, INAP, 2002, p. 43.

CAPÍTULO PRIMERO
LOS PRESUPUESTOS HISTÓRICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE

I. La formación y consolidación del estado nicaragüense

Para Centroamérica, el siglo XIX significa el nacimiento y constitución de su sociedad, la configuración social y cultural que le dará identidad e historicidad en el conjunto de las nuevas sociedades.

Sin embargo, la particularidad de las sociedades centroamericanas radica en que surgen con una institucionalidad económica, política y cultural marcadamente feudal,[9] como producto de la existencia de una estructura económica volcada a la exportación de materias primas hacia Europa, lo que desarrolló unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional, llevando a la generación de territorios aislados entre sí. Todo ello impidió la creación de un mercado interno y de la institucionalización de las prácticas sociales mercantiles.

La naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época ésta definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del periodo colonial. Es decir, en el nuevo período histórico que se inicia después de la independencia, se mantuvo y reprodujo la estructura económico-social heredada del período colonial, caracterizada por una bajísima regulación; y por una desarticulada estructura territorial.

En este contexto, la centralidad de la práctica política de las élites oligárquicas dominantes estaba orientada a la construcción del Estado, donde lo político estaba definido por la discusión y pugna de intereses entre los distintos sectores y clanes familiares. Estas disputas giraban principalmente en torno a los marcos jurídicos e institucionales necesarios para la institucionalización, fun-

9 J. Beneyto afirma que Colón introduce en América la Edad Media. La Edad Media era todavía, en efecto, la que mostraba su impronta en los conquistadores, que, además procedían de zonas singularmente influidas por las instituciones señoriales. Las posiciones feudalizantes, el peso de la herencia y, en fin y sobre todo, ese enfrentamiento entre el príncipe y el vasallo en terreno común, pactando y fijando sus mutuos acuerdos, resulta característico. En un primer momento tuvieron que crearse numerosas y variadas situaciones "de facto", que acaban por ser reconocidas "de iure". En los esquemas iniciales de la organización indiana resulta fundamental el vínculo de súbdito. Los indios son, desde los primeros momentos, vasallos de la corona. Beneyto, José Vidal, Historia de la Administración española e hispanoamericana, Madrid, 1958, p. 425.

cionamiento y legitimación del nuevo Estado, que se intentará construir bajo los preceptos del Estado moderno y liberal que ya se configuraba en Europa.

No obstante, el que haya surgido un Estado sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó, en la práctica, que se haya montado un constitucionalismo -o mejor dicho, una institucionalidad jurídico-política- y una ideología de carácter liberal sobre un sistema económico y social de carácter feudal. Esta superposición llevó a que se levantará un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas.[10]

Este nuevo orden de cosas queda garantizado de manera formal por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 –calco imperfecto de la norteamericana– fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto de la propiedad, en la libertad de comercio e industria; y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía.[11]

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano –con algunas mínimas variantes– se reducían a la defensa nacional, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado.

La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y encargado de la preservación de la libertad.

---

10 Beneyto subraya que "la Constitución era un traje a la moda, pero no ciertamente...traje a la medida–. Y más adelante afirma que fue "muy poco lo que los próceres de la Independencia tomaron de la organización precedente. Incluso...y ahí halla la primera y más importante diferencia entre el movimiento de emancipación realizado en el Norte y la revolución de los países hispanoamericanos, porque éstos últimos se distinguieron por un espíritu demoledor, en el cual acaso...no sería inconducente buscar el origen de la inestabilidad y la oscilación advertidos en la vida de las nuevas naciones–. Beneyto, José Vidal, Op. Cit., pp. 593 y 594.

Por su parte E. Alvarez Lejarza, afirma que "desgraciadamente los fundadores de estas nacionalidades siguieron el espíritu de imitación, sin alcanzar a comprender que los pueblos deben tener sistemas de gobierno en armonía con sus peculiaridades y tradiciones; y per saltum nos dieron una Constitución similar a la norteamericana, la cual había logrado el milagro de unir por la federación a las colonias desunidas, y en Centroamérica llega al desastre de desunir por la federación lo que estaba unido en la colonia". Alvarez Lejarza, Emilio, Las Constituciones de Nicaragua, Madrid, España, 1958, p. 99.

11 En el artículo 182 de la Constitución se regula el Poder Ejecutivo, estando a su cargo: 1. "Ejecutar la ley y cuidar el orden público (...) 3. Disponer de la fuerza armada del Estado y usar de ella para la defensa". Ibídem, p.358.

Dentro de las atribuciones del poder Ejecutivo -ejercido por un presidente (art.106)- estaba la de garantizar el orden público; nombrar a los funcionarios de la República;[12]asimismo "Podrá separar libremente y sin necesidad de instrucción de causa a los secretarios del despacho, trasladar con arreglo a las leyes a todos los funcionarios del Poder Ejecutivo federal, suspenderlos por seis meses y deponerlos con pruebas justificativas de ineptitud o desobediencia, y con acuerdo en vista de ellas de las dos terceras partes del Senado– (art. 122); el articulo 123 establecía que "Presentará, por medio de los secretario del despacho, al abrir el congreso sus sesiones, un detalle circunstanciado del estado de todos los ramos de la administración pública".

Una vez promulgada la Constitución Federal, Centroamérica cayó en un estado de anarquía política y social.[13] La anarquía fue tan grande en esté período que resultaba imposible improvisar una nueva burocracia, especialmente atendiendo el gran número de analfabetos y al exiguo contingente de personas capacitadas para estos cargos, en un corto tiempo fueron depuestos de la administración pública la cantidad de 318 personas.[14]

Similares términos e idénticos conceptos a los de la Constitución Federal, encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, e igualmente en la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez Fracasada la Federación).

Desde mediados del siglo XIX hasta la revolución liberal encabezada por el General Zelaya, el lento crecimiento demográfico, el mestizaje y la relación entre campo y ciudad no provocaron ningún cambio profundo en los mecanismos tradicionales de la sociedad nicaragüense y en las relaciones sociales que la sustentaban, permitiendo que las estructuras sociales precedentes a la independencia mantuvieran toda su vigencia y fueran determinantes en la formación del Estado.

---

12 El artículo 117, establecía: "Nombrará los funcionarios de la República que designa el artículo 102 a propuesta del Senado. El artículo 102, por su parte, indica "Propondrá ternas al poder ejecutivo para el nombramiento de los ministros diplomáticos, del comandante de las armas de la Federación, de todos los oficiales del Ejército. De coronel inclusive arriba, de los comandantes de puertos y fronteras, de los ministros de la Tesorería General y de los jefes de las rentas generales–.

13 Algunos autores le llaman estado de anarquía, otros de desorden público. A. Cruz dice: "En el siglo de la independencia Nicaragua cayó en un estado de desorden público, al igual que el resto de la América española". Bradford Burns, E, Nicaragua: Surgimiento del Estado-Nación, 1798-1858.

14 Marurre, un historiador de la época, anotó en su Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica, publicado en 1877 en Guatemala, que entre los años de 1821 a 1842 se dieron 143 acciones bélicas, entre ellas golpes de Estado, motines, revueltas, guerras, lo que produjo 7.088 muertos y 1.735 heridos. Marurre, Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica, Guatemala, 1877.

La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente esta realidad. Asimismo, fue clara expresión del sistema conservador: mantener un orden basado en la costumbre y en el status quo, en donde el concepto de ciudadano estuviera determinado por una alta concentración de capital y de propiedades.[15]

Según esta Constitución, al poder Ejecutivo -ejercido por el presidente- le correspondía "cuidar de la administración de los caudales públicos" (art. 55, inciso 5); "Nombrar y remover a los ministros del despacho y a los demás empleados del ramo ejecutivo" (art. 55, inciso 9); "Nombrar a los jueces de primera instancia del fuero común, a propuesta en terna de la Corte de Justicia, y a los demás empleados cuya provisión no esté reservada a otra autoridad" (art. 55, inciso 11); "Nombrar ministros diplomáticos, agentes y cónsules acerca de los demás gobiernos y admitir los nombrados por éstos" (art. 55, inciso 15); "Ejercer la suprema dirección sobre los establecimientos públicos y sobre los objetos de policía" (art. 55, inc. 26). El CAPÍTULO XX, "De la responsabilidad de los empleados públicos–, establecía en el art. 66, que "todo funcionario público, al tomar posesión, prestará juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; será responsable de su trasgresión y debe dar cuenta de sus operaciones". El capítulo XXI, "Del gobierno interior de los pueblos", en su art. 74, establecía que "Los departamentos serán regidos por prefectos, primeros agentes de la administración; su nombramiento corresponde al Gobierno y a la ley designar sus cualidades, atribuciones y duración".

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General Zelaya. Aunque las reformas liberales implementadas por éste tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que, si por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado[16] y el país, por otro, no lograron es-

15 El artículo 8 de la Constitución de 1858 establecía: "Son ciudadanos: Los nicaragüenses mayores de veintiún años o de dieciocho que tengan algún grado científico o sean padres de familia, siendo de buena conducta y teniendo una propiedad que no baje de cien pesos o una industria o profesión que al año produzca lo equivalente". Levy, apunta que en 1871 sólo participaba en el proceso político 640 personas (electores) sobre una población de 230.000 habitantes. Levy, Pablo, "Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua", en Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano, Managua, Editorial Artes Gráficas, 1965, Número 59-63, p. 148.

16 Velazquez Pereira indica que las nuevas tareas asignadas al Estado implicaron una alta dosis de intervención en la economía. De ese modo el Estado se convirtió en un importante protagonista del desarrollo, y en un centro de las decisiones económicas. El llamado Estado liberal en Nicaragua surge en respuesta a las necesidades de expansión y dinamización de la agricultura cafetalera. Por lo tanto, la acción reguladora del Estado en ese período va a corresponder al desarrollo y a las necesidades del nuevo sector de la economía. Se observa entonces que por medio de esta intervención en la esfera económica, el nuevo Estado organizó los intereses de la burguesía cafetalera dando a su acción los contenidos siguientes: a) La creación de la infraestructura económica necesaria

tablecer un orden político estable, un progreso económico duradero,[17] ni una administración pública independiente del poder Ejecutivo.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la "Libérrima" en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas.

Entre otros cambios sustanciales, la nueva constitución prohibió la existencia de una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho a servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a los extranjeros el derecho a permanecer en el país después de hacer –reclamaciones– injustas. Abolió la pena de muerte, estableció la libertad de trabajo y de imprenta, de profesiones y de impuestos. Suprimió los monopolios, estableció el control de las rentas públicas, introdujo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, jurado para juicios civiles, la separación del Estado de la Iglesia, el registro civil de las personas y suprimió la prisión por deudas.[18] En los años de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. A pesar de estas reformas importantes, Zelaya no separó el Gobierno de la Administración Pública.[19]

---

a la salida de la producción hacia los centros de ultramar. b) La organización del Sistema Monetario Nacional. c) La creación del Sistema Financiero Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.

17 E. Torres Rivas señala que "podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agroexportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico–. Torres Rivas, Edelberto, Interpretación del desarrollo social en Centroamérica, San José, Costa Rica, 1972, p. 63.

18 Alvarez Lejarza apunta que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio. Ensayo histórico…

En el año de 1896, Zelaya realizó Reformas a la Constitución: suprimió el artículo 152, que establecía: –...el Presidente y los Secretarios de Estado podrán ser acusados por delitos oficiales, hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones–. También eliminó algunas leyes constitutivas: la de imprenta, la marcial, la de amparo y la electoral.

En el año de 1905 promulgó otra Constitución. Lo más interesante de esta nueva Constitución era el hecho de que el período presidencial sería de seis años y el presidente sería elegido por voto popular. No se mencionaba nada sobre la reelección, lo que denota que la reelección era posible, ya que la ley no lo prohibía.

19 Santamaría de Paredes señala que –podemos emplear desde luego como sinónimos los nombres Poder ejecutivo y Poder administrativo sin más aclaraciones, con solo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa–. Santamaría de Paredes, Vicente,

Estos logros quedaron relegados cuando comienza las presiones exteriores en torno al canal interoceánico y por las constantes ambiciones de Zelaya de extender su poder en Centroamérica. Esto le llevó a interferir en los asuntos políticos de Guatemala, El Salvador y Honduras. Invade este último país y depone al presidente Bonilla, colocando en su lugar una Junta totalmente dominada por él.[20] Los países centroamericanos en busca de una solución, y ante el temor de ser invadidos por Zelaya, acudieron a los Estados Unidos.[21]

El general Zelaya, al ser causa de intranquilidad –tensiones en el interior del país y guerras en el exterior– en Centroamérica y al enfrentarse a los Estados Unidos por el canal, cae del poder en 1909, y a partir de allí comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

Por medio del protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, "no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos".[22] Durante este período los norteamericanos crearon algunas instituciones como la Recaudación General de Aduanas (RGA), el Banco Nacional de Nicaragua y la Alta Comisión, cuya función era autorizar, fiscalizar y supervisar el presupuesto nacional.[23]

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

Curso de Derecho Administrativo, 5a. edición, Madrid, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1898, pp. 138-143.

20 Argüello, A., "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua", en Revista Pensamiento Centroamericano, Número 159, Abril-Junio de 1978, p. 33.

21 El Secretario de Estado Elihu Root concibió la idea de un tratado General de Paz y Amistad, que fue ratificado en la conferencia de Washington el 17 de septiembre de 1907. En dicho tratado los países centroamericanos se comprometen a que no se use el territorio nacional como base para la organización de movimientos revolucionarios contra los otros estados, y a restringir las actividades políticas de los emigrados. También se comprometían a no reconocer ningún gobierno centroamericano que haya llegado al poder por medio de un golpe de estado o por una revolución contra un gobierno reconocido. Por supuesto, Zelaya violó sistemáticamente todas estas estipulaciones. Para una exposición detallada sobre este proceso, véase, Arguello, A, Op. Cit.

22 Knut, Walter, –El somocismo: Del protectorado a la revolución–, en Encuentros con la historia, Universidad Centroamericana, 1995, p. 331.

23 El Tratado Knox-Castrillo entre el departamento de Estado de los Estados Unidos y el gobierno de Nicaragua fue el instrumento que proporcionó el marco jurídico-político de la intervención norteamericana. En el artículo 4, el referido tratado establecía la creación de un organismo llamado Collector General of Customs, que se convertía en el recaudador de todos los ingresos fiscales del Estado, los cuales, una vez recolectados, eran transferidos a la segunda institución del sistema, que a su vez cumplía con otras tareas, es decir, el Banco Central.

El Estado nicaragüense, veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal, se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el servicio público.

Una de las conclusiones que podemos extraer de este desarrollo histórico abrupto de Centroamérica, y después del Estado de Nicaragua en el siglo XIX, es que, al no haber tenido lugar una revolución burguesa que desmantelara el autoritarismo absolutista, y que consolidara a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad y de paso, que lograra unificar el poder político y jurídico, crear ejércitos y dar vida a una burocracia administrativa, surge una versión autóctona y atrofiada de Estado, independientemente de su orientación ideológica, y de su forma de gobierno.

El Estado liberal asumió en Nicaragua tintes muy distintos a los revistió en Europa y Estados Unidos. En lo político y lo jurídico, el Estado liberal de Derecho es la forma constitucional que refleja los ideales de la burguesía emergente. La revolución en las colonias norteamericanas y en Francia fue el instrumento por medio del cual la burguesía consiguió en los años finales del siglo XVIII remover los obstáculos que se oponían a su expansión política, económica y social; y abolir; en parte, el Antiguo Régimen.

Las Revoluciones liberales buscaban la ruptura del orden social orgánico y corporativo propio del Antiguo Régimen y su sustitución por una concepción de la sociedad y del Derecho esencialmente individualista.[24]

24 El utilitarismo de Bentham elevó el interés propio –ilustrado– al status moral y se convirtió en una doctrina ampliamente aceptada, pese a las protestas contra esta reivindicación. El hombre para los liberales trata de ser libre, racional e intenta perfeccionarse a sí mismo. Touchard, J., Historia de las ideas políticas, 2a. reimp., Madrid, Tecnos, 1987, p. 320.

Resumiendo de las lecturas de Sabine, Lasky y Touchard, podemos considerar que el único bien común que reconocerán los liberales será la maximización del añadido de los beneficios individuales. Uno de los axiomas políticos centrales que se derivan de la idealización de la libertad y la racionalidad individual es que el gobierno debe basarse en el consentimiento del pueblo, quien, de esta manera lo legítima. Aquí está la base de la afinidad entre liberalismo y democracia. La libertad es el valor primario del credo liberal, puesto que es el medio que permite al individuo racional, satisfacer sus intereses propios. La libertad es un valor instrumental que ayuda a las personas a obtener aquello que desean. La libertad social económica y política es considerada como una necesidad humana y un bien en sí misma, más que como un medio para lograr un fin. La concepción liberal de la libertad ha sido identificada ampliamente, como la elección material y el derecho. Lasky, El liberalismo europeo, México, F.C.E., 1945, pp. 11-27; Theimer, W ., Historia de las ideas políticas, Barcelona, Editorial Ariel, 1969, pp. 249-280; Sabine, G., Historia de la teoría política, 9a. reimp., México, FCE, 1978, pp. 489-531; Touchard., Op. Cit., pp. 301-325.

El principio de igualdad[25] formal se convirtió en la base jurídica sobre la cual se construyó el nuevo orden: todo el Poder público se concentró en las manos del Estado y el resto de los sujetos de derecho quedaron reducidos a la idéntica condición jurídica de simples particulares, culminándose el proceso continuado de acumulación de títulos de potestad y legitimación para la injerencia en la esfera vital de las personas que ha caracterizado el desarrollo del Poder público en Occidente.

Desaparecieron los estamentos o corporaciones, que brindaban privilegios jurídicos y, asimismo, quedaron eliminados los poderes territoriales del Antiguo Régimen, lo que dio paso a una organización territorial centralizada y uniforme, a la liberación de la Administración respecto al poder judicial y a la igualdad de derechos de los particulares. Medidas que van a contribuir a la configuración del régimen administrativo.

El resultado final de este proceso, fue la separación entre el ámbito publico representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado del mercado, en el que vive y actúa la sociedad civil, formada exclusivamente por individuos, liberados de los vínculos que nacían de los cuerpos intermedios del Antiguo Régimen, cuya inmediata eliminación fue en todas partes una de las primeras medidas de los revolucionarios.

La ley se convirtió en la fuente suprema del Derecho, como manifestación de la voluntad general, hallada en los Parlamentos mediante la discusión pública, libre y racional de los representantes de la Nación.

Mientras en Europa se echaban las bases del Estado moderno, y surgía el Derecho Administrativo[26] a través de la concurrencia de una administración

25 Villar Palasi señala que "la implantación de la igualdad, ley, voluntad general fue la primera característica destacable. Como había dicho Voltaire y repetido Montesquieu, es preferible el gobierno de la Ley al del capricho". Villar Palasi, José Luís, Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1968, p. 131.

26 E. Forsthoff escribe que "allí donde hay Estado, hay administración, allí donde hay administración hay derecho administrativo". Asimismo, afirma que el derecho administrativo como ciencia, aparece "con el establecimiento del Estado de Derecho burgués, es decir con la división de poderes, la administración según ley, la delimitación del legislativo y judicial y los límites en relación con los derechos individuales, puntualizando dicho experto que las "funciones estatales quedaron así situadas en una conexión sistemático-jurídica, dentro de la cual la administración tenía un lugar preciso". Forsthoff, E, Tratado de derecho Administrativo, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 69 y sigs.

Por su parte, Santamaría Pastor señala que " la historia de la Administración es inseparable, en efecto, de la historia del propio Estado: no sólo porque durante buena parte de la evolución política europea, Administración y Estado han sido, prácticamente, una y la misma cosa, sino también porque la estructura administrativa constituye hoy, cuantitativa y cualitativamente, el bloque cen-

suficientemente desarrollada, y de la aceptación del principio según el cual la administración, rama del ejecutivo, está sometida a la ley;[27] en Nicaragua, producto de las relaciones sociales y políticas propias de este orden oligárquico, y del Estado liberal atrofiado, surge el clientelismo; que, como práctica política refleja y proyecta un imaginario sociocultural que proviene de la época colonial, y se consolida en la cultura política nicaragüense. A través de distintas expresiones ideológicas, perdurará hasta la aprobación y reglamentación de la ley de Carrera Civil y Administrativa.

II. El desarrollo de la administración pública en el siglo XIX

A pesar de haber transcurrido varias de décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes, en Nicaragua no se logra descomponer del todo las estructuras sociales preexistentes al momento de la independencia; que se caracterizan por un orden semi-feudal.

Con este sistema de relaciones productivas se consolida el fenómeno del clientelismo que, a pesar de tener su origen en las haciendas y de ser un sello distintivo de las practicas sociales y políticas de la oligarquía, se transformará en una característica esencial de la cultura política y, como tal, atravesará toda la historia política de Nicaragua a partir de expresiones más elaboradas como el caudillismo, y de los liderazgos populistas que surgirán durante todo el siglo XX.

---

tral y hegemónico del aparato estatal". Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 11.

Gordillo considera que "el derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas, que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados". Gordillo, Agustín, Teoría General del derecho administrativo, Madrid, IEAL, 1984, p. 9.

27 Villar Palasi considera que la afirmación de que el "Derecho Administrativo como conjunto de técnicas propias nace de la Revolución Francesa", es parcial e inexacta. "Lo que sí aparece con la Revolución es la Administración personificada. Ella va a ser el nuevo titular de prerrogativas que anteriormente estaba indiferenciadamente en manos del príncipe, y es ella quien va a usar de técnicas jurídicas persistentes". Villar Palasi, Op. Cit., pp. 97-116.

Gascón y Marín, por su parte, afirma "que el desenvolvimiento científico del Derecho Administrativo comienza, en realidad, cuando se afirma el Estado moderno, cuando de los principios filosóficos se derivan las normas que regulan la organización de las sociedades políticas y las relaciones de los Poderes Públicos con los ciudadanos, diferenciándose las varias funciones del Poder Público". Gascón y Marín, José, Tratado de Derecho Administrativo, 10a. edición, Madrid, 1948, Pág. 14.

Al ser parte de las practicas políticas del régimen oligárquico, el clientelismo se expandió y desarrollo también en los sectores urbanos, donde incluyó a funcionarios, administrativos, empleados de banca y de comercio, que eran incorporados al sistema de relaciones clientelares mediante su adhesión a las directivas del partido del poder y su adaptación, como valores propios, de los modelos de vida y de comportamiento que ofrecía el sistema político.

Mas tarde, ya institucionalizado como practica social, el clientelismo político se constituye en el instrumento más eficiente para recibir cualquier tipo de apoyo, a través de la promesa de dar u otorgar un beneficio a quien se compromete a brindarlo.

Su origen viene dado por la coexistencia de estructuras de poder desiguales y asimétricas, junto con el desarrollo de lealtades interpersonales basadas en el favoritismo. Una vez institucionalizado como práctica cultural se convierte en un sistema de relaciones de reciprocidad, utilizado como mecanismo de intercambio comunitario y de integración social. En este sistema de relaciones de reciprocidad se conjugan el prestigio y el poder.

La expresión máxima de este sistema lo encontramos en el período de la dictadura de la familia Somoza. En lo político-administrativo esta época está marcada por un impulso centralizador que lleva ya en 1936, primer año de gobierno de Somoza García, a la supresión de la autonomía municipal y a la sustitución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo.[28]

---

28 Aunque en los años setenta se da un intento de descentralización, impulsado por la Organización de los Estados Americanos, que recomendaba en un informe: "La actual división del territorio nicaragüense en departamentos y municipios no es muy apropiada para un intento serio de desarrollo regional. La gran disparidad de tamaño, topografía, población y su distribución, dotación de recursos naturales, comunicación y distancia de los centros principales y mercados, producción actual y potencial, niveles de desarrollo, etc., entre los distintos departamentos, dificultan la adaptación de los esfuerzos de desarrollo al actual marco político-administrativo. Para lograr el desarrollo, las regiones deberían tener cierto grado de armonía interna y un conjunto de condiciones que faciliten su integración y cohesión. Programa de Descentralización y Desarrollo de la Región del Pacífico, OEA, 1978. A finales de 1978, se desarrolló un "Programa de Descentralización y Desarrollo de la Región del Pacifico", elaborada por técnicos de la OEA y del Ministerio de Economía y Comercio (MEIC). Pero estos planes no se llevaron a la práctica ni tuvieron incidencia alguna. A. Rodríguez Gil afirma que "el centralismo, que jugó un papel progresista en la consolidación de los Estados Nacionales y de las economías capitalistas, llega a Nicaragua muy tarde, a finales del siglo pasado (XIX), y con unos rasgos marcadamente oligárquicos que no le permiten cumplir con sus fines. Posteriormente la intervención norteamericana rompe el esquema de desarrollo autónomo del Estado y no es hasta los años 50-60, que éste conoce un mayor desarrollo y tecnificación, pero dentro del marco de una dictadura con gran peso unipersonal, que utiliza el aparato de Estado como instrumento de enriquecimiento de su grupo oligárquico y otorga gran prioridad al fortalecimiento y desarrollo y actuación de su eje central, la Guardia Nacional. Estas situaciones, unidas al

En 1937, ya por Ley, el ejecutivo asume el gobierno de las Juntas Locales y más adelante, en 1939, la Constitución Política ratifica la conversión, hecha diez años antes, de Managua en Ministerio de Estado, abole la autonomía municipal y establece que la administración de las entidades locales estaría a cargo de municipalidades nombradas por el Poder Ejecutivo.[29]

En la Constitución de 1950, aunque se mantuvo el sistema de nombramiento de las autoridades municipales por el Ejecutivo, se integró entre ellas a un miembro del partido llamado de minoría; que era escogido por el Ejecutivo de una terna presentada por dicho partido.[30] Este sistema permaneció con algunas modificaciones en la Ley Orgánica de las Municipalidades de 1963, que restituyó el carácter electo de los Concejos Municipales, que contarían con cinco miembros hasta que la Ley Municipal de 1967 los redujo a tres (dos del partido mayoritario en las elecciones municipales, Alcaldes y Tesoreros, y uno del minoritario, el Sindico). Asimismo, las municipalidades estaban sometidas al Ministerio de Gobernación, el cual por ley, ejercía una labor de vigilancia de las mismas, aprobaba sus presupuestos y Planes de Arbitrios, lo que es tanto como decir que tenía facultades de control sobre la totalidad de vida municipal.

En la Constitución de 1939, en el Capítulo II, "De los deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo", en su artículo 214, se establece que a "El presidente de la República están confiados el gobierno y la administración del Estado y el mando supremo de todas las fuerzas armadas de la nación". Asimismo, de acuerdo al artículo 219, le corresponde al presidente de la República como suprema autoridad administrativa, "nombrar y separar libremente a los secretario y subsecretario de Estado y a los demás empleados del Ejecutivo" (inc. 4); "Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales, cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución y las leyes" (inc. 4); "dirigir relaciones exteriores, nombrar agentes diplomáticos y cónsules de la República" (inc. 6). En el artículo 312 de esta Constitución se declara la intención de "crear el servicio civil organizado con los funcionarios que no tengan carácter político".

---

desarrollo económico dependiente y la tutela ejercida por los Estados Unidos, impide el desarrollo de un Estado fuerte, pero no el desarrollo de un aparato altamente centralizado, con una presencia en el territorio fundamentalmente de carácter militar y represiva, lo que incide en la debilidad congénita de los gobiernos locales y su sumisión al caciquismo". Rodríguez Gil, Centralismo, municipio, regionalización y descentralización en Nicaragua, Managua, Editorial Fiedrich Ebert, 1991, p. 29.

29 Sobre este aspecto, véase Buitrago, E., El municipio en Nicaragua, Managua, Nicaragua, 1987.

30 Sobre la forma de elección a los cargos público, a través del sistema electoral, véase Navarro K., El sistema Electoral Nicaragüense. Diagnóstico y Propuesta de la Sociedad Civil, Foro Democrático, Managua, Nicaragua, 2004.

Sin embargo, esta intención nunca se cumplió. Idénticos términos encontramos en la Constitución de 1948;[31] en la de 1950;[32] y en la de 1974.

III. La concepción cepaliana del Estado y la Administración Pública

Es notable, y aún paradójico, el hecho que durante este período, poco a poco, el Estado fue ampliando sus funciones y se transformó en un agente protagónico del desarrollo –hacia adentro–, que tenderá a generar mecanismos y estrategias de desarrollo económico a través de un capitalismo de Estado que será un instrumento que cambiará las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invierte en obras de infraestructura, expande los servicios públicos y promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Dentro de las distintas concepciones y teorías para interpretar e intervenir en los problemas asociados al desarrollo,[33] se impusieron las ideas de la Comi-

31 Artículos 177, 182 incisos 4 y 5.

32 Artículos 190, 195 incisos 4 y 5.

33 Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial surgen cinco corrientes teóricas y académicas que pretenden analizar las condiciones de pobreza y "atraso" de las sociedades latinoamericanas, que instalando en sus análisis la dualidad desarrollo-subdesarrollo, pretendían nutrir con sus análisis y propuestas a las políticas y estrategias de intervención del Estado. La primera de estas corrientes es de carácter neoclásico, de la que se desprende que el desarrollo es un continum entre un estado de subdesarrollo hasta otro de desarrollo. El principal exponente de esta corriente, Rostow, en su libro Las etapas del crecimiento económico, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1993, plantea que en un proceso de tipo lineal el subdesarrollo vendría a ser la antesala necesaria que es preciso superar, debiendo para ello reunir las condiciones de la primera etapa (el subdesarrollo) para así contar con las condiciones que la lleven a un estado de pleno desarrollo capitalista. La segunda corriente es de carácter funcionalista, y a través de una lógica cuantitativa y determinista, plantea que dentro de un continum global de desarrollo, se puede medir el grado de desarrollo de un país si se consideran determinados indicadores tales como la alfabetización, la educación, la natalidad, etc. Otra variante de carácter estructural-funcionalista, es la denominada corriente de la modernización o sociología del desarrollo, cuyo principal exponente, Germani, concibió el desarrollo en términos de tránsito de la "sociedad tradicional" a una "sociedad industrial, desarrollada y moderna", donde las sociedades europeas y norteamericanas eran el modelo a alcanzar; en este sentido era necesario determinar la propensión de una sociedad para transitar hacia el desarrollo en términos de la asimilación de los valores y conductas propias de la sociedad industrial mediante el abandono del subdesarrollo y la superación valorativa de la sociedad tradicional. Existe otra variante dentro de las teorías del desarrollo denominada "dualismo estructural", esta variante agrupa dos subcorrientes de suma importancia en el pensamiento latinoamericano, la primera conocida como la teoría de la dependencia y la segunda, el pensamiento "cepaliano". El

sión Económica para América Latina (CEPAL), organismo de Naciones Unidas, que planteaba que el subdesarrollo no es un "momento" en la evolución continua de una sociedad económica política y culturalmente aislada y autónoma, sino que, por el contrario, es parte de un proceso histórico y global que incluye a todas las sociedades, y que está definido por una división internacional del trabajo y por los términos de intercambio entre los distintos países.[34]

Para cumplir estos objetivos, la acción del Estado se hacia fundamental, en tanto era el único instrumento que podía generar una intervención capaz de crear las condiciones iniciales para el desarrollo, corrigiendo para ello la estructura social que impedía la expansión interna del mercado y, con ello, la emergencia de una sociedad moderna.

Es decir, ante la inexistencia de bases e instituciones sociales que pudiesen llevar por si solas a cabo el proceso de modernización y desarrollo, se definió al Estado como el único instrumento capaz de generar las estrategias e implementar las medidas tendentes a crear y consolidar las prácticas sociales de una economía capitalista, así como de promocionar el desarrollo y regular la distribución de la riqueza.

El tipo de Estado que surge a partir de los postulados Cepalianos es el denominado "Estado desarrollista", y el modelo de desarrollo que se encuentra asociado a éste es el modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones, que en términos generales buscaba la industrialización través de la sustitución de bienes de consumo "simples", cuya elaboración no requería una alta tecnología, y cuya rentabilidad estaba asegurada por la manutención de un mercado cautivo a través de una alta tasa impositiva a los bienes importados.

A partir de su redefinición del Estado, éste se transformará en un instrumento que cambiará drásticamente las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invier-

---

paradigma del dualismo estructural plantea que en las economías nacionales conviven dos polos, uno capitalista y otro no capitalista o premoderno; el primero posee un alto nivel tecnológico y es generador y concentrador de riqueza; en cambio el otro polo sería atrasado, poseería un sistema productivo básico y tendería a la marginalidad social. Estos polos que convivirían en las economías y en las estructuras sociales latinoamericanas, formarían parte también de un continum respecto al sistema económico internacional donde las economías latinoamericanas eran parte periférica y donde las economías de Europa y Norteamérica eran el centro.

Lo anterior fue el precepto de base de la teoría de la dependencia que plantea que la condición de dependencia de las economías latinoamericanas respecto a las economías desarrolladas, así como también la condición de desarrollo, eran condiciones estructurales de estas economías dentro del sistema capitalista internacional. Para profundizar, véase entre otros, Sotelo Valencia, A., La crisis de paradigmas y la teoría de la dependencia en América Latina.

34 Sunkel, O. y Paz, P., El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo, México, Editorial Siglo XXI, 1981.

te en obras de infraestructura, promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Señala a este respecto Barahona:

> El Estado, por su parte, pasó a jugar el papel de agente propulsor permanentemente del desarrollo económico...congruente con este nuevo atributo del Estado, se fueron incrementando y complicando sus funciones. Junto a los viejos órganos del aparato estatal fueron apareciendo las instituciones encargadas de poner en práctica las directrices que trataban de encauzar la economía (Banco Central, Instituto de Fomento Nacional, Instituto de Comercio Exterior. Dirección de Planificación, etc.) o bien de amortiguar las contradicciones que el sistema social generaba (Instituto Agrario de Nicaragua, Instituto de Bienestar Campesino, etc.). Junto a las instituciones del poder central aparecieron los llamados entes descentralizados, que de un número de dos en 1950, pasan a quince en 1970.[35]

Como señala Bernaldes:

> El Estado somocista no era un estado que sirviera para ninguna transformación, no tenía mecanismos, técnica ni experiencia en dirección, en organización, en formación, ni siquiera en presupuesto (...) lo único que llevó a la práctica fue el Banco Central, que se erigió en super-ministerio, porque era apropiado para el manejo económico y financiero de los intereses del somocismo y de las transnacionales. En parte sirvió para formas los técnicos de esa burguesía... y los formaron en buena mediada a través del financiamiento de las agencias norteamericanas. Pero fuera del Banco Central, el estado somocista no era aparato moderno, no estaba actualizado en relación a otros estados de América Latina.

IV. La administración pública durante la revolución sandinista

El derrocamiento de Anastasio Somoza el 19 de julio de 1979 fue recibido con entusiasmo. En esa fecha se instala la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, quien ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo, a la vez, entre los años de 1979 y 1984.

El 20 de julio la Junta promulga el Estatuto fundamental de la República de Nicaragua,3636, por el cuál se deroga la Constitución Política de 1974 y las leyes constitutivas (art. 3). Asimismo, el 21 de agosto de ese mismo año se promulga el Estatuto sobre derechos y garantías de los nicaragüenses, los

35 Barahona, citado por Rodríguez Gil, Op. Cit., nota 28, p. 24.

36 La Gaceta. 22 de Agosto de 1979. Los artículos 9, 10, 18 y 28 del Estatutos fueron reformados el 21 de febrero de 1984. A través de esta reforma se designan los nuevos Poderes del Estado: Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Supremo Electoral. El Consejo de Estado tenía la función de un Poder Legislativo, pero era compartida esta función con la Junta de Gobierno (Poder Ejecutivo).

cuales se clasificaban en: Derechos del pueblo, Derechos individuales, civiles y políticos, Derechos individuales, económicos, sociales y culturales. Estos Estatutos constituían el fundamento teórico sobre el que se irá desarrollando el nuevo régimen político.[37]

Sin embargo, la nota más característica de este período es que, ante la carencia de la más elemental infraestructura administrativa, y ante la falta de un plan de reforma administrativa, se dio una identificación política y administrativa del partido y del Estado,[38]que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales.[39]

---

37 Esgueva, A., Conflicto y paz en Nicaragua, Taller No. 7, Editorial UCA, 1998, pp. 95-96. Véase también, Valle Castillo, J., et. al., En Busca de la democracia, Managua, BCN, 1994, pp. 447-448. Flavio Escorcia señala que en ninguno de estos textos "se hizo alusión alguna a las entidades municipales, no sabemos a que pudo haberse debido tal omisión; si a la falta de interés por el tema local o a un olvido involuntario producido por las tensiones del momento. Sin embargo, la primera ley sobre el régimen municipal, se dictó unos días después de haberse cumplido seis meses de la caída de Somoza. Con esta ley se vinieron a formalizar las Juntas Municipales, las que de hecho se habían venido creando en cada una de las ciudades que iban siendo liberadas por el movimiento revolucionario durante la guerra". Escorcia, Flavio, Municipalidad y Autonomía en Nicaragua, León, Nicaragua, Editorial Universitaria, 1999, pp. 83 y 84.

Por medio del Decreto núm. 270, dictado el 31 de enero de 1980, se reguló lo referente al nuevo régimen local. El art. 1 dispuso: "El gobierno de los Municipios estará a cargo de las Juntas Municipales de Reconstrucción, que serán electas mediante consulta popular con los fines y competencias que esta ley señala". La Gaceta. 5 de febrero de 1980.

38 Rodríguez Gil indica que el Vice presidente de la República Sergio Ramírez Mercado, calificó este orden de cosas, como "feudalismo institucional", es decir un grado de descoordinación entre instituciones que en muchos casos actuaban de espaldas las unas de las otras, sino en abierta competencia por esferas de poder. Y más adelante escribe: Esta identificación fue especialmente grande en campo y en los sectores más alejados, donde los delegados del FSLN eran en muchas ocasiones la única presencia "institucional". Lo que unido a su prestigio y peso político, hacía que la población se dirigiera a ellos para asuntos tanto de naturaleza política como administrativa. Esta identificación continuó más allá de los primeros años y en general se vio reforzada por la guerra, que impuso una mayor unidad del Estado, el Ejército y el FSLN, a través de lo que se llamó "mando único", implantado a principios de 1985. Rodríguez Gil, Op. Cit., nota 28, p. 35 y 39.

39 M. Bernaldes señala que "solamente fueron destruidos los máximos directivos o colaboradores del antiguo régimen en distintos niveles de la organización estatal sobreviviente; la mayoría del personal, por ejemplo en la banca, el aparato fiscal, la seguridad social, la educación y la salud, eran empleados del régimen anterior". Bernaldes, La Revolución de Nicaragua, 1985.

También Coraggio, al respecto indica, "un aspecto de la herencia somocista es el haber dejado como un punto de partida para la construcción del Estado revolucionario los restos de un estado atrasado, corrupto, con un escaso de-

De esta forma, el Estado y la Administración pública fue creciendo de una manera desordenada, no planificada, y a veces en direcciones contradictorias, lo que acentuó la competitividad, el feudalismo institucional, las duplicidades e incluso las contradicciones legales entre los organismos estatales.

El 9 de Enero de 1987 la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República.[40]

Los preceptos constitucionales que hacen referencia a la administración pública se encuentran ubicados, en primer lugar, en el CAPÍTULO III, artículo 144, que establece que "El poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, Jefe de Gobierno, y Jefe Supremo de las Fuerzas de Defensa y Seguridad de la Nación". El articulo 150 indica que dentro de las atribuciones del Presidente de la República estaban las siguientes: "Nombrar y remover a los Ministros y Viceministros del Estado, Ministros Delegados de la Presidencia, Presidente o Directores de entes autónomos y gubernamentales y demás funcionarios cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución y en las leyes".

En esta Constitución, en su artículo 131, se "establece la carrera administrativa que será regulada por la ley". Sin embargo, la ley de Carrera Civil fue introducida una vez que el partido Frente Sandinista perdió las elecciones en 1990, en el periodo de transición entre el 25 de febrero y el 25 de abril. En cualquier caso, el 10 de mayo de 1990 se suspendió la Ley de Servicio Civil, permitiendo el despido de trabajadores del sector público.

V. La reforma de la administración pública en la década de los noventa

El 25 de febrero de 1990, en cumplimiento de los Acuerdos de Esquipulas, se efectuaron elecciones para escoger al Presidente y Vice Presidente de la República, representantes ante la Asamblea Nacional y Concejales municipales.

El resultado de las elecciones fue el triunfo de la coalición de Partidos Políticos identificado como Unión Nacional Opositora (UNO). En los prime-

sarrollo de las instituciones y de los instrumentos que usualmente sustentan una política económica...las reformas que se hicieron al organigrama estatal no pudieron superar una característica crucial: su división en esferas de decisión no corresponde a los subsistemas de relaciones concretas que constituyen el funcionamiento de orgánicos de la economía. Las unidades ministeriales, base de ese organigrama, responden a prácticas estatales inspiradas en una tradición latinoamericana basada a su vez, en teorías política económica poco aptas para un proceso revolucionario. Coraggio, José Luis, "Economía y política en la Transición", en La transición difícil, Managua, Nicaragua, Editorial Vanguardia, 1987.

40 Constitución Política de la República de Nicaragua (en adelante CN).

ros años de gobierno, la Presidenta Violeta Barrios de Chamorro implementó un programa de reforma al Estado[41] (Programa de Estabilización Económica y Ajuste Estructural de la economía, con la ayuda del Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Asociación Internacional para el Desarrollo (IDA) del Banco Mundial que centró sus esfuerzo en la estabilización y balance de los indicadores macroeconómicos, a partir del elevado déficit fiscal, resultado de aproximadamente 10 años de política expansiva de Estado.[42]

41 En realidad, en los dos primeros años fueron dos planes de estabilización: el primero en mayo de 1990, que incluyó planes para recortar el gasto público a través de reducciones en las remuneraciones y una política de austeridad. El segundo de los programas fue lanzado en marzo de 1991. Este plan, entre otras medidas, redujo el gasto público corriente (salarios y la compra de bienes y servicios) tenía que ser financiado exclusivamente por los ingresos ordinarios del gobierno (mayores impuestos), y se prohibió incurrir en cualquier déficit en relación a este tipo de gasto. En relación al gasto público en inversiones (construcción de carreteras, hospitales, etc.) se permitió contraer créditos, pero solamente si esos eran financiados por fuentes externas, y no por la creación y emisión de moneda por el Banco Central. Véase, Documento Presentado por el Gobierno de Nicaragua ante la Conferencia de Donantes en Roma, Junio de 1990; Banco Central de Nicaragua: Informe anual 1990; Programa de Estabilización y Ajuste Estructural para Nicaragua 1990-93. Septiembre de 1990. Un análisis crítico de este tema, véase, Neira, O. y Acevedo, A., Nicaragua: hiperinflación y (des) estabilización. Análisis de la política económica 1988 a 1991, Managua, Cuadernos de CRIES, Serie ensayos, No. 21, 1992.

42 La reforma del Estado en Nicaragua fue tardía. Como producto de la revolución que derrocó a Somoza se continuó con la política del estado desarrollista, pero con otro signo ideológico. En otros países de América Latina, el proceso de reforma al Estado había comenzado a inicios de los ochenta. Sin embargo, en ambos casos, la reforma no fue producto de un discusión política interna, sino de las recomendaciones del Banco Mundial, las exigencias del Fondo Monetario Internacional y las propuestas de lo que se ha llamado el consenso de Washington.

El consenso de W ashington hace alusión al acuerdo sobre política macroeconómica que habrían alcanzado distintos representantes de los organismos multilaterales y miembros de la academia latinoamericana en la conferencia patrocinada por el Institute for International Economics en Washington en 1989; que llegaron a la conclusión de que los gobiernos latinoamericanos debían:

1) privilegiar las políticas que permitieran lograr la disciplina fiscal; 2) priorizar el gasto público en educación y salud; 3) llevar a cabo la reforma tributaria; 4) dejar que el mercado determinara las tasas de interés positivas; 5) mantener un tipo de cambio competitivo; 6) realizar una política comercial liberal; 7) permitir la inversión directa extranjera; 8) privatizar las empresas del Estado; 9) desregular los distintos sectores de la economía; 10) comprometerse a proteger los derechos de propiedad de la piratería. La reforma apunta a construir un Estado mínimo, con lo con lo cual se esperaba que dejara de cumplir todas las funciones y características del Estado desarrollista; es decir, se piensa en un Estado que abandone su rol como planificador, su rol como empresario, como

Se estableció entonces un programa de reforma, con enfoque reduccionis-

distribuidor de la riqueza, como articulador de lo social y como mediador de los distintos intereses y conflictos sociales.

Esta nueva "estrategia de desarrollo" tiene sus raíces y expresiones concretas en América Latina a partir de la crisis fiscal de los ochenta provocada, entre otros factores, por el excesivo crecimiento del Estado –que condujo a una hipertrofia política-administrativa–, por el populismo económico y, por lo tanto, por la incapacidad de controlar el déficit público, por sucesivos y fuertes arranques inflacionarios, por las dificultades financieras provocadas por el no pago de la deuda externa. Lo que conllevó presiones de organismos internacionales para que se tomaran un conjunto de medidas tendentes a términos generales estas medidas implicaban a) Saneamiento y estabilización de las finanzas públicas, mediante la reducción del déficit presupuestario y la disminución del gasto público; b) Control de la inflación, con la tasa de cambio estable como ancla de las otras variables macroeconómicas; c) Rígidas políticas monetarias, crediticias y fiscales; d) Renegociación de la deuda externa; e) Reforma fiscal, mediante la ampliación de la base gravable, la reducción del impuesto sobre la renta, la renuncia al impuesto sobre el capital y el refuerzo de la imposición indirecta (impuesto al valor agregado); f) La liberalización de la economía hacia afuera y hacia adentro, mediante la desregulación de la empresa privada, de la competencia y el mercado, y por la apertura externa en lo comercial y financiero; g) Disminución del aparato Estatal. Se reducen los gastos públicos, el personal burocrático, las inversiones y actividades productivas, la seguridad social; h) La privatización de empresas estatales; i) Flexibilización del régimen salarial y del mercado de trabajo. Los objetivos generales de estas medidas podríamos decir que eran reequilibrar las cuentas del sector externo (balanza comercial, balanza de servicios, balanzas de capitales), con el fin de liberar divisas que permitieran asumir los compromisos de los altos niveles de endeudamiento con los organismos internacionales de crédito y la banca privada internacional. Para liberar divisas se necesita: 1) Disponer de ahorro. Ello se lograra a partir de la disminución del déficit fiscal, lo que permitiría contar con nuevos saldos con los cuales se cancelaría la deuda externa. Esta operación contable se logrará: a) por el lado del gasto público, reduciendo el número de funcionarios y reorganizando algunos diseños organizativos de las instituciones públicas, reduciendo el nivel de inversión pública, transfiriendo actividades tradicionalmente a cargo del sector público al sector privado, privatizaciones de empresas, etc.; b) por el lado de los ingresos, modificando tanto la estructura como la presión tributaria, vendiendo activos públicos, etc. 2) disponer de saldos en la balanza comercial, requiriéndose: a) aumentar las exportaciones para equiparar la balanza comercial en relación a las importaciones; y b) captar divisas externas a través de la inversión extranjera directa y abriendo el mercado de capitales. Estas medidas conllevan desregulaciones de actividades económicas, que deben asegurar el libre mercado de capitales. En una segunda fase, habrá que mantener el equilibrio de una cuidadosa ecuación entre tipo de cambio y tasas internas de interés, en relación a las tasas de interés y de 'rendimiento de las bolsas internacionales, con el fin de que el capital financiero permanezca en el país y no genere bruscos movimientos en la cuenta de capital.

Este tipo de estrategia será la que se impondrá a nivel latinoamericano, y es llamada comúnmente como "ajuste estructural". Sin embargo, estas políticas de reforma han servido para introducir, asentar y hasta construir un modelo

ta, que perseguía: la racionalización del papel del gobierno y del tamaño del sector público, la liberalización del comercio, del sistema financiero,[43] la reducción del gasto público, del déficit fiscal,[44] la modernización del sector productivo, la descentralización y la privatización[45] de los servicios públicos.[46]

económico y político caracterizado por sus excesos privatizadores y por su extrema polarización social. Es decir, si bien en su conjunto la reforma del Estado en América Latina ha servido para equilibrar las cuentas fiscales, también ha provocado la notoria disminución de la responsabilidad del Estado respecto a los problemas sociales (educación, salud y seguridad social) y a la dinámica del mercado interno.

Existe una abundante bibliografía sobre este tema en América Latina: Boeninger, E., "Reforma y Modernización del Estado en América Latina" en Reforma y modernización del Estado ILPES- CEPAL, Santiago de Chile, 1995; Garreton, M. A., ¿Reforma del Estado o cambio en la matriz socio-política?, Chile, Documento de Trabajo nº 30 FLACSO-Chile (mimeo), 1992; Kaplan, M., "Crisis y reformas del Estado en América Latina", en Revista del CLAD Reforma y Democracia 9, Caracas, 1997; Willianson, J., "What Washington Means by Policy Reform", en Latin America Adjustment. How much has happened?, Institute of International Economics, Washington, 1990. Específicamente sobre Nicaragua: EVANS Op. Cit.

43 Sobre la creación de la banca privada y la reestructuración de la banca estatal, véase, Saldomando, A., El retorno de la AID, Managua, Ediciones CRIES, 1992, pp. 85-94.

44 Obed LÓPEZ, N. (comp.), Modernización y descentralización de los Estados Centroamericanos, Nicaragua, Editorial Fiedrich Ebert, 2001, pp. 123-129.

45 En el documento "Estrategia de privatización", definen el término privatización en el sentido de reducir la participación del estado, vía desincorporación, en aquellos sectores en los que el sector privado pueda intervenir de manera económicamente más eficiente. El objetivo general de privatización para el Gobierno de Nicaragua consiste en facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado operando eficientemente. Los objetivos específicos de la privatización son: 1) Reactivar la economía al atraer inversiones del sector privado (nacional y extranjero) y al mejorar la eficiencia de la gestión empresarial. 2) Obtener ingresos tanto del ahorro de subsidios, como de la venta de las empresas que aumentan el presupuesto nacional. 3. Diversificar la propiedad de las empresas, brindando a todos los sectores la oportunidad de participar en el proceso. Estrategia de privatización. Documento, Managua, Nicaragua, 1993, pp. 8 y 9.

46 Al inicio la privatización fue dirigida a las empresas agrícolas, industriales y comerciales, pero en una fase subsiguiente se planteó la privatización de las empresas de utilidad pública, iniciando con TELCOR (Telecomunicaciones) y siguiendo con INE (energía eléctrica). Evans, T., –Ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe–, en La transformación neoliberal del sector público, Managua, Latino editores, 1995, p. 191.

A través del proceso de reforma del Estado se privatizaron 351 empresas[47] que anteriormente eran de propiedad estatal.[48] La privatización, tenía por objetivo: a) La reconversión y modernización del aparato productivo; b) El saneamiento de las finanzas del estado; c) El incremento en la generación de empleos, inversión, producción y exportaciones.[49]

De esta forma, el gobierno de Nicaragua concibe la privatización como uno de los instrumentos principales de la estrategia de desarrollo, de la racionalización del estado, y de la modernización de los sectores productivos. La trasferencia al sector privado de empresas y de activos se enmarca dentro del más amplio contexto de ajuste estructural, y de una política de apertura al comercio internacional, que tenía como objetivos centrales, fomentar la competitividad internacional de la economía y lograr un aumento en los niveles de vida a través de la creación de empleos.[50]

---

47 A junio de 1990 se contabilizaron 351 empresas, 340 bajo el control de las 22 corporaciones y 11 separadamente. Se estima que estas empresas conglomeraban al menos 800 Unidades Operativas. Estrategia de privatización, p. 5.

48 La estrategia de privatización de las empresas estatales fue desarrollada con la colaboración de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y otros. Estrategia de privatización. Documento, Managua, Nicaragua, 1993.

Por medio del Decreto-Ley nº 7-90 de mayo de 1990 se forma la Corporaciones Nacionales del Sector Público (CORNAP), que tenía como objetivos: a) Proponer al Presidente de la República las áreas y políticas de actividad económica en que deba existir y desarrollarse la actividad del Estado; b) De conformidad con tales políticas, autorizar los actos jurídicos, no judiciales o legislativos de privatización de las Corporaciones, sus empresas y activos. No se consideran actos de privatización los actos de disposición realizados en el giro normal de la actividad que constituye el objeto de la corporación o empresa; y c) Dictar las políticas que deben regir las relaciones entre corporaciones estatales en lo concerniente a sus ámbitos de acción, y aprobar lineamientos de política general aplicables a las distintas corporaciones". Según el documento "Avance del proceso de privatización", las Corporaciones y empresas de CORNAP, tenían niveles de endeudamiento del orden de US $310 millones con la banca comercial y de US $77 millones con el Banco Central a 30 de abril de 1990.

49 Corporaciones Nacionales del Sector Público. Avance del proceso de privatización. Marzo de 1995. Documento. Rene Vargas señala que, para agosto de 1991, 23 empresas habían sido devueltas a sus antiguos dueños, 3 privatizadas totalmente, 34 parcialmente privatizadas, y/o parcialmente retornadas a sus antiguos dueños, y 26 empresas liquidadas o fusionadas con otras empresas. Vargas, Oscar René, La economía de Nicaragua, Managua, Nicaragua, CEREN, 1992.

50 En el mes de marzo de 1991 se produjo, con la asesoría de consultores de PNUD, ONUDI, USAID y BID, entre otros, un documento para discusión en el que se formulaba la "Estrategia de Privatización del Gobierno de Nicaragua–. La estrategia fue revisada en el mes de 1992, para incorporar las experiencias de 1991 y la cambiante realidad económica y social del país. Del documento de estrategia se han extraído los elementos que se han considerado relevan-

Por medio del Plan de Conversión Ocupacional se transfirió personal del sector público al sector privado.[51] El 10 de mayo de 1990 se suspende la Ley de Servicio Civil, que permitió el despido de los trabajadores del sector público,[52] el cual paso del 7.7% de la población a un 2.6%.

En junio de 1994 da inicio la segunda generación de reformas,[53] con la negociación del primer ESAF (Inhanced Structural Adjustment Facility); el cual

---

tes: La privatización en sí se entiende como un proceso, no un objetivo. Los objetivos son y pueden ser muy variados: Procurar la reconversión y modernización del aparato productivo, el saneamiento de las finanzas del Estado a través de la eliminación de subsidios explícitos e implícitos, democratización de los bienes de capital, aumentar la eficiencia gerencial y otros. Todos estos objetivos pueden ser logrados durante el proceso de privatización, aunque no todos pueden ser logrados en el mismo momento, ni tampoco en cada acción de desincorporación. A diferencia de la estrategia de privatización desarrollada en otros países, CORNAP ha decidido no ligar la implantación de la privatización con la ejecución de estrategias sectoriales. Lo que se pretende más bien es ajustar –en la medida de lo posible– la estrategia de privatización diseñada y ejecutada por la CORNAP a la estrategia general de pacificación social, por un lado, y de estabilización y ajuste, por otro, que conduce el Gobierno de la República. El objetivo general del proceso de privatización para el Gobierno de Nicaragua, consiste en facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado que opere eficientemente. De manera más específica, se ha perseguido: 1) Reactivar la economía al traer inversiones del sector privado (nacional y extranjero) y mejorar la eficiencia de la gestión empresarial. 2) Mejorar el balance del presupuesto nacional, tanto por el ahorro de subsidios, como por el producto de la venta de las empresas. 3) Diversificar la propiedad de las empresas, brindando a todos los sectores la oportunidad de participar en el proceso. Para la selección de empresas a desincorporar, CORNAP, consideró tres situaciones claramente diferenciables, ante las que debió proceder de manera diferente: a) Empresas que cumplían con criterios "técnicos" enunciados más adelante; b) Empresas y Corporaciones cuya selección para privatización obedecía a un objetivo social, principalmente empresas del sector agropecuario y, c) Empresas que, por razones de diversa índole, llegaron a presentar situaciones de crisis tales que provocaron su cierre, justificando su cierre o privatización acelerada.

51 En un documento de la CORNAP se lee, que estas empresas dan "empleo a por lo menos 77.637 personas. En lo que respecta al Transporte, las empresas estatales transportaron en 1989 al 68 por ciento de pasajeros movilizados en el país y el 3 por ciento de la carga. CORNAP, Información básica, Managua, Nicaragua, 1990, Págs. 10 y 19.

52 El proceso de privatización y de transformación estructural buscaba "devolver a la empresa privada el papel protagónico que debe de desempeñar en la producción de bienes y servicios domésticos–. Documento de Roma, Junio de 1990. Véase también Programa de Estabilización y Ajuste Estructural para Nicaragua 1990-93, Págs. 14-33.

53 S. Fleury señala que "la propuesta de una segunda generación de reformas en América Latina, por parte de los organismos internacionales, proviene de la constatación del fracaso de las reformas de primera generación relativas a la

promulgaba la implantación de un programa de mediano plazo que promoviera la consolidación de la estabilización macroeconómica, la profundización de las reformas estructurales y la promoción de condiciones para la viabilidad externa. Esto implicaba mejorar las finanzas públicas; ajustar el crédito; establecer políticas salariales y políticas de tipo cambiario estable; así como llevar a efecto reformas estructurales que incluyeran la reducción del tamaño del sector público, el fortalecimiento de los derechos de propiedad, y la promoción de las actividades del sector financiero a través de la eliminación de operaciones bancarias estatales.[54]

A inicios de 1990 se inicia un proceso de descentralización del Estado.

Conforme el Decreto Número 1-90[55]y de acuerdo al artículo 151 de la Constitución,[56] la Presidencia de la República descentraliza doce instituciones, entre ellas el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar Social, el Instituto Nicaragüense de Energía, Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados y el Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos.

---

liberalización financiera y comercial de los mercados nacionales y su inserción en una economía globalizada - a fin de generar las condiciones necesarias para la superación de los problemas más apremiantes de la región. En otras palabras, la primera generación de reformas, también conocida como las políticas recomendadas en el marco del consenso de Washington, se mostró incapaz de crear tanto las condiciones de desarrollo sostenible como la reducción significativa de la pobreza y la desigualdad...las revisiones del Consenso de Washington ampliaron la agenda de las reformas institucionales y de intervenir en educación, dando origen a la actual discusión sobre el rol del capital social y humano en el proceso de desarrollo económico (...) la búsqueda de soluciones para la crónica crisis de gobernabilidad de América Latina encontró apoyo y fuente de inspiración teórica en las corrientes del neoinstitucionalismo y en las teorías de la economía conocidas como public choice y Principal- Agente. A partir de ese cuerpo teórico se diseñaron las estrategias de reforma institucional para la región, en áreas tan distintas como las reformas judiciales, las de seguridad social, los servicios sociales, etc.–. Fleury, "Reforma del Estado en América Latina: ¿Hacia donde?", en Revista Nueva Sociedad, núm. 160, Marzo-Abril 1999, pp. 58-59.

54 Banco Mundial Memorándum y recomendaciones el Presidente de la IDA a los Directores Ejecutivos en el crédito propuesto para la República de Nicaragua para un Proyecto de Desarrollo Institucional. Notas Técnicas, Febrero 24, 1995.

55 Decreto-Ley Núm. 4-90, Decreto de Ley Creadora de Ministerios de Estado, La Gaceta, Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.

56 Artículo 151 de la Constitución de 1987: "El Presidente de la República determina el número, organización y competencia de los ministerios de Estado, entes autónomos y gubernamentales. Los Ministros, Viceministros y Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales gozan de inmunidad".

El Decreto Núm. 4-90[57] fue el marco jurídico de la descentralización y reforma de la Administración Pública en Nicaragua. Este decreto, en su artículo 9, establece la creación de las siguientes Comisiones Sectoriales de Reforma: Comisión Sectorial para la Descentralización, Comisión Sectorial para la Reforma de las Empresas Públicas, Comisión Sectorial para la Reforma del Sector Financiero Estatal, Comisión para la Reforma del Servicio Civil y Carrera Administrativa, Comisión para la Reforma de la Administración Financiera y Control Gubernamental, Comisión para la Reforma Administrativa con el fin de proponer la reestructuración administrativa y orgánica de los Ministerios e Instituciones del Gobierno Central sobre la base de una política macroinstitucional y de acuerdo a las características propias de los mismos,[58] Comisión Sectorial para la Reforma de Seguridad Social y Bienestar, a fin de garantizar la adecuada reestructuración, reorganización, racionalización y eficiencia de las instituciones y/o empresas que prestan los servicios de seguridad social.

57 Decreto-Ley Núm. 4-90, Entes Autónomos Descentralizados del Estado, La Gaceta, Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.

58 El Comité Ejecutivo para la Reforma de la Administración Pública (CERAP), siete Comisiones Sectoriales de Reforma, la Secretaría Ejecutiva para al Reforma de la Administración Pública y la Unidad de Coordinación del Programa de Reforma y Modernización del Sector Público (UCRESEP). CERAP fue creada, en el ámbito de la Presidencia de la República, a fin de integrar y dar continuidad a las políticas emprendidas por el Gobierno tendentes a consolidar la estabilización económica y crear una Administración Pública moderna; y con la responsabilidad de dirigir el Programa de Reforma cuyo ámbito de competencia está comprendido por las Instituciones y organizamos del Gobierno Central, entes autónomos, empresas y otras unidades administrativas dependientes del Poder Ejecutivo. En Junio de 1998 se aprueba la Ley No. 290 de "Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo", que ha permitido al Gobierno de Nicaragua contar con una estructura más coherente, eficiente y ordenada. Ese mismo año se elabora el Reglamento de los Ministerios de Estado acorde con dicha Ley (Reglamento de la Ley No. 290), en el cual se definen las estructuras organizativas de estas instituciones y que, a partir del Presupuesto General de la República del 2000, son la base para la conformación de sus estructuras programáticas presupuestarias. Ley Núm. 290. Aprobada el 27 de Marzo de 1998. La Gaceta nº 102, de 3 de Junio de 1998.

CAPÍTULO SEGUNDO
LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE

Tres son los acontecimientos que van a marcar e influir en el origen y desarrollo del derecho público en Centroamérica, y especialmente en Nicaragua: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, hecho este que se produjo el día 4 de julio de 1776. El aporte capital de la Revolución Angloamericana es el otorgamiento del documento denominado Constitución, que se suscribió el 17 de septiembre de 1787, siendo ratificada en 1788 y ampliada con la Declaración de Derechos de 1791.

La Constitución Angloamericana consagra el principio de la separación del Poder Público, idea que vio la luz en el pensamiento político inglés y cuyo máximo exponente en Gran Bretaña fue John Locke.

En virtud de este principio se estableció una división tripartita de las funciones del Poder Público; que no es rígida sino flexible, en la cual las distintas ramas actúan en colaboración, siendo consagrada la figura del Presidente como órgano de la Rama Ejecutiva (artículo 2), el Congreso como órgano de la Rama Legislativa (artículo 1) y a la Suprema Corte y los tribunales menores, se les otorgaba el ejercicio de la Rama Judicial (artículo 3). Tiene particular relevancia, en el nuevo modelo político propugnado por la Constitución de 1787, la consagración de la cláusula de supremacía constitucional, en virtud de la cual la ley sólo es válida si es conforme a la Constitución (artículo 6).

El segundo gran acontecimiento es la Revolución Francesa, cuya fecha emblemática es el 14 de julio de 1789, día de la Toma de la Bastilla, en la ciudad de París y que viene a constituir el fin del Antiguo Régimen.

A diferencia de la Revolución Norteamericana, la francesa es una revolución ideológica cuyo aporte fundamental es haberle devuelto la dignidad a los hombres.

Dentro de la Revolución Francesa existieron tres acontecimientos decisivos: uno de carácter liberal, una de carácter democrático y otra de carácter social.[59]

Con la revolución francesa, llega la libertad, igualdad y fraternidad de todos los ciudadanos; pero, también los principios de separación del Poder Público y de la Legalidad, pilares fundamentales del Derecho Público moderno.

59 Ruggiero. Historia del Liberalismo Europeo. Trad. castellana. Ed. Pegaso. Madrid. 1944. p. XLIII

Eduardo García de Enterría ha descubierto que la Revolución francesa brindó dos ideas fundamentales al Derecho Público: el concepto de derecho subjetivo y el principio de la legalidad, ambos presupuestos de la actuación del Poder Público y a las vez límites a los derechos y garantías ciudadanas.

El concepto de derecho subjetivo se encuentra íntimamente vinculado a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, pues siendo estos derechos inherentes a los ciudadanos, son positivizados en dicha Declaración. Con ello se busca que tales derechos sean tutelados por el ordenamiento jurídico, lo que constituye una garantía a las libertades públicas.

El artículo 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama que "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Siendo el derecho subjetivo el poder que tiene una persona frente a otra y el ordenamiento jurídico en virtud de dicha atribución, le confiere la posibilidad de defenderlo y le otorga ciertos medios para ello.[60] También ha sido definido como el "reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto, imponiéndoles obligaciones o deberes, en un interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición".[61]

El derecho subjetivo, está en correlación con el de imperio de la ley, pues es la ley la que constituye el único límite al ejercicio de los derechos subjetivos; y, es la ley la única que faculta la actuación o la intervención del Poder Público.

El Principio de la Legalidad, nacido durante el liberalismo político y que se concibió como la subordinación del gobierno a la ley, en tanto y en cuanto ello suponía un sometimiento al Parlamento, toda vez que la desconfianza en el gobierno, hacía dudar que éste pudiese representar el interés general, que sólo se concebía debidamente representado por el Parlamento, como representante del pueblo.

Con el paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, la concepción del principio de legalidad también evoluciona y se comienza a entender no como un sometimiento de la Administración al Parlamento, sino como la sujeción de la Administración a todas las normas del ordenamiento jurídico, incluso a las normas generales por ella misma dictadas, lo que supone que la Administración se autovincula cuando establece normas de carácter general y en consecuencia se encuentra en el deber de cumplirlas. Es a partir de esta nueva concepción de la legalidad administrativa que se comienza a

60 De Castro, Federico. Derecho Civil en España. Civitas. 1984. pp. 573 a 588

61 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 5ª ed. Civitas. Madrid. 1995. p. 37

hablar, utilizando la afortunada expresión del Decano Hauriou, del "Bloque de la Legalidad".

El nuevo sistema de Derecho Público surgido de la Revolución, va a sentar las bases del moderno Derecho Penal, del Derecho de la Organización de los Tribunales, del Derecho Procesal, del Derecho Presupuestario y Tributario y por supuesto del Derecho Administrativo.[62]

La Revolución aporta al Derecho Penal, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas; la consagración del proceso penal previo a la imposición de las sanciones o penas, que debe manifestarse a través de la prosecución del debido proceso; el reconocimiento de la presunción de inocencia; la interdicción de la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes de la dignidad del reo, lo que viene a suponer el establecimiento de las reglas mínimas que garantizan la seguridad jurídica en el ejercicio de la libertad personal (artículos 7, 8 y 9 de la Declaración).

Estas ideas son recogidas en un primer momento en el Código Penal aprobado el 25 de septiembre de 1791, el cual se complementa con las normas de procedimiento criminal que se dictaron el 16-29 de septiembre de 1791. Posteriormente, el 3 brumario del año IV, se dicta el nuevo "Código de los delitos y de las penas", llegándose luego a los Códigos de Instrucción Criminal de 1808 y el Código Penal de 1810, que tiene el mérito de instaurar la graduación de las penas, en función de las condiciones agravantes y atenuantes.

En el Derecho Penal, donde se produce la primera manifestación de la idea del imperio de la ley.

El Derecho de Organización de los Tribunales, tenemos que el texto organizacional lo constituye la ley 16-24 de agosto de 1790, sobre Organización Judicial, oportunidad en la cual se establece la separación de la autoridad judicial de la ejecutiva. Los principios consagrados en ésta, fueron recogidos en la Constitución de 1791, quedando asegurada la imparcialidad de los jueces.

Con la Ley de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, la Revolución brinda al mundo la Corte de Casación, adscrita al poder legislativo. Nace así la Institución de la Casación, con el fin de garantizar la correcta aplicación de la ley por los jueces de instancia, pero la Corte de Casación no podía resolver el fondo de los procesos, sino que se limitaba a casar el fallo por infracción de ley expresa y a reenviar el asunto al tribunal de instancia, para que se pronunciase sobre el fondo del proceso.

Referido al Derecho Procesal, se requiere la instauración de un proceso que debe ser previo a la declaración judicial contenida en la sentencia, proceso en el cual se van a debatir tanto las cuestiones de hecho como de derecho que

62 García de Enterría, Eduardo. La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa. Editorial Alianza. 1995. pp. 155-156.

conllevaron a acudir ante el órgano jurisdiccional. El proceso debe brindar las debidas garantías y la decisión que se adopte debe ser producto de la constatación de la correspondencia entre la premisa mayor que contiene el supuesto de hecho y la premisa menor que establece la consecuencia jurídica. De allí que resulte particularmente importante la exigencia de que la toda decisión judicial debe ser motivada, pues así se proscribe toda posibilidad de arbitrariedad y se le permite saber al condenado por el fallo, cuáles son las razones que justifican la emanación de una sentencia en su contra.

En lo concerniente al Derecho Presupuestario y Tributario, tenemos que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece en el artículo 14 que "Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente y de vigilar su empleo, así como determinar su cuota, base, recaudación y duración".

Es a partir de la Revolución Francesa que se establece el denominado principio de la legalidad del gasto público y de la legalidad tributaria, los cuales persiguen en primer lugar que no se efectúen gastos del tesoro público que no hayan sido aprobados por el Parlamento, en representación del pueblo y por otra parte que no se establezcan impuestos que no hayan sido establecidos en la ley, evitando así la imposición de contribuciones públicas que sean producto del capricho del gobernante de turno.

En lo que respecta al Derecho Administrativo, el gran aporte revolucionario es la Administración Pública Napoleónica, de corte jerárquicamente militar y el surgimiento de las acciones subjetivas para proteger los derechos o intereses subjetivos de los ciudadanos lesionados por la Administración activa y de las acciones objetivas que van a dar paso a la creación por el Consejo de Estado –que sustituyó al Consejo del Rey del Antiguo Régimen– de esa gran "maravilla de la arqueología jurídica" –como la denominó el Decano Hauriou–, que se conoce como el recurso por exceso de poder.

Es justamente el recurso por exceso de poder el que vendrá a suponer el sometimiento de la actividad administrativa a la Ley, a la legalidad administrativa en los términos en que la concibió Hauriou, como el conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico del Estado (Bloque de la Legalidad) y al control jurisdiccional. Es así como surgió el control de la actividad administrativa, que originalmente lo efectuaba la propia Administración y que durante mucho tiempo se va a producir dentro del marco de la denominada justicia retenida y que luego del paso a la justicia delegada, el 24 de mayo de 1872, se va a verificar a través del control de la legalidad de la Administración Activa por parte del Consejo de Estado, actuando en sede contencioso-administrativa.

El tercer gran acontecimiento, fue la abdicación de Carlos IV y su sucesor Fernando VII en Bayona, ante el emperador de Francia Napoléon Bonaparte, lo que conduce a que la península ibérica y sus colonias comiencen a ser gobernadas por José Bonaparte, hermano del invasor. Tal acontecimiento va a constituir la génesis de un doble movimiento independentista: uno en la península

ibérica contra los franceses, del cual España saldrá vencedora y le permitirá restaurar la Monarquía; y el otro en las colonias Iberoamericanas contra la Monarquía peninsular, en la cual España resultará derrotada y se abolirá la Monarquía para siempre, surgiendo la República en América.

Estos tres hechos constituyen el impulso decisivo a los movimientos preindependentistas, que van a conducir al surgimiento de las repúblicas hispanoamericanas; y con ellos el surgimiento del Derecho Público, que al romper con la metrópoli, abandonan el derecho impuesto durante trescientos años.

I. El pensamiento ilustrado constitucional en Centroamérica

La revolución Francesa y las guerras napoleónicas marcan el fin de la época de la Ilustración y del Absolutismos ilustrado en Europa. El pensamiento ilustrado constitucional se desarrolla al ritmo del crecimiento de los emergentes paradigmas liberal y republicano.[63] Desde esta concepción el Estado tenía que actuar a favor de las personas, y asegurar la libertad de palabra. La Ilustración experimentó su desarrollo posterior en el liberalismo del siglo XIX, aunque sus reconocimientos teóricos son reconocibles desde antes.

Desde cierto punto de vista, la dependencia Centroamericana del mundo ibérico dificulta la entrada de esta nueva ideología, porque España fue la última en aceptar aquella oleada de cultura occidental existente en el resto de Eu-

63 El sistema republicano ha sido poco estudiado en Centroamérica. Sin embargo, como apunta ADOLFO BONILLA, los mejores estudios están asociados a los trabajos de JOHN POCOCK, por tanto, solamente resumiremos sus principales ideas. POCOCK encuentra su origen en la "Polis" aristotélica, continuidad de la república romana, en Florencia y en Venecia, y en la modernidad en Francia, Gran Bretaña y los Estados Unidos. Sus figuras modernas más importantes han sido ROUSSEAU en Francia, JEFFERSON, en los Estados Unidos, FERGUSON en Escocia y BOLIVAR en América Latina. Esta forma de asociación política implica mantener la igualdad cívica entre los que calificaban como miembros de la "polís", y la disposición moral de sus miembros para el mantenimiento del bien público. Este tipo de organización política se desarrollo en una sociedad agraria. Garantizaba la libertad política pero no la individual. El paradigma liberal se desarrolla a partir de la jurisprudencia natural modernizada por GROTIUS, continuada por PUFENDORF y LOCKE. Alcanza refinamiento en le ámbito económico con ADAM SMITH, y estatus de ideología política con CONSTANT. Este pensamiento político no tiene origen antiguo sino moderno. Su influencia se expandió de Europa a América, donde encontraremos grandes exponentes como HAMILTON en Norteamérica, SANTANDER en Colombia y PEINADO en Centroamérica. CONSTANT, hace una diferencia entre libertad política y libertad individual. Según este autor, la libertad de los antiguos –asociada al republicanismo clásico– consistía en una activa y constante participación del poder colectivo", y la libertad de los modernos –asociada al liberalismo– en el goce pacífico de la independencia privada. BONLLA, A.: Ideas económicas en la Centroamérica Ilustrada. 1793-1838- FLACSO. San Salvador. 1999. Págs. 17-22.

ropa; y este hecho contribuyó a que el mundo español cimentado en el orden y estructuras basadas en el catolicismo fueran incapaces de compaginarse con la diversidad de formas que el cristianismo origina en Europa Occidental.[64]

La invasión napoleónica de España fue la consecuencia inmediata que inicia el proceso independentista al producir una crisis y un vació de poder. Las corrientes políticas que salen a luz en 1808, pueden agruparse esquemáticamente en tres grande grupos: Los absolutistas ilustrados, representados por el anciano FLORIDABLANCA, presidente de la Junta Central, partidarios de considerar a ésta como un poder provisional encargado únicamente de suplir al rey y de dirigir la guerra. Los constitucionalistas históricos, usarían la figura más sobresaliente de JOVELLANOS; e inspirados en el modelo inglés, querían la reforma de la Monarquía y la instauración de un sistema constitucional mediante la restauración de las antiguas cortes. Y los revolucionarios, que serán después llamados liberales, cuya eminencia gris es el poeta MANUEL QUINTANA, partidarios de la soberanía del pueblo y de una constitución inspirada en la francesa.[65]

Las mismas corrientes políticas se dieron en Centroamérica, aunque encubiertas todavía en esa época. Los absolutistas eran representados por una buena parte de las autoridades metropolitanas, y por cierto número de criollos. Los constitucionalistas históricos forman sin duda la mayoría, como en la Península. Los revolucionarios, los futuros liberales, partidarios ocultos de la revolución Francesa, son como en España muy minoritarios, jóvenes pertenecientes en su mayor parte las elites intelectuales.

En estas circunstancias, las colonias en su mayoría se aprovecharon de las circunstancias para declarar sus ideas sobre el futuro Estado.

En este proceso ayudó, obviamente, la Constitución (algunos le llaman Estatutos) de Bayona, que aunque tuvo nula vigencia tanto en España como en América, supone el primer ordenamiento constitucional para el Imperio Español, inspirado fundamentalmente en el ordenamiento napoleónico como culminación del proceso revolucionario francés, que había posibilitado la asunción del poder económico y político de la burguesía gala. No obstante, el texto incorpora algunos aspectos tradicionales españoles, como la importancia de la religión católica.

La Constitución de Bayona trajo para la América Española dos consecuencias importantes:

64 GARCÍA BOSCH, C.: Las ideologías europeístas. En: América Latina en sus ideas. Edi. Leopoldo Zea. primera edición. 1986 Pág. 241.

65 GUERRA, FRANCOIS.: Modernidad e independencia (Ensayo sobre las revoluciones hispánicas). Fondo de Cultura Económica. México. Segunda Edición. 1993. Pág. 139.

1) La quiebra del monolítico imperio español, que se había conservado intacto en lo que al Nuevo Mundo se refiere prácticamente durante más de trescientos años, a pesar de la profunda crisis que arrastraba desde el siglo XVII.

2) Sentaba las bases de unas nuevas relaciones entre los territorios americanos y la península. Así mediante el artículo 87 del texto, se reconocían los mismos derechos para los habitantes de España y las provincias americanas, y en los artículos 88 y 89 se reconocían la libertad de comercio e industria dentro del imperio español. Por otra parte, se suprimían para las Indias las aduanas interiores de provincia a provincia (art. 116), trasladándose las mismas fronteras de tierra y mar. Se establecía igualmente mediante el artículo 96, un solo código de leyes civiles y criminales para España y los territorios americanos.[66]

A la Constitución de Bayona le siguió la de Cádiz, cuyo merito principal radica esencialmente en haber roto la organización del "antiguo régimen", en España. Desde el punto de vista social, la Constitución de Cádiz rompe la organización estamental, permitiendo el surgimiento de una nueva burguesía integrada por terratenientes, comerciantes, industriales incipientes y una amplia clase media ilustrada. En lo económico, adopta la teoría fisiocrática, y en el artículo 131 se establece entre las facultades de las Cortes la de "promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan" (apartado 21). Al final del texto de la Constitución, el artículo 345 establece también el importante principio de la eliminación de todas las fronteras interiores: "no habrá aduanas sino en los puertos de mar y en las fronteras".[67] La inspiración central de la ideología liberal se encuentra en el artículo 4, que establece que "la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derecho legítimos de todos los individuos que la componen".

Desde el punto de vista político, logra la sustitución de la vieja monarquía basada en el derecho divino de los reyes y se constituye en la primera Constitución de España. Además aparece como aporte político del documento: el

66 NUÑEZ RIVERO, C.: Teoría del Estado y sistemas políticos. UNED. 1996. Pág. 199.

67 MUÑOZ MACHADO señala que "todas las medidas de ordenación económica están concentradas en los decretos anteriores, coetáneos y posteriores a la Constitución. En particular, sobre la libertad de comercio e industria los Decretos de 8 de junio de 1813 consagran explícitamente la libertad de trabajo, permitiendo crear fábricas y ejercer oficios sin necesidad de permiso alguno, así como la libertad de comercio y de circulación de mercancías y la de vender sus frutos al precio que libremente se establezcan. Servicio público y mercado... Pág. 60. ARTOLA ha valorado esta norma, considerándola casi tan importante como la propia Constitución. Antiguo Régimen y Revolución liberal. Barcelona. Ariel. 1978. Pág. 120.

constitucionalismo, la representación nacional basada en la igualdad de los ciudadanos, la soberanía nacional y la división de poderes.[68]

La idea del constitucionalismo se puede reducir, por una parte, a la limitación de poder absoluto de los gobernantes, a través de instituciones sólidas, y la legitimación del poder a través de la aprobación de los gobernantes y su participación en el mismo. Esta limitación al poder se logrará por el acuerdo logrado sobre ciertas reglas fijas, y relativamente inmutable, que regularían el proceso político, logrando su objetivo cuando el ejercicio del poder esté debidamente distribuido. Es pues, el constitucionalismo, la primera y posiblemente la más importante decisión política atribuida a la Constitución de Cádiz.

Además, en la Constitución de Cádiz se introdujo la representación política nacional, sustituyendo el pilar del "antiguo régimen", constituido por la representación estamental. En el artículo 100 de dicha Constitución, se recoge la nueva teoría política: "les otorgan (a los diputados) poderes amplios a todos juntos, y a cada unos de por sí para cumplir y desempeñar las augustas funciones de su encargo, y para que con los demás diputados a Cortes, como representantes de la Nación Española...". Ya los diputados, no representaban a las circunscripciones por las cuales fueron electos, sino representaban abstractamente a la Nación, ese nueve cuerpo político que significaba la unidad del país, es la base sociológica del régimen".[69]

Mediante el artículo 10 del texto, al referirse al territorio de los españoles no se establece diferencia en cuanto a importancia a los territorios europeos y americanos, aspecto éste que ya había sido ampliamente discutido con anterioridad, incluso en tiempo de ARANDA y GODOY, tras la independencia de las colonias británicas de Norteamérica, y que puso de manifiesto en la convocatoria para formar la Junta Central que organizó la resistencia contra la invasión napoleónica. Así, en la Real Orden del 22 de enero de 1809 se decía "que los vastos y preciosos dominios que España posee en las Indias, no son propiamente colonias o factorías como las de otras naciones, sino una parte esencial e integrante de la Monarquía Española",[70] por tanto, se dio representación en dicha Junta a los territorios americanos y con mayor motivo en la convocatoria a Cortes.

En ese mismo sentido, en el artículo 1 se manifestaba que la Nación española era la reunión de "todos los españoles de ambos hemisferios". En cuanto

68 Un análisis mayor de la Constitución de Cádiz, lo puede encontrar en COMELLAS, J. L.: "Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812". Revista de Estudios Políticos. núm., 126. Pág. 75; GARCÍA LAGUARDIA.: Orígenes de la democracia constitucional en Centroamérica. EDUCA. San José, Costa Rica. Segunda Edición. 1976. Págs. 131-172.

69 ESCOBAR FORNOS, I.: El constitucionalismo nicaragüense. Tomo I. Editorial Hispamer. Managua. Nicaragua. 2000. Págs. 93-118.

70 GARCÍA LAGUARDIA.: Orígenes de la democracia constitucional en Centroamérica. EDUCA, San José Costa Rica, Segunda Edición, 1976. Pág. 157.

a la representación que correspondía a América, por el artículo 28 se manifestaba que "la base para la representación nacional es la misma en ambos hemisferios", primándose incluso por los artículos 32 y 33 a las provincias pequeñas, caso de la isla de Santo Domingo.

La importancia de la educación se puede apreciar en diversos artículos de la Constitución. Así, el artículo 366,[71] en el que dice: "En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñara a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la Religión Católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles".[72] En el artículo 368 se declara la uniformidad del plan de enseñanza en todo el Reino, obligando también a la explicación de la propia Constitución. El artículo 369 dispone la creación de una Dirección General de Estudios bajo la autoridad del Gobierno a la que se encomienda la inspección de la enseñanza pública. En el artículo 370 se confiere a las Cortes la ordenación de cuanto pertenezca a la instrucción pública. En combinación con estos preceptos, al artículo 371 reconoce a todos los españoles libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes.

El artículo 321 establecía que: "estará a cargo de los Ayuntamientos: 6. Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia bajo las reglas que se prescriban".[73]

---

71 En el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812, AGUSTIN DE ARGUELLES dice: "El Estado no menos que de soldados que le defiendan, necesita de ciudadanos que ilustren a la nación y promuevan su felicidad con todo género de luces y conocimientos. Así que uno de los primeros ciudadanos que deben ocupar los representantes de un pueblo grande y generoso es la educación pública. Ésta ha de ser general y uniforme...El poderoso influjo que ésta ha de tener en la felicidad futura y estatutos de enseñanza en general y todo lo que pertenezca a la creación y mejora de establecimientos científicos y artísticos". Discurso Preliminar a la Constitución de 1812. Madrid. 1981. Cita tomada de: MUÑOZ MACHADO.: Servicio público. Pág. 64.

72 ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág. 293.

73 Sobre este artículo, TOMAS Y VALIENTE recoge la intervención de JOSE ALONSO Y LÓPEZ, en la que dijo: "Señor, del mismo modo que se encarga a los Ayuntamientos el cuidado de los establecimientos de educación, de beneficencia y de comodidad, así debe encargárseles también directamente el cuidado de la humanidad paciente y desvalida, porque siendo el objeto de toda buena constitución política procurar la felicidad social del Estado no puede desentenderse el discreto legislador de las necesidad de recomendar los hombres a la beneficencia y protección de los hombres, mediante a que conociendo cuán triste es a veces su suerte...". Cita recogida por MUÑOZ MACHADO.: Servicio público... Págs. 69 y 70.

Las otras dos ideas importante, de la Constitución de Cádiz, con respecto a Hispanoamérica, lo constituye la idea de Soberanía y la División de poderes. En el artículo 3 de éste documento expresa: " La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. En los artículos 2 y 3 se establece que la soberanía pertenece a la nación y no pude ser patrimonio de ninguna familia o persona. Sobre el principio de soberanía se constituye el carácter democrático de la Constitución de Cádiz. De esta forma, el poder absoluto quedaba desterrado. Acompañan a la idea de Soberanía, la figura de la democracia representativa. Se adopta el mandato representativo. En el preámbulo se dice que las Cortes como representantes de la nación, ejercen el poder constituyente y el artículo 27 expresa que las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan a la nación.

En varios artículos de la Constitución de Cádiz podemos encontrar la división de los órganos constitucionales: en los artículos 15, 16, 17 hace repartición de poderes: La potestad de hacer leyes reside en las Cortes con el Rey; la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey; y la potestad de aplicar las leyes civiles y criminales en los tribunales. Estos tres órganos son poderes constituidos, pues la soberanía y el poder constituyente pertenecen a la nación.

El discurso Preliminar expresa: "Para darle toda claridad y exactitud que requiere la ley fundamental de un Estado, ha dividió la Constitución en tres partes, que corresponde: Primera la que corresponde a la nación como soberana e independiente, bajo cuyo principio se reserva la autoridad legislativa. Segunda: La potestad ejecutiva en toda su extensión. Tercera: La autoridad judicial delegada a los jueces y tribunales..."

Es en esta Constitución donde se habla por primera vez, y en sentido actual, de "obras u otros objetos de utilidad común" (art. 322), identificando el servicio público con las ramas del servicio de la Administración" (artículo, 341).

El Título VI de la referida Constitución esta dedicado a la regulación del "Gobierno Interior de las Provincias y de los Pueblos". El primer capítulo de este título habla de los "Ayuntamientos", que de acuerdo al artículo 321, estaban a cargo de la policía de salubridad y comodidad; auxiliar al alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público; cuidar de todas las escuelas de primeras letras, y de los demás establecimiento de educación que se paguen de los fondos del común: cuidar los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban; cuidar de la construcción y reparación de caminos, calzadas, puentes y cárceles, de los montes y plantíos del común, y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato; y, finalmente, en lo que concierne a los servicios públicos, las de promover la agricultura, la industria y el comercio, según la localidad y circunstancia de los pueblos, y cuanto les sea útil y beneficioso.

La Constitución de Cádiz, supuso para América, el fin del "Antiguo Régimen, y la muerte definitiva de la Monarquía Absoluta y la sociedad estamental, que ya nunca volvería a reproducirse en el Continente.

Para Centroamérica, el siglo XIX significa el nacimiento y constitución de su sociedad, la configuración social y cultural que le dará identidad e historicidad en el conjunto de las nuevas sociedades.

Sin embargo, la particularidad de las sociedades centroamericanas radica en que surgen con una institucionalidad económica, política y cultural marcadamente feudal,[74] como producto de la existencia de una estructura económica volcada a la exportación de materias primas hacia Europa, lo que desarrolló unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional, llevando a la generación de territorios aislados entre sí. Todo ello impidió la creación de un mercado interno y de la institucionalización de las prácticas sociales mercantiles.

La naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época ésta definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del periodo colonial. Es decir, en el nuevo período histórico que se inicia después de la independencia, se mantuvo y reprodujo la estructura económico-social heredada del período colonial, caracterizada por una bajísima regulación; y por una desarticulada estructura territorial.

En este contexto, la centralidad de la práctica política de las élites oligárquicas dominantes estaba orientada a la construcción del Estado, donde lo político estaba definido por la discusión y pugna de intereses entre los distintos sectores y clanes familiares. Estas disputas giraban principalmente en torno a los marcos jurídicos e institucionales necesarios para la institucionalización, funcionamiento y legitimación del nuevo Estado, que se intentará construir bajo los preceptos del Estado moderno y liberal que ya se configuraba en Europa.

No obstante, el que haya surgido un Estado sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó, en la práctica, que se haya montado un constitucionalismo -o mejor dicho, una institucionalidad jurídi-

74 J. Beneyto afirma que Colón introduce en América la Edad Media. La Edad Media era todavía, en efecto, la que mostraba su impronta en los conquistadores, que, además procedían de zonas singularmente influidas por las instituciones señoriales. Las posiciones feudalizantes, el peso de la herencia y, en fin y sobre todo, ese enfrentamiento entre el príncipe y el vasallo en terreno común, pactando y fijando sus mutuos acuerdos, resulta característico. En un primer momento tuvieron que crearse numerosas y variadas situaciones "de facto", que acaban por ser reconocidas "de iure". En los esquemas iniciales de la organización indiana resulta fundamental el vínculo de súbdito. Los indios son, desde los primeros momentos, vasallos de la corona. Beneyto, José Vidal, Historia de la Administración española e hispanoamericana, Madrid, 1958, p. 425.

co-política- y una ideología de carácter liberal sobre un sistema económico y social de carácter feudal. Esta superposición llevó a que se levantará un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas.[75]

Este nuevo orden de cosas queda garantizado de manera formal por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 -calco imperfecto de la norteamericana- fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto de la propiedad, en la libertad de comercio e industria; y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía.[76]

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano –con algunas mínimas variantes– se reducían a la defensa nacional, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado.

La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y encargado de la preservación de la libertad.

Dentro de las atribuciones del poder Ejecutivo ejercido por un presidente (art.106) estaba la de garantizar el orden público; nombrar a los funcionarios de la República;[77] asimismo "Podrá separar libremente y sin necesidad de ins-

---

75 Beneyto subraya que "la Constitución era un traje a la moda, pero no ciertamente...traje a la medida–. Y mas adelante afirma que fue "muy poco lo que los próceres de la Independencia tomaron de la organización precedente. Incluso...y ahí halla la primera y más importante diferencia entre el movimiento de emancipación realizado en el Norte y la revolución de los países hispanoamericanos, porque éstos últimos se distinguieron por un espíritu demoledor, en el cual acaso...no sería inconducente buscar el origen de la inestabilidad y la oscilación advertidos en la vida de las nuevas naciones–. Beneyto, José Vidal, Op. Cit., pp. 593 y 594.

Por su parte E. Alvarez Lejarza, afirma que "desgraciadamente los fundadores de estas nacionalidades siguieron el espíritu de imitación, sin alcanzar a comprender que los pueblos deben tener sistemas de gobierno en armonía con sus peculiaridades y tradiciones; y per saltum nos dieron una Constitución similar a la norteamericana, la cual había logrado el milagro de unir por la federación a las colonias desunidas, y en Centroamérica llega al desastre de desunir por la federación lo que estaba unido en la colonia". Alvarez Lejarza, Emilio, Las Constituciones de Nicaragua, Madrid, España, 1958, p. 99.

76 En el artículo 182 de la Constitución se regula el Poder Ejecutivo, estando a su cargo: 1. "Ejecutar la ley y cuidar el orden público (...) 3. Disponer de la fuerza armada del Estado y usar de ella para la defensa". Ibídem, p.358.

77 El artículo 117, establecía: "Nombrará los funcionarios de la República que designa el artículo 102 a propuesta del Senado. El artículo 102, por su parte, indica "Propondrá ternas al poder ejecutivo para el nombramiento de los mi-

trucción de causa a los secretarios del despacho, trasladar con arreglo a las leyes a todos los funcionarios del Poder Ejecutivo federal, suspenderlos por seis meses y deponerlos con pruebas justificativas de ineptitud o desobediencia, y con acuerdo en vista de ellas de las dos terceras partes del Senado (art. 122); el articulo 123 establecía que "Presentará, por medio de los secretario del despacho, al abrir el congreso sus sesiones, un detalle circunstanciado del estado de todos los ramos de la administración pública".

Una vez promulgada la Constitución Federal, Centroamérica cayó en un estado de anarquía política y social.[78] La anarquía fue tan grande en este período que resultaba imposible improvisar una nueva burocracia, especialmente atendiendo el gran número de analfabetos y al exiguo contingente de personas capacitadas para estos cargos, en un corto tiempo fueron depuestos de la Administración pública la cantidad de 318 personas.[79]

Similares términos e idénticos conceptos a los de la Constitución Federal, encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, e igualmente en la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez Fracasada la Federación).

Desde mediados del siglo XIX hasta la revolución liberal encabezada por el General Zelaya, el lento crecimiento demográfico, el mestizaje y la relación entre campo y ciudad no provocaron ningún cambio profundo en los mecanismos tradicionales de la sociedad nicaragüense y en las relaciones sociales que la sustentaban, permitiendo que las estructuras sociales precedentes a la independencia mantuvieran toda su vigencia y fueran determinantes en la formación del Estado.

La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente esta realidad. Asimismo, fue clara expresión del sistema conservador: mantener un orden basado en la

nistros diplomáticos, del comandante de las armas de la Federación, de todos los oficiales del Ejército. De coronel inclusive arriba, de los comandantes de puertos y fronteras, de los ministros de la Tesorería General y de los jefes de las rentas generales.

78 Algunos autores le llaman estado de anarquía, otros de desorden público. A. Cruz dice: "En el siglo de la independencia Nicaragua cayó en un estado de desorden público, al igual que el resto de la América española". Bradford Burns, E, Nicaragua: Surgimiento del Estado-Nación, 1798-1858.

79 Marurre, un historiador de la época, anotó en su Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica, publicado en 1877 en Guatemala, que entre los años de 1821 a 1842 se dieron 143 acciones bélicas, entre ellas golpes de Estado, motines, revueltas, guerras, lo que produjo 7.088 muertos y 1.735 heridos. Marurre, Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica, Guatemala, 1877.

costumbre y en el status quo, en donde el concepto de ciudadano estuviera determinado por una alta concentración de capital y de propiedades.[80]

Según esta Constitución, al poder Ejecutivo -ejercido por el presidente- le correspondía "cuidar de la administración de los caudales públicos" (art. 55, inciso 5); "Nombrar y remover a los ministros del despacho y a los demás empleados del ramo ejecutivo" (art. 55, inciso 9); "Nombrar a los jueces de primera instancia del fuero común, a propuesta en terna de la Corte de Justicia, y a los demás empleados cuya provisión no esté reservada a otra autoridad" (art. 55, inciso 11); "Nombrar ministros diplomáticos, agentes y cónsules acerca de los demás gobiernos y admitir los nombrados por éstos" (art. 55, inciso 15); "Ejercer la suprema dirección sobre los establecimientos públicos y sobre los objetos de policía" (art. 55, inc. 26). El CAPÍTULO XX, "De la responsabilidad de los empleados públicos–, establecía en el art. 66, que "todo funcionario público, al tomar posesión, prestará juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; será responsable de su trasgresión y debe dar cuenta de sus operaciones". El capítulo XXI, "Del gobierno interior de los pueblos", en su art. 74, establecía que "Los departamentos serán regidos por prefectos, primeros agentes de la administración; su nombramiento corresponde al Gobierno y a la ley designar sus cualidades, atribuciones y duración".

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General Zelaya. Aunque las reformas liberales implementadas por éste tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que, si por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado[81] y el país, por otro, no lograron es-

80 El artículo 8 de la Constitución de 1858 establecía: "Son ciudadanos: Los nicaragüenses mayores de veintiún años o de dieciocho que tengan algún grado científico o sean padres de familia, siendo de buena conducta y teniendo una propiedad que no baje de cien pesos o una industria o profesión que al año produzca lo equivalente". Levy, apunta que en 1871 sólo participaba en el proceso político 640 personas (electores) sobre una población de 230.000 habitantes. Levy, Pablo, "Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua–, en Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano, Managua, Editorial Artes Gráficas, 1965, Número 59-63, p. 148.

81 Velazquez Pereira indica que las nuevas tareas asignadas al Estado implicaron una alta dosis de intervención en la economía. De ese modo el Estado se convirtió en un importante protagonista del desarrollo, y en un centro de las decisiones económicas. El llamado Estado liberal en Nicaragua surge en respuesta a las necesidades de expansión y dinamización de la agricultura cafetalera. Por lo tanto, la acción reguladora del Estado en ese período va a corresponder al desarrollo y a las necesidades del nuevo sector de la economía. Se observa entonces que por medio de esta intervención en la esfera económica, el nuevo Estado organizó los intereses de la burguesía cafetalera dando a su acción los contenidos siguientes: a) La creación de la infraestructura económica necesaria a la salida de la producción hacia los centros de ultramar. b) La organización del Sistema Monetario Nacional. c) La creación del Sistema Financiero Nacio-

tablecer un orden político estable, un progreso económico duradero,[82] ni una Administración pública independiente del poder Ejecutivo.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la –Libérrima– en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas.

Entre otros cambios sustanciales, la nueva constitución prohibió la existencia de una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho a servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a los extranjeros el derecho a permanecer en el país después de hacer –reclamaciones– injustas. Abolió la pena de muerte, estableció la libertad de trabajo y de imprenta, de profesiones y de impuestos. Suprimió los monopolios, estableció el control de las rentas públicas, introdujo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, jurado para juicios civiles, la separación del Estado de la Iglesia, el registro civil de las personas y suprimió la prisión por deudas.[83] En los años de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. A pesar de estas reformas importantes, Zelaya no separó el Gobierno de la Administración Pública.[84]

---

nal (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados. NOTA

82 E. Torres Rivas señala que "podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agroexportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico–.

Torres Rivas, Edelberto, Interpretación del desarrollo social en Centroamérica, San José, Costa Rica, 1972, p. 63.

83 Alvarez Lejarza apunta que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio. Ensayo histórico…

En el año de 1896, Zelaya realizó Reformas a la Constitución: suprimió el artículo 152, que establecía: –...el Presidente y los Secretarios de Estado podrán ser acusados por delitos oficiales, hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones–. También eliminó algunas leyes constitutivas: la de imprenta, la marcial, la de amparo y la electoral.

En el año de 1905 promulgó otra Constitución. Lo más interesante de esta nueva Constitución era el hecho de que el período presidencial sería de seis años y el presidente sería elegido por voto popular. No se mencionaba nada sobre la reelección, lo que denota que la reelección era posible, ya que la ley no lo prohibía.

84 Santamaría de Paredes señala que –podemos emplear desde luego como sinónimos los nombres Poder ejecutivo y Poder administrativo sin más aclaraciones, con solo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa–. Santamaría de Paredes, Vicente, Curso de Derecho Administrativo, 5a. edición, Madrid, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1898, pp. 138-143.

Estos logros quedaron relegados cuando comienza las presiones exteriores en torno al canal interoceánico y por las constantes ambiciones de Zelaya de extender su poder en Centroamérica. Esto le llevó a interferir en los asuntos políticos de Guatemala, El Salvador y Honduras. Invade este último país y depone al presidente Bonilla, colocando en su lugar una Junta totalmente dominada por él.[85] Los países centroamericanos en busca de una solución, y ante el temor de ser invadidos por Zelaya, acudieron a los Estados Unidos.[86]

El general Zelaya, al ser causa de intranquilidad –tensiones en el interior del país y guerras en el exterior- en Centroamérica y al enfrentarse a los Estados Unidos por el canal, cae del poder en 1909, y a partir de allí comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

Por medio del protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, "no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos".[87] Durante este período los norteamericanos crearon algunas instituciones como la Recaudación General de Aduanas (RGA), el Banco Nacional de Nicaragua y la Alta Comisión, cuya función era autorizar, fiscalizar y supervisar el presupuesto nacional.[88]

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

---

85 Arguello, A., "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua", en Revista Pensamiento Centroamericano, Número 159, Abril-Junio de 1978, p. 33.

86 El Secretario de Estado Elihu Root concibió la idea de un tratado General de Paz y Amistad, que fue ratificado en la conferencia de Washington el 17 de septiembre de 1907. En dicho tratado los países centroamericanos se comprometen a que no se use el territorio nacional como base para la organización de movimientos revolucionarios contra los otros estados, y a restringir las actividades políticas de los emigrados. También se comprometían a no reconocer ningún gobierno centroamericano que haya llegado al poder por medio de un golpe de estado o por una revolución contra un gobierno reconocido. Por supuesto, Zelaya violó sistemáticamente todas estas estipulaciones. Para una exposición detallada sobre este proceso, véase, Arguello, A, Op. Cit.

87 Knut, Walter, –El somocismo: Del protectorado a la revolución–, en Encuentros con la historia, Universidad Centroamericana, 1995, p. 331.

88 El Tratado Knox-Castrillo entre el departamento de Estado de los Estados Unidos y el gobierno de Nicaragua fue el instrumento que proporcionó el marco jurídico-político de la intervención norteamericana. En el artículo 4, el referido tratado establecía la creación de un organismo llamado Collector General of Customs, que se convertía en el recaudador de todos los ingresos fiscales del Estado, los cuales, una vez recolectados, eran transferidos a la segunda institución del sistema, que a su vez cumplía con otras tareas, es decir, el Banco Central.

El Estado Nicaragüense, veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal, se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el servicio público.

Una de las conclusiones que podemos extraer de este desarrollo histórico abrupto de Centroamérica, y después del Estado de Nicaragua en el siglo XIX, es que, al no haber tenido lugar una revolución burguesa que desmantelara el autoritarismo absolutista, y que consolidara a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad y de paso, que lograra unificar el poder político y jurídico, crear ejércitos y dar vida a una burocracia administrativa, surge una versión autóctona y atrofiada de Estado, independientemente de su orientación ideológica, y de su forma de gobierno.

El Estado liberal asumió en Nicaragua tintes muy distintos a los revistió en Europa y Estados Unidos. En lo político y lo jurídico, el Estado liberal de Derecho es la forma constitucional que refleja los ideales de la burguesía emergente. La revolución en las colonias norteamericanas y en Francia fue el instrumento por medio del cual la burguesía consiguió en los años finales del siglo XVIII remover los obstáculos que se oponían a su expansión política, económica y social; y abolir; en parte, el Antiguo Régimen.

Las Revoluciones liberales buscaban la ruptura del orden social orgánico y corporativo propio del Antiguo Régimen y su sustitución por una concepción de la sociedad y del Derecho esencialmente individualista.[89]

89 El utilitarismo de Bentham elevó el interés propio –ilustrado– al status moral y se convirtió en una doctrina ampliamente aceptada, pese a las protestas contra esta reivindicación. El hombre para los liberales trata de ser libre, racional e intenta perfeccionarse a sí mismo. Touchard, J., Historia de las ideas políticas, 2a. reimp., Madrid, Tecnos, 1987, p. 320.

Resumiendo de las lecturas de Sabine, Lasky y Touchard, podemos considerar que el único bien común que reconocerán los liberales será la maximización del añadido de los beneficios individuales. Uno de los axiomas políticos centrales que se derivan de la idealización de la libertad y la racionalidad individual es que el gobierno debe basarse en el consentimiento del pueblo, quien, de esta manera lo legítima. Aquí está la base de la afinidad entre liberalismo y democracia. La libertad es el valor primario del credo liberal, puesto que es el medio que permite al individuo racional, satisfacer sus intereses propios. La libertad es un valor instrumental que ayuda a las personas a obtener aquello que desean. La libertad social económica y política es considerada como una necesidad humana y un bien en sí misma, más que como un medio para lograr un fin. La concepción liberal de la libertad ha sido identificada ampliamente, como la elección material y el derecho. Lasky, El liberalismo europeo, México, F.C.E., 1945, pp. 11-27; Theimer, W ., Historia de las ideas políticas, Barcelona, Editorial Ariel, 1969, pp. 249-280; Sabine, G., Historia de la teoría política, 9a. reimp., México, FCE, 1978, pp. 489-531; Touchard., Op. Cit., pp. 301-325.

El principio de igualdad[90] formal se convirtió en la base jurídica sobre la cual se construyó el nuevo orden: todo el Poder público se concentró en las manos del Estado y el resto de los sujetos de derecho quedaron reducidos a la idéntica condición jurídica de simples particulares, culminándose el proceso continuado de acumulación de títulos de potestad y legitimación para la injerencia en la esfera vital de las personas que ha caracterizado el desarrollo del Poder público en Occidente.

Desaparecieron los estamentos o corporaciones, que brindaban privilegios jurídicos y, asimismo, quedaron eliminados los poderes territoriales del Antiguo Régimen, lo que dio paso a una organización territorial centralizada y uniforme, a la liberación de la Administración respecto al poder judicial y a la igualdad de derechos de los particulares. Medidas que van a contribuir a la configuración del régimen administrativo.

El resultado final de este proceso, fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado del mercado, en el que vive y actúa la sociedad civil, formada exclusivamente por individuos, liberados de los vínculos que nacían de los cuerpos intermedios del Antiguo Régimen, cuya inmediata eliminación fue en todas partes una de las primeras medidas de los revolucionarios.

La ley se convirtió en la fuente suprema del Derecho, como manifestación de la voluntad general, hallada en los Parlamentos mediante la discusión pública, libre y racional de los representantes de la Nación.

Mientras en Europa se echaban las bases del Estado moderno, y surgía el Derecho Administrativo[91] a través de la concurrencia de una administración

90 Villar Palasi señala que "la implantación de la igualdad, ley, voluntad general fue la primera característica destacable. Como había dicho Voltaire y repetido Montesquieu, es preferible el gobierno de la Ley al del capricho". Villar Palasi, José Luís, Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1968, p. 131.

91 E. Forsthoff escribe que "allí donde hay Estado, hay administración, allí donde hay administración hay derecho administrativo". Asimismo, afirma que el derecho administrativo como ciencia, aparece "con el establecimiento del Estado de Derecho burgués, es decir con la división de poderes, la administración según ley, la delimitación del legislativo y judicial y los límites en relación con los derechos individuales, puntualizando dicho experto que las "funciones estatales quedaron así situadas en una conexión sistemático-jurídica, dentro de la cual la administración tenía un lugar preciso". Forsthoff, E, Tratado de derecho Administrativo, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 69 y sigs.

Por su parte, Santamaría Pastor señala que " la historia de la Administración es inseparable, en efecto, de la historia del propio Estado: no sólo porque durante buena parte de la evolución política europea, Administración y Estado han sido, prácticamente, una y la misma cosa, sino también porque la estructura administrativa constituye hoy, cuantitativa y cualitativamente, el bloque cen-

suficientemente desarrollada, y de la aceptación del principio según el cual la administración, rama del ejecutivo, está sometida a la ley;[92] en Nicaragua, producto de las relaciones sociales y políticas propias de este orden oligárquico, y del Estado liberal atrofiado, surge el clientelismo; que, como práctica política refleja y proyecta un imaginario sociocultural que proviene de la época colonial, y se consolida en la cultura política nicaragüense. A través de distintas expresiones ideológicas, perdurará hasta la aprobación y reglamentación de la ley de Carrera Civil y Administrativa.

Es de hacer notar, que durante este período se aprueban una buena cantidad de leyes administrativas, como por ejemplo leyes sobre caminos,[93] el

---

tral y hegemónico del aparato estatal". Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 11.

Gordillo considera que "el derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas, que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados". Gordillo, Agustín, Teoría General del derecho administrativo, Madrid, IEAL, 1984, p. 9.

92 Villar Palasi considera que la afirmación de que el "Derecho Administrativo como conjunto de técnicas propias nace de la Revolución Francesa", es parcial e inexacta. "Lo que sí aparece con la Revolución es la Administración personificada. Ella va a ser el nuevo titular de prerrogativas que anteriormente estaba indiferenciadamente en manos del príncipe, y es ella quien va a usar de técnicas jurídicas persistentes". Villar Palasi, Op. Cit., pp. 97-116.

Gascón y Marín, por su parte, afirma "que el desenvolvimiento científico del Derecho Administrativo comienza, en realidad, cuando se afirma el Estado moderno, cuando de los principios filosóficos se derivan las normas que regulan la organización de las sociedades políticas y las relaciones de los Poderes Públicos con los ciudadanos, diferenciándose las varias funciones del Poder Público". Gascón Y Marín, José, Tratado de Derecho Administrativo, 10a. edición, Madrid, 1948, Pág. 14.

93 CRISTIANA CHAMORRO, afirma que antes de 1875, las vías de comunicación no existía prácticamente, los pueblos entre sí estaban forzosamente aislados debido a que carecían de caminos adecuados que permitieran la comunicación permanente entre pueblo y pueblo. La carga usualmente se enviaba por mulas, o carretas si el camino lo permitía. Esto acarreaba un comercio pequeño, de escaso intercambio...de 1875 a 1892 cuando la estructura económica se ve alterada constantemente por las necesidades inherentes a las nuevas formas que se implantan con el advenimiento del café. Nicaragua se integra al mercado mundial de forma definitiva y configura un nuevo orden económico. Durante este último período de los conservadores en el poder se establecen los primeros cimientos de una modernización relativa con el objeto de permitir mejorar en las vías de comunicación y que estas a su vez, conectaran los sectores económicos. Estas obras de infraestructuras son...el ferrocarril, el telégrafo, el teléfono,

servicio de agua por cañería, el cable submarino, el telégrafo,[94] el teléfono,[95]

las carreteras y la navegación lacustre...El desarrollo de la red vial se inicio realmente en 1920, dándose principalmente en la zona central y en el Pacífico, de forma atrasada respecto a las necesidades del país. De acuerdo a su importancia, las carreteras se clasificaron: 1) Nacionales de primera clase: las que servían a más de 100, 000 habitantes comunicándolos con la ciudad capital de Managua, puestos y fronteras internacionales. 2) Nacionales de segunda clase: sirven a más de 25, 000 habitantes o acortan las distancias de los troncales o llegan a lugares de recreo que interesan a más de 10,000 habitantes. 3) Departamentales de primera: viven de 5 mil a 25 mil habitantes. 4) Departamentales de segunda clase: conectan las cabeceras de municipios con menos de 5, 000 habitantes con cualquiera de los caminos anteriores. 5) Caminos vecinales: sirven a los caseríos o haciendas. Monografía. Las primeras bases de infraestructura en Nicaragua. 1875-1936. Managua, Nicaragua. 1976. Pág. 3, 4, 5 y 66.

Entre 1858 y 1859, se dictan varios acuerdos legislativos para obligar a los nicaragüenses a dar tres días de trabajo anuales para la composición de caminos. El 19 de febrero de 1861 se celebró un contrato entre el gobierno y una empresa de ENRIQUE GOTTEL sobre la reconstrucción de las viejas carreteras entre León y Granada. En 1868 se firma un nuevo contrato con GOTTEL para establecer la línea de diligencias entre Granada y Chinandega. En enero de 1869 ya la diligencia corría diariamente entre Managua y Granada y se reporta que se trabaja intensamente en el mejoramiento de los caminos de Occidente para que sus servicios puedan ser ampliados hasta esa región. La formación del Estado... Págs. 25 y 26.

94 La primera oficina telegráfica se abrió en San Juan del Sur el 16 de marzo de 1876. Hacia finales del período de 1881-1893, explica VELAZQUEZ PEREIRA, "se recrudecieron más las coacciones contra los campesinos, se aceleró el proceso de expropiación de las tierras comunales y se reclutó mano de obra indígena forzada para la construcción del ferrocarril y telégrafo, bajo el auge del cultivo del café". La formación...Pág. 82.

95 El teléfono comenzó a instalarse en 1879 entre tres ciudades: León, Managua y Granada. Chamorro, C.: Las primeras bases... Pág. 59.

y sobre todo el ferrocarril.[96] Asimismo leyes sobre el transporte lacustre,[97] el correo, el teléfono y el telégrafo.[98]

En 1890 existían 1, 549 millas (2, 478. 4 kilómetros) de cables de telégrafo tendidos entre las principales ciudadanos del país, habían 80 estaciones y se

96 Los primeros intentos para construir el transporte del ferrocarril data de 1859. El inglés Capitán BEDFORD CHAPPERTON TREVELLLYAN PIM, concibió la idea de construir un ferrocarril que partiendo de Monkey Point, llegase a San Miguelito, siguiendo por la costa del Gran Lago, atravesara el rió Tipitapa, pasara por Managua y terminara en Corinto. Propuso el plan al gobierno de Nicaragua, pero los conflictos internos en que éste se encontraba, más la influencia de la Compañía Accesoria del Transito y las gestiones del Sr. FELIZ BELLEY, un francés que en esos días proyecta un contrato para la construcción de un canal interoceánico, estorbaron la empresa. PIM entonces se fue a Inglaterra y escribió un libro sobre el proyecto. En 1863 regresó a Nicaragua, acompañado de dos ingenieros especialistas en la materia: SALMON Y COLLINSON. El cinco de marzo de 1864 PIM logró celebrar un contrato del ferrocarril con el gobierno que fue sustituido por otro en 1865 en este se le concedía el derecho a establecer el transito interoceánico a través del ferrocarril continuo hasta Corinto...el representante de la Compañía Accesoria del transito, el señor W OOD, quien se oponía a la ejecución del contrato, y para lograr su objetivo propuso al Gobierno de Nicaragua la construcción del ferrocarril de San Juan del Sur a Corinto hostigando a los ingleses. No se logró hacer ni lo uno ni lo otro por la diferencia de intereses entre las dos potencias. CHAMORRO.: Las primeras bases... Págs. 18, 19 y 20.

El 17 de febrero de 1873, bajo la presidencia de DON VICENTE CUADRA, se celebro un contrato formal con la firma J. E. HOLLEMBECK & Com de San Francisco de California para la construcción de un ferrocarril de Granada a Managua y de la orilla de esta ciudad hasta León. El 19 de marzo del mismo año se celebró otro contrato con el señor ENRIQUE MEIGGS KEITH para la construcción de un línea ferroviaria entre León y Corinto. El recorrido de 12 millas y media del ferrocarril fue inaugurado en 1880. Para 1890 existían 90 millas de ferrocarril y 16 estaciones. A la par del ferrocarril, se instaló la comunicación lacustre entre el Momotombo y Managua para la salida rápida del café, el primer rublo de exportación en esa época. La formación del Estado...Págs. 25 y 26. "El transporte primitivo en Nicaragua". En: Revista Conservadora. Volumen 2. Número. 11. Agosto de 1961. Pág. 24.

97 Cuando el general ZELAYA asume la presidencia, la comunicación estaba en manos de una Compañía de los Estados Unidos denominada "Nicaragua Mail Steam Navigation Trading Co. Sin embargo para el año de 1895, se declaró caduca la concesión por incumplimiento de contrato. Para 1903, las embarcaciones que surcaban el Lago eran más de 200, entre las pertenecientes al Estado y las privadas. Habían 57 veleros, 100 lanchas privadas, 43 no clasificadas; el resto eran embarcaciones grandes. GOMEZ ACOSTA.: La comunicación...Pág. 74.

98 Para 1880 existía en Nicaragua un total de 90 millas de ferrocarril construidas, con 16 estaciones. El número de pasajeros que utilizaban los servicios en mención, alcanzó en ese año un aumento en los 12 años señalados, de 854. 09 por ciento, que nos da un incremento anual de 56. 94 por ciento. .: Historia del siglo XX...Págs. 119 y 120.

repartieron 1, 118, 929 piezas de correo, también existían 61 millas (97.6 kilómetros) de cables de teléfonos tendidos. El régimen de ZELAYA va a impulsar todos estos sectores del Estado, que implicaban un incremento en la división social del trabajo y, por lo tanto, un incremento del mercado interno. En 1897, el número de mensajes telegráficos cursados entre las principales ciudades alcanzó la cifra de 477,020 mensajes, lo que representaba un aumento del 17.65 por cuento en relación al 1890. Dicho porcentaje representó un incremento del 2.52 por ciento anual. En relación a las piezas de correos repartidos, vemos que en el año 1896 esta cifra alcanzó las 2,618,242 piezas de correo, es decir un incremento absoluto en relación a 1890 de 1,499,313 piezas de correo, lo que representó un aumento del 134 por ciento, lo que nos da un incremento anual del 22.33 por ciento. Las líneas telegráficas alcanzaron en 1905, la cifra de 2,706 m millas (4,329. 6 kilómetros), lo que representó un incremento absoluto de 1, 157 millas (1,851 kilómetros) en relación a 1893; es decir, tuvo un aumento del 74. 69 por ciento durante esos 12 años, dando incremento anual del 6.22 por ciento. Las líneas telefónicas, en 1905, alcanzaron la cifra de 582 millas, 931.2 kilómetros, es decir, tuvo

El 15 de junio de 1894, se promulgó una Ley Orgánica de Municipalidades, que constaba de diecisiete Títulos y noventa y seis artículos, en la que la autonomía municipal encuentra su más alta expresión.

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

Los servicios públicos, como el ferrocarril[99] y vapores del Gran lago,[100] fueron desnacionalizados[101] a través de la venta del 51 por ciento de las acciones y la utilización de los dividendos del resto como garantía de la deuda externa.[102]

99 En una sentencia que la Corte Suprema de Justicia dicta el 19 de septiembre de 1923, se lee que "...por el Contrato del Gobierno con la Compañía del Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua... se concedió a la Compañía el privilegio de que los ferrocarriles y otras obras de la Compañía sean consideradas como de utilidad pública...En este sentido, las obras del Ferrocarril, y para el Ferrocarril del Pacifico de Nicaragua, deben mirarse como obras del Estado; y por esta misma razón debe admitirse: que la colisión de derechos a que se alude.... es como si versara entre el Estado y la dicha Municipalidad". Y en otra parte de la Sentencia se establece: "En cuanto a los otros caminos de hierro, sea que pertenezcan al Gobierno, sea que pertenezcan a empresas particulares concesionarias del Estado, por el hecho de estar destinadas al servicio público, son y han de tenerse por vías públicas; y, en efecto, por lo que hace a la seguridad y a la comodidad del pasaje y transporte, se hallan bajo las leyes penales y los reglamentos de policía y bajo la vigilancia del Gobierno; y, tiene el Estado tal interés en que su operación especial y mantenimiento no sean interrumpido, que sin necesidad de especial concesión, las leyes generales proveen a la continuidad del tráfico, como puede verse por los artículos 1127 y 1128 C.C.–. Boletín Judicial 4081. Sentencia del 19 de septiembre de 1923 a las 12: 00 M-

100 Para el año de 1914, la vía interoceánica es comprometida a perpetuidad por el entonces Ministro Plenipotenciario de Nicaragua, EMILIANO CHAMORRO, mediante el Tratado firmado en el Secretario de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica WILLIAN JENNING BRYAN. Este tratado cedía a perpetuidad a los Estados Unidos los derechos para la Construcción de un Canal Interoceánico por cualquier punto del territorio nacional". GOMEZ ACOSTA.: La comunicación Lacustre...Pág. 76

101 BELLI, apunta que "el 8 de octubre de 1913 fueron negociados con los banqueros de Nueva York nuevos contratos de préstamos que proporcionaron US 2 millones adicionales. Como garantía los banqueros recibieron Bonos del Tesoro del gobierno de Nicaragua, el 51 % de las acciones y el control del ferrocarril y de las líneas de vapores del gobierno y el 51 % de las acciones y el control del Banco Nacional. "Prolegómenos para una historia económica de Nicaragua de 1905 a 1966". Revista del Pensamiento Conservador. Núm. 146. Pág. 3

102 QUIJANO escribe, "no le basta al imperialismo yanki tener el control de las aduanas, de los bancos y los ferrocarriles. Adquiere su propiedad. La total dominación de Nicaragua es un hecho. Arruinada, endeudada, tiene que vender la zona del canal para pagar a sus prestamistas. Es lo que establece el tratado CHAMORRO-BRYAN de 1914. Todavía se extiende más la dominación. Una Alta Comisión compuesta en su mayoría por americanos, controla las finanzas del país. el presupuesto de gastos del país no puede exceder las cantidades que le fija el Departamento de Estado, Todos los fines de la diplomacia yanki han sido realizados. La dominación económica y financiera del país esta consumada; la zona del canal pertenece a los Estados Unidos. Nicaragua ha vendido sus territorios, ha enajenado sus bancos, sus ferrocarriles, cedido sus aduanas, se ha endeudado y no puede disponer ni de sus propias

Asimismo, la concesión canalera fue vendida a un precio bajísimo, que nunca llego a manos del Estado, al ser directamente, de nuevo, utilizado como

rentas. Nicaragua. Ensayo sobre El imperialismo de los Estados Unidos. En: El Pensamiento Centroamericano. Vol. XXX. Núm. 149. 1975. Pág. 86.

pago de la deuda externa.[103] La energía eléctrica y los teléfonos[104] quedaron

103 El 18 de octubre de 1913 Nicaragua contrató con Brown and Brothers un nuevo empréstito por el cual estipulaba lo siguiente: a) Nicaragua hacia, por intermedio de la United Stages Morgage, una emisión de cédula del Erario por valor de 1,060,000 dólares oro, paraderas en un año. Esas células quedaban garantizadas por un gravamen sobre los derechos de aduanas subsiguientes a los gravámenes concedidos en fechas anteriores acciones del Banco Nacional pertenecientes a la república y acciones que también perteneciesen a la república en el Ferrocarril del Pacífico. Dado el caso que no pudieran pagar en las fechas señaladas, las cédulas devengarían el 6 % de interés y desde el mismo día de vencimiento, las rentas de aduanas se emplearían en el pago de las cédulas. Si seis meses después del vencimiento del plazo, no se hubieran aun efectuado el pago, las acciones del Banco Nacional que se habían dado en prenda serían vendidas en pública subasta en la ciudad de Nueva York. Y si en un año después de expirado el plazo aun se debiera algo, entonces podrían venderse en igual forma que las anteriores las acciones del ferrocarril también dadas en prenda. B) De acuerdo a los estipulado en el contrato del 26 de marzo de 1913 se vendió a Brows Brothers el 51 % del capital del Ferrocarril Nacional del Pacífico, es decir 16,830 acciones, en un millón de dólares. Los banqueros prestaban además al ferrocarril 500,000 dólares. Esta última disposición aseguraba a los banqueros el dominio absoluto de los ferrocarriles. También los banqueros habían obtenido la garantía a través de esos mismos contratos que si la república quería vender sus acciones, Brown Brothers tenía el derecho preferente de comprarlas. Los directores de las Compañías serían nombrados así: seis por los banqueros, dos por Nicaragua y uno por el Secretario de Estados de los Estados Unidos. Este último debía ser el mismo representante para ambas compañías. La venta del ferrocarril por los conservadores...ocasionó no solo una pérdida material en muchos millones, sino también una fuerte migración del oro causado un gran desequilibrio en la balanza comercial de Nicaragua...EMILIANO CHAMORRO (1917-1921) que sucedió a ADOLFO DIAZ, continuó la política de los empréstitos. El primero de estos contratos fue el más importante: disponía la emisión de bonos por 9,000,0000 córdobas pagaderos en 15 años al 7 % con fondos de amortización...Nicaragua no solo quería construir un nuevo ferrocarril, sino también readquirir el antiguo: el llamado del pacífico, que los banqueros habían comprado por un millón de dólares en 1913. Esto requería un nuevo contrato en el que la República debía entregar 300,000 córdobas en efectivo por el ferrocarril y 1,450,000 en cédulas más una comisión de 1 % sobre el valor nominal de esas cédulas. Este contrato no se lleva a cabo sino hasta 1924. Al finalizar su periodo presidencial en 1921, CHAMORRO concluyó en Nicaragua la política restauracionista y la hegemonía conservadora y fue sucedido en la presidencia por DIEGO MANUEL CHAMORRO (1921-1923), quién murió en ejerció de sus deberes siendo sustituido por BARTOLOME Martínez. Nicaragua, entonces, adquirió una dimensión nacionalista. Se da una apertura a los liberales y comienza una tensión contra la política "americanista". Se compra el ferrocarril y se adquiere el banco, operaciones de rescate que obedecen al cambio de gobierno orientado a una actitud nacionalista. CHAMORRO, C.: Las primera bases...Pág. 79 y 80.

104 En el campo de las telecomunicaciones la empresa AII American Cable, compañía subsidiaria de la American Telephone y Telegraph controló el ser-

bajo el control del capital extranjero.[105]

A finales de los años veinte, se establecieron varias instituciones, entre ellas el Ministerio de Higiene y Beneficencia,[106] y se destinan recursos para la construcción de una fuerza pública profesional y tecnificada. En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se declara que "no puede privarse al vecindario del uso del agua potable que es de utilidad pública".[107]

Pero es hasta el 26 de julio del año de 1947, que aparece el primer libro de derecho administrativo en Nicaragua, escrito por Ildefonso Palma Martínez.

En la presentación, el doctor Palma Martínez, explica que este libro es –una modesta contribución al estudio de esta importante materia que por hoy ha carecido de un texto nacional. Anteriormente a la publicación de este libro, los estudiantes de derecho administrativo, en la facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de León, estudiaban esta materia por los escritos de Gascón y Marín, Antokoletz y Fraga. Sin embargo, la critica que realizan los alumnos, era precisamente que estos libros, no –coordinaban los principios con la práctica vernácula–.

Y, escribe, el doctor Palma Martínez: –I, esto es lo que me he propuesto, como si dijéramos: explorar en nuestro propio campo de acción para hacer el debido cotejo de las teorías con las prácticas administrativas, y así poder corregir errores inveterados, confirmar lo bueno que poseamos e innovar en lo que fuere factible, todo con el propósito de realizar obra de acuerdo con la índole u con el destino de nuestra joven nacionalidad–

Y, más adelante agrega: –Han animado mi empeño: esa decepción que se sufre cuando se mira la pobreza intelectual en que nos debatimos y que nos obliga a aprender en la obra extranjera–.

---

vicio de telégrafos y teléfonos, así que para 1928, poseía el cien por ciento de las acciones de las telecomunicaciones pues era la única compañía que prestaba este servicio. LÓPEZ DOMINGUEZ.: Historia de las telecomunicaciones...Pág.165.

105 EVANS, T.: La transformación neoliberal del sector público. CRIES. Managua, Nicaragua. Pág. 182.

106 BARAHONA, hace el siguiente análisis: "Las observancias críticas del informe CUMBERLAND sobre la situación del país durante la gestión interventora, así como la toma de conciencia de la amenaza que representaba, para el modelo de dominación, la lucha popular de SANDINO, motivaron iniciativas del Departamento de Estado tendentes, por una parte, a que el aparato estatal jugase un papel promotor del desarrollo económico (concebido como desarrollo agrícola) y de la cohesión social, y, por otra, a dotarlo de un órgano de coerción verdaderamente eficiente. Como consecuencia, aparecen nuevas instituciones en el sector público–. "Intervención Extranjera". En: Economía y sociedad en la construcción del Estado en Nicaragua. Pág. 215.

107 Boletín Judicial. 1925. Pág. 4821.

El libro del doctor Palma Martínez, –Derecho Administrativo (Teórico y positivo–, está dividido en cinco libros, y en veinte cinco lecciones. Aborda, los temas de Derecho y Administración Pública, El servicio Público, Las Fuentes del Derecho Administrativo, la personalidad del Estado, las formas de la actividad administrativo, los bienes, la expropiación forzosa, la función administrativa, los contratos y la jurisdicción contenciosa administrativa.

Veinte siete años después de la aparición del libro de Palma Martínez, en la Constitución de 1974, en el Título XII llamado Poder Judicial, que trata de la organización y atribuciones de este Poder, es donde por primera vez se regula al Contencioso–Administrativo.

Se estableció la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los artículos 303 y 304, se contempla la estructuración de un "Tribunal de lo Contencioso Administrativo"", adscrito al Poder Judicial.

El arto. 303 decía: "Habrá un Tribunal de lo Contencioso–Administrativo en la capital de la República, que conocerá de los asuntos y en la forma que determine la Ley. Se compondrá de cinco Magistrados con sus respectivos suplentes, electos por el Congreso Nacional en Cámaras Unidas, de los cuales dos pertenecerán al Partido que hubiere obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de Autoridades Supremas. El Magistrado primeramente electo será el Presidente de dicho Tribunal. La Ley podrá, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, crear otros órganos de la Contencioso–Administrativo".

Por su parte el arto 304 decía: "Contra las resoluciones del Tribunal de la Contencioso–Administrativo se podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos que determine la Ley".

En los artículos 284, 288, 290 y 305 del mismo cuerpo legal se desarrollaron otros aspectos de lo Contencioso–Administrativo. A pesar de dedicársele todos estos artículos el Tribunal de lo Contencioso–Administrativo nunca se llegó a organizar, ni se dicto la ley para su funcionamiento.

Sin embargo, el día 18 de Mayo del año 2000, se aprobó y sanciono la Ley No. 350: Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo, la cuál, fue declarada por la sentencia número 40 de la Corte Suprema de Justicia, parcialmente insconstitucional.

Durante casi nueve años (2001 al 2010), señala Juan Bautista Arrien la Sala de lo Contencioso – administrativo de la Corte Suprema de Justicia estuvo conociendo y resolviendo casos sólo en estas materias, declarando improcedentes las demandas en contra de actos administrativos, hasta que en el año 2010, en un caso particular la Sala decidió comenzar a resolver este tipo de demandas, en parte gracias a ciertos factores, como por ejemplo, la labor de asesoría del Dr. Cairo Manuel López Sánchez, asesor de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua (2005 – 2010) y uno de los redactores de la Ley No. 350, así como la incidencia doctrinaria de dos obras de Derecho Administrativo de autores nicaragüenses una del Dr. Karlos Navarro y otra de mi autoría.

El segundo gran hito de la doctrina nicaragüense se debe situar, en nuestra opinión, bastante más tarde, a la altura de 1992, fecha en la que ve la luz el Manual Elemental de Derecho Administrativo elaborado por Armando Rizo Oyanguren.

En una nota de advertencia, escribe Armando Rizo: –En el presente trabajo se trata de exponer los aspectos fundamentales de las principales teorías referidas a las figuras jurídicas que suelen incluirse dentro del ámbito del Derecho Administrativo. Carece de toda originalidad, pretende ayudar al estudiante que inicia sus estudios, y se publica para suplir la falta casi total de textos sobre la materia–.

Más recientemente, en el año 2002, ha aparecido una relevante aportación, la de Flavio Escorcia: Derecho Administrativo. En esta obra señala al respecto Flavio Escorcia que el –Derecho Administrativo ha venido siendo hasta hoy, una rama del Derecho abandonada por el jurista y no muy agradable para el estudiante. La causa parece ser la casi nula oportunidad que como estudiantes de leyes, tienen para practicar o ejercitar los conocimientos del Derecho Administrativo. Quizás el ambiente político de nuestra sociedad y el actuar mismo de la propia administración pública, desaniman también al estudiante y al jurista, encontrando al Derecho Administrativo como un conjunto de conocimientos simplemente teóricos a los que no se les tiene muy en cuenta por el poder público. Ello es posible que les haga pensar, que las posibilidades para ejercer el Derecho Administrativo son remotas, a menos que trabajen en la administración pública y aún así, entienden que es posible que no encuentren afinidad entre lo que se les ha enseñado y la forma como más tarde deberán adoptar sus decisiones–.

En el 2010, se publica Derecho Administrativo Tomo I y II de Karlos Navarro y Miguel Angel Sendin, considerada por el tratadista español Jesús González Pérez, como la obra que ha llevado de la –adolescencia a la madurez– esta rama del derecho en Nicaragua. Y, de Karlos Navarro, expresa que –es de los más prestigiosos administrativistas de la América de lengua española–.

Aunque no se hayan plasmado en obras de carácter general, sino en estudios sobre temas específicos, debe darse también un sitio prevalente a las imprescindibles aportaciones de dos autores básicos en el universo de administrativistas nicaragüenses. En primer lugar, sin duda, Cairo Manuel López, cuyo magisterio y obra ha sido, a nuestro juicio, decisiva para el desarrollo del Derecho administrativo de Nicaragua. En segundo lugar, se debe hacer también mención destacada a la más que prometedora obra de Juan Bautista Arrien Somarriba joven brillante y talentoso. Este autor ha publicado: –El Contencioso – administrativo en Nicaragua–, Derecho Administrativo (Editorial UCA – 2009, con una primera reimpresión del año 2010) y Acto, procedimiento, recursos, contratos y el contencioso – administrativo.

En co-autoría con Karlos Navarro, el doctor Arrien ha publicado dos textos en materia de contratos administrativos: –Ley de Contrataciones del Estado de Nicaragua– (editorial jurídica, Nicaragua, 2008). El segundo libro, contie-

ne una recopilación legislativa de contrataciones administrativas, tanto de carácter nacional, municipal como internacional, bajo el titulo –Compendio normativo de las Contrataciones administrativas– (editorial UCA, año 2010). Así mismo, ambos autores tiene en imprenta un texto titulado: El acto, procedimiento y recursos administrativos en Nicaragua.

Y, por Último es necesario subrayar los aportes de Julio Ramón García Vílchez, que ha publicado: –La Jurisdicción Contencioso – Administrativa– y posteriormente –El Contencioso – Administrativo en Nicaragua–

CAPÍTULO TERCERO
LOS PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE

I. Introducción

Uno de los rasgos más característicos del Derecho administrativo de nuestro tiempo es su constitucionalización.[108] La existencia de un substrato constitucional que contenga los principios y fundamentos básicos del régimen jurídico de la Administración es un presupuesto ineludible del Estado de Derecho Constitucional,[109] lo que marca la necesidad de examinar el marco constitucional como paso previo para el estudio del sistema administrativo de cualquier país.

Esta tarea no dejaba de entrañar serias dificultades en Nicaragua, pues si había un gran olvidado en la Constitución nicaragüense de 1987 era, sin duda, la Administración pública.

Ciertamente, en los poco más de doscientos artículos que integran esta Norma Fundamental, pocas o nulas referencias expresas se podían encontrar a la Administración Pública. Fenómeno que parece cuando menos un tanto extraño, dada la fecha de su redacción.

108 Como destaca A. R. Brewer-Carías, uno –de los signos más característicos del derecho administrativo en el mundo contemporáneo es el de su progresiva constitucionalización, y a la vez, del derecho constitucional, el que las Constituciones hayan superado su tradicional contenido orgánico/dogmático relativo a la organización básica del Estado y al régimen de los derechos y garantías constitucionales, y cada vez con mayor frecuencia hayan incorporado a su normativa, los principios básicos del funcionamiento de la Administración Pública y de la actividad administrativa del Estado–. Brewer-Carías, Allan Randolph, –Marco constitucional del Derecho administrativo en Venezuela–, en El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica, Quito, 2006, p. 11.

109 Señala M. R. Brito que mediante el Derecho Constitucional –y la Constitución –su producto ordenador- surgen las reglas y principios básicos de la organización y funcionamiento de la Administración y aquellos que guían y movilizan la actividad de la Administración estatal en términos de servicio y eficacia, se consagran los derechos de libertad, y su protección y se abre la senda de sus limitaciones por razones de interés general, así como no menos en el estado social de derecho se determinan los derechos y deberes sociales, y también se llega a establecer los derechos de tercera generación–. Brito, –Estudios de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Uruguay–, en El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica, Quito, 2006, p. 33.

La explicación era, sin embargo, bien sencilla: en este país ha existido desde siempre una muy difusa, y en muchos casos inexistente, separación entre Gobierno y Administración pública, o lo que es lo mismo, entre la política y la Administración pública. Situación que, en gran medida, desgraciadamente, persistía en la actualidad.

Esta situación era al mismo tiempo fruto y causa de la inestabilidad política y social que ha acusado el Estado nicaragüense a lo largo de su historia. Por lo que se refiere a lo primero, la rápida y traumática sucesión de regímenes políticos contradictorios, ha dado al traste con toda posible tentativa de formar un aparato administrativo estable y neutral.

Dice un conocido aforismo jurídico que el Derecho Constitucional pasa y que el Derecho administrativo permanece, quien pretenda sostener la veracidad de dicha afirmación, sin duda que no conoce Nicaragua, porque en este lugar, el débil entramado administrativo existente en cada momento, se ha ido esfumando al hacerlo el régimen político que lo sustentaba.

Este fracaso en la construcción de un substrato burocrático no politizado ha sido, por otro lado, una pesada losa a la hora de buscar soluciones a la delicada coyuntura político-social de este país. La utilización de los puestos públicos como una vía de recompensa para los acólitos en el poder, en la más pura tradición del spoil system, a la que ha dado lugar el clientelismo vigente durante décadas, ha contribuido a radicalizar una vida política ya de por sí agitada en grado extremo, y ha dificultado notablemente que los cambios en el poder político discurriesen de forma serena y calmada.

Sabido es que una Administración pública sólida y estable minimiza notablemente los problemas políticos, en cuanto otorga una protección mínima a los ciudadanos, aunque sea a nivel administrativo, y permite un funcionamiento continuado de los servicios públicos que, como cuestión eminentemente técnica, no se ve afectada, al menos en parte importante, por las disputas ideológicas y partidistas.

De ninguna de estas ventajas ha disfrutado, por desgracia, una Nicaragua que se ha visto envuelta en un trágico círculo vicioso, en la que los vaivenes políticos han destrozado todos los intentos por conseguir una mínima estabilidad social y económica.

En los últimos tiempos estamos asistiendo, a nivel de Derecho ordinario, a una esperanzadora introducción de un régimen administrativo avanzado, equiparable en sus aspectos esenciales al que rige en las naciones más desarrolladas del planeta. Aunque su instauración práctica va a encontrar, y está de hecho encontrando, grandes y múltiples dificultades (falta de capacitación del personal administrativo, ausencia de una doctrina y tradición administrativa, falta de medios materiales, excesiva politización de las instancias administrativas, etc.), constituye un paso de gigante para la normalización política y social de este país.

Este desarrollo administrativo a nivel ordinario no contaba, como ya sabemos, con un claro engarce constitucional, pues no podían encontrarse referencias expresas en la Norma Fundamental de Nicaragua a dicha problemática. No existe, sin embargo, tampoco contradicción alguna con dicha Norma Máxima, que por más que no contenga una regulación perceptible de la Administración, no entraña prohibición ni hostilidad alguna respecto al Derecho administrativo.

Como vamos a poder constatar a lo largo de este estudio, el marco constitucional deja perfectamente sitio para el establecimiento de un sistema de régimen administrativo como el que se está configurando en la actualidad, enraizado en la tradición europea del régime administratif; o para la consolidación de una administración pública sujeta en esencia al Derecho común, como enseña la tradición anglosajona.

Lo cierto es que en el momento presente, como ya adelantamos, se ha tomado partido por la primera opción. Si bien, que quede claro, no es ésta una opción tomada a nivel constitucional, sino infraconstitucional.

No es este capítulo, sin embargo, el lugar adecuado para analizar esa legislación, que se examina con detalle en otras partes de este estudio, sino el débil y escaso marco constitucional que le sirve de soporte. Tarea difícil, que implica un notable esfuerzo, dada la enorme carencia de referencias expresas, que obliga a realizar un examen detallado y minucioso de la totalidad del régimen constitucional, en busca de las mismas. Desde un análisis de este tipo se pueden llegar, sin embargo, a algunas conclusiones importantes, que nos permiten descubrir un cierto régimen constitucional para la Administración pública.

Ciertamente hay una serie de elementos que ofrecen aportaciones inestimables para la configuración del régimen de la Administración, que se pueden agrupar, a nuestro juicio, en cuatro grandes bloques.

El primero de ellos viene constituido por los principios y valores generales que informan el régimen constitucional nicaragüense. Algunos de ellos, particularmente la consideración del Estado de Nicaragua como un Estado de Derecho y como un Estado Social, condicionan notablemente el régimen jurídico de la Administración.

Un segundo elemento decisivo para configurar constitucionalmente la Administración, es la regulación del Poder Ejecutivo. En cuanto aquélla no es más que una parte de éste, las reglas y principios básicos que la Constitución establece para el mismo, serán plenamente aplicables a la Administración.

El tercer elemento a tener en cuenta es la regulación constitucional de la actividad económica. Materia extensamente regulada en la Constitución de Nicaragua, y de la que se derivan importantes consecuencias para la regulación de la Administración pública.

Por último, en cuarto lugar, un tema también examinado con detalle en la Norma Máxima es el empleo público. Dicha regulación es extremadamen-

te importante a los efectos de nuestro estudio, no sólo porque afecta a este importante sector del Derecho administrativo, sino también porque permite derivar importantes conclusiones respecto al régimen general de la Administración pública.

Vamos, pues, a tratar de extraer de estas referencias unas conclusiones básicas, que den fundamento al incipiente, pero ya importante, Derecho administrativo nicaragüense, que está pugnando por hacerse un sitio en la tradición jurídica de este país.

II. La evolución del constitucionalismo en nicaragua y su evolución en la regulación constitucional del derecho administrativo y la administración pública

Sin duda alguna, el rasgo más definitorio de los fundamentos constitucionales del Derecho administrativo de Nicaragua es su prácticamente nula adhesión a cualquier sistema típico de regulación de las relaciones jurídico- administrativas. Dicha cuestión, que trataremos con mayor detalle en apartados posteriores, no tiene, en absoluto, nada de casual, pues constituye una consecuencia lógica de más de dos siglos de inestabilidad política y social, que ha traído consigo una permanente indefinición del modelo de Estado.

Como ya hemos visto, el lento y complejo proceso que ha llevado a la configuración de Nicaragua como nación, se ha desarrollado en un perpetuo marco de lucha, en el que una multiplicidad de iniciativas de signo diferente, y muchas veces contradictorias, han tratado de prevalecer, sin éxito, sobre las demás. Esto impide descubrir en esta evolución un modelo o sistema de Estado específicamente nicaragüense, salvo como una casual confluencia de influencias foráneas que no llegaban a encontrar verdadera plasmación, pues eran sustituidas, al caer el poder político que las sustentaba, por otras influenciadas por principios de índole diversa.

Este devenir se ha trasmitido miméticamente a la formación y el desarrollo del Derecho Administrativo de Nicaragua, para cuya construcción se ha tenido que recorrer un camino difícil y tortuoso. Así lo ha marcado de forma inexorable la historia de Nicaragua, que después del proceso de independencia, ha experimentado un complejo proceso de definiciones y redefiniciones, de luchas, levantamientos y disputas entre las distintas fuerzas políticas, incapaces de ponerse de acuerdo acerca del proyecto que debería seguirse para levantar este país.

III. La constitución de Nicaragua de 1987 y sus sucesivas reformas: un nuevo marco constitucional para la administración pública nicaragüense

Como ya sabemos, el 9 de Enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución

Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República. Dicho texto ha sido ya objeto, pese a su juventud, de varias reformas constitucionales importantes. No obstante, nosotros nos centraremos, salvo cuando resulte imprescindible, en el texto actualmente vigente.

1. La sujeción de la Administración pública al Derecho

No hay en la Norma Máxima una referencia expresa que ordene el sometimiento de la Administración pública al Derecho, pero éste es fácilmente deducible, a pesar de ello, del conjunto del texto de ésta. Por un lado, porque es una consecuencia necesaria de dos principios básicos consagrados por la Constitución: la calificación del Estado nicaragüense como un –Estado (...) de Derecho– (art. 130); y el principio de legalidad que consagra el art. 160, que indica que la –administración de la justicia garantiza el principio de legalidad–.

Por otro lado, y de forma aún más clara, en cuanto se encomienda a la Corte Suprema de Justicia conocer –y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, y entre éstos y los particulares– (art. 164. 10). No cabe dudar que la sustanciación y resolución de estos conflictos se llevara a cabo conforme a criterios jurídicos.

La cuestión está, entonces, en determinar en que términos se lleva a cabo esa sujeción al Derecho. Es sabido que existen dos grandes modelos o sistemas de subordinar la Administración al Derecho.[110] Cabe que ésta quede sometida a las mismas normas que rigen la actividad de los sujetos privados (sistema de common law, tradicional de los países anglosajones), o que se rija por un Derecho distinto, específicamente diseñado para ordenar las relaciones jurídico-administrativas (sistema de régimen administrativo, característico de Europa continental).[111]

No existe, sin embargo, en nuestra opinión, criterio alguno que permita afirma a nivel constitucional la opción por uno u otro modelo. Nicaragua ha

110 De Laubadère, A., et. al., Traité de Droit administratif, Decimotercera Edición, París, LGDJ, 1994, t. I, p. 21; Caetano, M., Tratado Elemental de Derecho Administrativo, trad. de L. López Rodo, Santiago de Compostela, 1956, pp. 35-36.

111 Lenz, B., –The Public Service in Article 48(4) EEC with Special Reference to the Law in England and in the Federal Republic of Germany–, en Legal issues of European Integration 1989-2, p.89. Chapus, R., Droit administratif general, 5a. edición, Montchrestien, 1990, t. I, p. 2.

Bénoit, F. P., Le Droit administratif français, Dalloz, París, 1968, p.70-71. Si bien esa diferenciación no se da de forma pura, por lo que ha sido matizada tanto en Europa como en los países anglosajones. Así, puede consultarse en la doctrina Europea Flogaïtis, S., Administrative Law et Droit Administratif, LGDJ, París, 1986, pp. 49-57. Entre los juristas anglosajones, Craig, P. P., Public law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 50-51.

optado claramente en el Derecho ordinario por someter su Administración a un régimen de Derecho administrativo. Pero ello no es una consecuencia que se pueda derivar de la Constitución, sino una simple opción adoptada por el legislador ordinario, que podría haber decidido perfectamente sujetarla a las mismas normas que rigen para los sujetos privados, tal y como enseña la tradición del common law.

No resulta esto ni mucho menos superfluo, pues de aquí se derivan importantes consecuencias prácticas respecto a un tema especialmente sensible en los tiempos actuales, como lo es el de la huída del Derecho administrativo.

Dicho fenómeno tiene su origen en la tendencia, especialmente marcada en los tiempos actuales, a que la Administración se desligue de su sujeción al régimen, presuntamente más rígido, que ofrece el Derecho administrativo, para regirse por un Derecho más flexible, el Derecho privado. En principio, esa actuación no tiene porque comportar reproche alguno, pues es simplemente necesaria, en algunos casos, para adaptarse a la multiplicidad de funciones que desarrolla la Administración pública actual (difícilmente podría la Administración desarrollar actividades puramente económicas, en competencia con la iniciativa privada, sujeta al Derecho administrativo). Sin embargo, cuando el recurso al Derecho común se articula con el único propósito de escapar de los controles públicos, adquiere un cierto carácter fraudulento.

Para evitar esta fuga del Derecho público, desde algunos sectores doctrinales se ha hablado de una reserva constitucional de Administración pública. Tesis en virtud de la que se defiende que la Constitución, al someter a la Administración al Derecho, no estaría sujetando a ésta a un Derecho cualquiera, sino al Derecho administrativo. Por lo que el legislador no podría disponer de esta decisión, tomada por un poder normativo superior (el legislador constituyente, que le vincula).[112]

Dicha tesis, muy discutida,[113] no puede encontrar acomodo en ningún caso, en nuestra opinión, en el Derecho constitucional nicaragüense, pues no es posible encontrar en éste disposición alguna que ordene que las relaciones jurídicas de la Administración se rijan por el Derecho administrativo. Quedando limitadas las garantías, en tal sentido, a las que ofrece el Derecho ordinario.

El tema de la subordinación de la Administración al Derecho tiene, igualmente, un aspecto procesal, pues se pueden distinguir también en este ámbito dos grandes modelos. Por un lado, algunos Estados encomiendan dicha función a una jurisdicción especializada (que no especial), encargada específica-

112 Del Saz Cordero, S., –Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX–, en J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), La Administración Pública española, Madrid2002, p. 65.

113 Rodríguez-Arana Muñoz, J., –La vuelta al Derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)–, en Revista de Derecho 7, 2005, pp. 93-94.

mente de los asuntos administrativos (la jurisdicción contencioso- administrativa); mientras que otros atribuyen dicha tarea a los tribunales ordinarios.

El reciente Derecho constitucional nicaragüense ha seguido en este aspecto una evolución bastante dubitativa. La pretensión de someter a la Administración a una jurisdicción especializada había tenido ya algunas tentativas históricas (la Constitución de 1974 había previsto ya tal posibilidad, con el refrendo de la mejor doctrina, que acogió muy favorablemente dicha decisión),[114] pero en su redacción originaria no fue seguida dicha dirección por la vigente Constitución de 1987, que omitió toda referencia a lo contencioso-administrativo.

Las reformas constitucionales de 1995 vinieron a trastocar dicha decisión, pues modificaron el contenido del art. 163, que paso a establecer que la –Corte Suprema de Justicia estará integrada por doce Magistrados electos por la Asamblea Nacional–. –La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas por un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso-Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados–.

Este reconocimiento constitucional del contencioso-administrativo no perduró demasiado, pues la reforma constitucional del 2000 elimino esta telegráfica, pero crucial referencia, dejando de nuevo a este orden jurisdiccional especializado desnudo de todo fundamento constitucional.[115]

Se podría defender una consagración implícita de lo contencioso-administrativo, y por extensión del Derecho administrativo como régimen jurídico especializado, con base en este reconocimiento temporal. Sin embargo, dicha interpretación no parece concordar con el rigor mínimo que debe tener la interpretación de una Norma Máxima, pues difícilmente se puede extraer de una breve referencia, que no figura ni en la redacción actual ni constaba en la originaria, en un país en el que falta además la más mínima tradición en la materia (aún hoy sigue careciendo de una ley reguladora del procedimiento administrativo), un reconocimiento constitucional de una institución.

---

114 En tal sentido, señaló C. M. López que en –la nueva Constitución Política de 1974 se ha producido (...) un hecho nuevo: la posibilidad de creación de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. En efecto, en los arts. 303 y 304 CN se contempla la estructuración de un –Tribunal Contencioso Administrativo– adscrito al Poder Judicial. La mera declaración constitucional en sí supone un paso adelante y un verdadero avance en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo como muchas de las declaraciones programáticas que encierran las constituciones políticas, éstas no son efectivas y reales sino hasta que son desarrolladas por una Ley ordinaria que las concretiza y las hace efectivas. Lo deseable es que una ley de esa naturaleza se dictara lo más pronto posible–. López, Cairo Manuel, Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo.

115 Véase sobre esta evolución Arríen Somarriba, J. B., –El contencioso-administrativo en Nicaragua–, en Cuadernos de Investigación de la UCA nº 7, Colección Jurisprudencia, PP. 8-11.

Hoy, afortunadamente, en nuestra opinión, Nicaragua goza de una Ley Reguladora de lo Contencioso-Administrativo, pero una vez más hemos de concluir que se trata de una decisión tomada a nivel de Derecho ordinario, que no viene determinada por una regulación constitucional que, simplemente, no se pronuncia sobre dicho aspecto, por lo que ni impide ni impone dicha decisión.

2. La falta de una nítida separación entre Gobierno y Administración pública

El punto más criticable del régimen constitucional de la Administración pública de Nicaragua es, en nuestra opinión, la existencia de una notable confusión entre Gobierno y Administración. La simple lectura de la Constitución evidencia con toda claridad esta orientación, pues al regular esta materia en el Capítulo III del Título VIII se refiere de forma conjunta al –Poder Ejecutivo–, sin hacer diferencia alguna entre Gobierno y Administración. Sólo son objeto de una mención diferenciada, las entidades a través de las que se hace efectiva la descentralización territorial del Estado, esto es, los municipios (regulados en el Capítulo I del Título IX) y las Comunidades de la Costa Atlántica (reguladas en el Capítulo II también del Titulo IX).

Una solución sumamente deficiente, a nuestro juicio, pues uno de los elementos básicos para la estabilidad de un país es la relativa neutralización política de la Administración. Ésta se configura como un ente que actúa siempre bajo la dirección del Gobierno (se entiende del Gobierno que asuma en cada momento el poder). Pero fuera de ese sometimiento a la dirección de éste, constituye una instancia esencialmente técnica y especializada, un conjunto de profesionales que tienen encomendadas unas funciones concretas y determinadas, siempre bajo la guía y orientación política que confiera el Gobierno.

Esta separación no supone ningún obstáculo para que el Gobierno actuante desarrolle su programa político, conforme a sus propias concepciones ideológicas, pues los más altos cargos de ese aparato administrativo pueden ser nombrados por éste, que los utilizará para dar su propia orientación política a la acción pública, y dirigir la Administración.

De este modo, la Administración aparece configurada como una plantilla de profesionales, que el Gobierno, que es, a la vez que tal, Máxima Autoridad de la Administración, a través de su labor directora, y de los altos cargos de la Administración, por él nombrados, orienta y dirige.

Esta configuración facilita la transición pacífica y sin discordancias en los momentos en que se produce el cambio político, pues permite que la casi totalidad del aparato administrativo permanezca, y no se vea afectado por el cambio. Pues sólo las instancias superiores de la misma van a ser copadas por cargos nombrados por el Gobierno.

Con ello se logra una mayor estabilidad y continuidad en el desarrollo de las tareas públicas, permitiendo que los empleados públicos adquieran una mejor preparación y experiencia, que redunda en una mejor gestión pública.

Y facilita, además, notablemente, la labor del Gobierno entrante en cada momento, que sabe que va a poder contar con la asistencia de un conjunto de profesionales expertos y capacitados para el desarrollo de sus funciones.

Aparte de ello, facilita el correcto desenvolvimiento del proceso político, pues las distintas fuerzas políticas dejan de ver a la Administración en bloque como un elemento favorable a una u otra tendencia política. Ya que se sabe seguro que, en el momento que cada una de ellas tome el poder político, va a poder contar también con el apoyo y la asistencia fiel de esa Administración.

Todo ello ha sido expresado de forma magistral por Garrido Falla, en palabras que, por su especial valor, conviene reproducir aquí, aunque la cita sea quizás excesivamente larga. Señala nuestro autor, al hablar de la subordinación de la Administración al Gobierno, que esta subordinación tiene sus límites y que, en cierto sentido, la Administración se independiza del Gobierno y de la política. Lo que caracteriza a la Administración Pública de los países desarrollados está cabalmente en que asume como propios los fines que realiza y actúa para alcanzarlos movida por una fuerza propia, rutinaria si se quiere, pero independiente del Gobierno. Es esa fuerza propia la que hace posible el sorprendente fenómeno, tantas veces observado, de que en un país en un periodo de crisis gubernamental los servicios públicos sigan funcionando.

Por ello, añade un poco más tarde, la separación entre Gobierno y Administración debe resolverse asegurando, de una parte la supremacía del Gobierno sobre la Administración y, de otra, precisamente como paradójica contrapartida, la no injerencia política en zonas administrativas. Cabría decir que lo que debe conseguirse simultáneamente es un sistema de neutralidad política de la Administración y asimismo, de neutralidad administrativa del Gobierno.[116]

En los últimos tiempos, se está avanzando en Nicaragua hacia una mayor separación entre Gobierno y Administración. Consecuencia una vez más de que el Derecho administrativo nicaragüense se esté desarrollando a nivel de Derecho ordinario, sin una sólida base constitucional que lo sustente. Sería, por ello, sumamente adecuado, que el régimen constitucional diese una cierta solidez a esta distinción, dando a la Administración pública un lugar específico entre sus normas.

3. La Constitución económica y la Administración pública

A diferencia de lo que ocurría con las cuestiones anteriores, apenas si esbozadas en la Norma Fundamental y, por tanto, construidas sobre la base de indicios insuficientes, que apenas si sirven para llegar a algunas conclusiones mínimas, en el tema que ahora nos ocupa, ofrece la Constitución de Nicaragua una regulación bastante detallada, que permite perfilar de forma bastante precisa el papel que corresponde a la Administración pública en dicho ámbito.

116 Garrido Falla, Francisco, –Constitución y Administración–, en Revista Española de Derecho Administrativo 20, enero-marzo de 1979, pp. 7-8.

Debe comenzarse, en tal sentido, destacando que en su redacción actual se acoge en la normativa constitucional un sistema económico de carácter mixto, en el que se trata de salvaguardar un papel importante tanto a la iniciativa pública como a la privada.

El papel principal que corresponde al Poder Público, como garante de un correcto desenvolvimiento de las relaciones económicas y sociales, se puede deducir de la declaración del art. 130, en la que se afirma que la –nación nicaragüense se constituye en un Estado Social–. Lo que indica, por sí sólo, que no sólo se admite, sino que incluso se obliga, a una intervención activa por parte del Estado, a fin de garantizar una igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos, promoviendo las condiciones que permitan un correcto nivel de vida de todos los nicaragüenses, y de los grupos en los que éstos se integran. Así lo ratifica el art. 48, según el cual es –obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país–.

Es en el campo de los derechos sociales donde esta orientación se hace más claramente perceptible. Así, el Capítulo III del Título IV comprende una amplia enumeración de derechos sociales, de los que se responsabiliza al Estado. Sin animo de agotar ese largo listado, se puede citar a título ejemplificativo el art. 59, que establece que los –nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación–; el art. 61, que establece que el –Estado garantiza a los nicaragüenses el derecho a la seguridad social para su protección integral frente a las contingencias sociales de la vida y el trabajo en la forma y condiciones que determine la ley–; o el art. 63, que afirma que es –derecho de los nicaragüenses estar protegidos contra el hambre. El Estado promoverá programas que aseguren una adecuada disponibilidad de alimentos y una distribución equitativa de los mismos–.

En la misma línea incide el art. 98, que establece que la –función principal del Estado en la economía es desarrollar materialmente el país, suprimir el atraso y la dependencia heredados; mejorar las condiciones de vida del pueblo y realizar una distribución cada vez más justa de la riqueza–.

Especial referencia requiere la consagración de la muy administrativa institución del servicio público, que cuenta con un reconocimiento expreso en la Norma Máxima. Concretamente en el art. 105, que establece que es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley en cada caso.

Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos

y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenados bajo ninguna modalidad.

Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantil. Los servicios estatales de salud y educación deberán ser ampliados y fortalecidos. Se garantiza el derecho de establecer servicios privados en las áreas de salud y educación.

Es deber del Estado garantizar el control de calidad de bienes y servicios y evitar la especulación y el acaparamiento de los bienes básicos de consumo.

Debe destacarse de este reconocimiento dos aspectos. En primer lugar, se debe destacar que en la actual redacción de este precepto, la noción de servicio público se hace más desde la idea de garantía de una correcta prestación y control por parte de los poderes públicos, y derecho al acceso por parte de los sujetos privados, que desde la idea de monopolio.[117] De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público genere problema de adaptación alguno a la nueva forma de entender el servicio público, tras los procesos de liberalización y desregulación, en el que se presta éste en un entorno competitivo y no monopolístico.[118]

Por otra parte, sorprende que el legislador constituyente, sin embargo, siga reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolio; y eluda dicho término para referirse a los servicios de carácter social. Las viejas formas de pensar parecen haber sido aquí decisivas, llevando a situar este tipo de servicios, tradicionalmente designados como servicios compartidos, como una realidad próxima pero diferente al servicio público. Huelga decir que dicha redacción no debe impedir la consideración de ambas realidades como dos especies (servicios públicos económicos y servicios públicos sociales) de un mismo genero (el servicio público).

Este reconocimiento de lo público viene acompañado, por otro lado, de un papel prominente para la iniciativa privada. Así, la Constitución realiza un claro reconocimiento de la propiedad privada, si bien limitada por su función social, como señala el art. 44, que establece que en virtud de la función social de la propiedad, este derecho está sujeto, por causa de utilidad pública o de interés social, a las limitaciones y obligaciones que en cuanto a su ejercicio le impongan las leyes. Los bienes inmuebles mencionados en el párrafo primero

117 Como señala M. Domínguez-Berrueta de Juan, servicio –público y monopolio ya no son los compañeros inseparables que algunos afirmaron que eran, sino figuras autónomas cuyos caminos pueden cruzarse o no según el caso–. Sendín García, M. A., Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos, Granada, Comares, 2003, p. 21.

118 Véase al respecto, Sendín García, Op. Cit., y del mismo autor Regulación y servicio público, Granada, Comares, 2003.

pueden ser objeto de expropiación de acuerdo a la ley, previo pago en efectivo de justa indemnización.

También de la libertad de empresa, a la que el art. 99 encomienda el protagonismo en el desarrollo de las actividades económicas, limitando de esta manera el papel del Estado en este ámbito. Así se infiere claramente de la dicción de dicho precepto, según el cual

> El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta para garantizar la democracia económica y social.
>
> El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares. Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende en un sentido amplio, a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras.

Como puede verse, la configuración que se da a la Administración pública en el ámbito económico se encuentra totalmente en línea con las tendencias actuales, tendentes a limitar su actuación más bien al control y a la regulación que a la intervención directa en la economía. Reservando esta última tan sólo para aquellos servicios sociales y de autoridad, que sólo la Administración puede desarrollar.

4. La regulación constitucional del empleo público

Constituye la regulación del empleo público uno de los grandes retos a los que Nicaragua debe enfrentarse en los próximos años. La necesidad de generar una plantilla de servidores públicos neutrales, profesionales y capacitados, es requisito imprescindible para la estabilidad de las reformas administrativas y su adecuado desarrollo.[119]

119 Como señala M. J. Jarquín Ramos, –un sistema de Servicio Civil sobre la base de mérito y comprometido con la equidad, es muy importante no sólo porque asegura la estabilidad de los empleados públicos, sino porque es a través de éste que se logra el ingreso de las personas más idóneas, la profesionalización, retribución justa y equitativa, capacitación y desarrollo de carrera, gestión del desempeño en igualdad de oportunidades y condiciones; sobre todo el desarrollo de las competencias y comportamientos que, sobre la base de los principios en que se sustenta el sistema, contribuyen a ir forjando servidores públicos que no sólo son capaces sino también responsables, íntegros, honestos y comprometidos con las demandas y necesidades de la población–. –El sistema de Servicio Civil es un elemento fundamental para contribuir al desarrollo de Nicaragua pues garantiza la neutralidad e imparcialidad de la actuación de la Administración Pública, lo que tiene incidencia tanto en la formulación como en la aplicación de las políticas públicas.

Tradicionalmente, en Nicaragua los empleados públicos se regían por las mismas normas a las que se sujetaban el resto de los trabajadores. La vigente Constitución de 1987 ha puesto fin a esta situación, obligando a la ley a regular un régimen de Servicio Civil (art. 131).

La pregunta que se plantea, entonces, es hasta donde llega esta vinculación. Un primer interrogante que surge, al respecto, es si la Constitución impone a los empleados públicos un régimen estatutario o si pueden estar vinculados a la Administración por un régimen laboral.

Aunque el término funcionario es de difícil precisión, se suele entender por tal, en su sentido más estricto, un tipo particular de empleado público regido por un vínculo público de carácter estatutario. Lo que se traduce, en esencia, en dos grandes rasgos. Por un lado, el funcionario accede a la función pública mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y no mediante un contrato. Por otro, porque sus condiciones de empleo no vienen fijadas por un contrato o convenio colectivo, sino que se determinan a través de normas objetivas, bien sean leyes o reglamentos, que los poderes públicos pueden modificar unilateralmente. De lo que se deriva que, durante toda su vida profesional en la función pública, el funcionario queda encuadrado en el marco de un estatuto público que fija en cada momento sus derechos y obligaciones.[120]

Podrían darse hasta cuatro respuestas diferentes a esta cuestión: a) la Constitución obliga a que los empleados públicos estén sujetos a un régimen estatutario; b) obliga a que el empleo público esté integrado mayoritariamente por funcionarios sujetos a un régimen estatutario; c) es indiferente a efectos constitucionales la naturaleza del vínculo que une a la Administración con el empleado; d) niega la posibilidad de que existan empleados públicos sujetos a un régimen estatutario.

Las dos primeras posturas parecen claramente rechazables, mediante una simple lectura de la Norma Fundamental, que habla en el art. 131 de fun-

---

Por otro lado constituye un instrumento poderoso para combatir la corrupción y otros vicios como el clientelismo, el nepotismo, causas importantes de la pobreza de nuestros pueblos–. Jarquín Ramos, María José, –Reforma institucional en Nicaragua: un reto permanente–, en Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública 8, Panamá, CLAD, 2003. En la misma línea, señalan M. E. López Álvarez y I. Reyes de Borge que la –existencia de un Servicio Civil en Nicaragua es una necesidad imperante, no sólo porque a nivel de la Región es el único país que carece del mismo, sino porque no es posible desarrollar un proceso de Modernización de las Instituciones Públicas sin que exista un real proceso de Modernización de la gestión de sus Recursos Humanos–. López Álvarez y Reyes de Borge, –Avances de la reforma del servicio civil en Nicaragua–, en Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración pública 8, Panamá, CLAD, 2003.

120 Sánchez Morón, M., Derecho de la función pública, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 61. Santamaría Pastor, J. A., Op. Cit., nota 26, p. 682.

cionarios y empleados públicos, con lo que admite la posible existencia de servidores públicos tanto estatutarios como no estatutarios. Más difícil resulta tomar postura por alguna de las otras dos, pues no se toma un criterio claro en la Norma Máxima, lo que nos lleva a pensar que el legislador no constriñe la opción de vincular al funcionario público a través de una relación estatutaria o laboral, dejando dicha decisión al legislador ordinario.

En nuestra opinión, la opción constitucional en este campo no es a favor de un régimen estatutario o no estatutario, sino a favor de un empleado público profesional, en el sentido de no designado por motivos de confianza o afinidad política, sino por sus cualidades profesionales, en base a criterios de mérito y capacidad. En tal sentido debe entenderse, a nuestro juicio, el mandato del art. 131 de que el legislador regule el –servicio civil y la carrera administrativa–.

Esta última estipulación nos lleva también a plantearnos otra cuestión. Sabido es que existían tradicionalmente dos grandes modelos de empleo público (sistemas de empleo y de carrera), que se diferencian entre sí por la mayor o menor distancia en que se encuentran respecto al régimen laboral común.[121] Los primeros, más propios de los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona, se caracterizan por tener como eje la idea de puesto de trabajo, de tal forma que el empleado público entra para desarrollar un puesto concreto en el sector público, quedando en principio su relación con la Administración ligada a las vicisitudes de dicho puesto, si éste desaparece lo hace también el vínculo con la Administración y se carece de derecho alguno a desarrollar otros puestos.

Frente a ello, en un sistema de carrera, el empleado público entra en la Administración sin vinculación a un concreto puesto de trabajo, sino unido a un Cuerpo o Escala en el que se integra, pudiendo desarrollar a lo largo de su vinculación con la Administración, que se entiende, en principio, que se prolongará durante toda su vida profesional, los distintos puestos que pueden desarrollar los miembros de ese cuerpo o escala. El servidor público en este sistema tendría reconocido un derecho a hacer carrera, esto es, a la progresión profesional en la Administración según los criterios establecidos en la normativa que le sea aplicable, entre los que la antigüedad suele jugar un papel fundamental.[122]

La Constitución nicaragüense toma partido claramente por la existencia de una carrera para los empleados públicos. Ahora bien, no debe olvidarse que

121 Ivanega, Miriam Mabel, Op. Cit., p. 179.

122 Puede verse una descripción de ambos tipos de sistemas en Albadalejo Campoy, M. A., –Pasado, presente y futuro de la función pública española. Una propuesta de reforma–, en Cuadernos Económicos del ICE 13, 1980, p. 24 y sigs; Parada Vázquez, R., –La degeneración del modelo de función pública–, en Rodríguez-Arana Muñoz (comp.), La Administración pública española, Madrid, INAP, 2002, p. 838 y sigs. Uno de nosotros se ha referido a tal cuestión en Sendín García, M. A., La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea, Salamanca, Ratio Legis, 2005, p. 196 y sigs.

en la actualidad un modelo de carrera en sentido estricto es imposible de encontrar en ordenamiento jurídico alguno, de tal forma que lo normal es encontrar en cualquier modelo de empleo público la fusión de elementos propios de ambos sistemas teóricos.

Esto hace que se deba interpretar, a nuestro juicio, que es necesaria una cierta proximidad a los sistemas de carrera, en cuanto la ley deberá regular una carrera administrativa para los empleados públicos. Pero esto no obliga a establecer un modelo de este tipo en los demás aspectos, que podrán aproximarse en mayor o menor medida a un modelo de empleo.

Debe tenerse presente, además, que la necesaria regulación de la carrera administrativa deja un amplio margen al legislador para configurar ésta, pues puede entenderse al modo más tradicional, como un sistema que permita el acceso paulatino en base a la antigüedad; o, como se suele entender actualmente, como una simple posibilidad, esto es, como un abanico de oportunidades profesionales de las que el servidor público podrá hacer uso o no dependiendo de su valía y dedicación.[123]

123 Como señala J. M. Ramírez Cardus, la –carrera es una posibilidad pero no algo que ha de cumplirse indefectiblemente; requerirá del funcionario la voluntad de querer hacer carrera y comportará para él, la necesidad de hacer un esfuerzo para alcanzarla. Corresponderá a la Organización el facilitar los medios para que tal cosa sea posible. Es lo que algunos vienen a decir bajo la expresión de carrera administrativa sí, pero desfile administrativo no–. Ramírez Cardus, Juan María, –La Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad–, en Jornadas de Estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico, Oñati, 1986, p. 77.

CAPÍTULO CUARTO
LAS FUENTES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGÜENSE

Se ha abierto paso en el Derecho constitucional moderno la consideración de que la Constitución no es una simple declaración de buenas intenciones o propósitos políticos, pues, como destaca Meilan Gil, por más que sea –expresión de un pacto político, la Constitución es una norma jurídica–.[124]

Así ocurre, sin duda, en Nicaragua. Siendo, en consecuencia, la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, lo que supone que ostenta supremacía formal o material, esto es, ninguna norma puede modificar o derogar la Constitución o parte de la misma (supremacía formal) y ninguna norma puede tener un contenido contrario a lo establecido en la Constitución (supremacía material).[125]

Así lo establece clara y expresamente la propia Norma Fundamental en su art. 182, al señalar que la –Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones–.

Esa superioridad normativa encuentra justificación tanto en un criterio formal como en uno material. Formalmente es Norma Suprema porque emana de un poder normativo de mayor entidad que el ordinario (poder constituyente); desde el punto de vista material, encuentra su mayor fuerza en la esencialidad de su contenido, pues recoge los valores básicos sobre los que se basa la con-

124 Meilan Gil, –El principio de participación en la Constitución Española–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm.5, 2005, p. 29. Apunta H. H. Calderón Morales que la –Constitución como ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley Suprema–. Calderón Morales, –El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Guatemala–, en El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica, Quito, 2006, p. 55.

125 Como señala I. Escobar Fornos, la Constitución –es la ley de mayor jerarquía del Estado, la que representa la super legalidad y, como consecuencia, no tienen validez las leyes, reglamentos, decretos o cualquier disposición o acto que se le oponga–. Escobar Fornos, La Reforma Constitucional, Managua, Hispamer, 2004, p. 10. En sentido similar, señala López Olvera que la Constitución (...) es la Ley Fundamental, la Carta Magna, la Ley de Leyes, la Ley Suprema, de un Estado. Ningún poder (Legislativo, Administrativo o Jurisdiccional), puede estar por encima de sus disposiciones, de sus mandatos–. López Olvera, Miguel Ángel, –Las fuentes del derecho administrativo–, en Revista de la Facultad de Derecho de México nº 239.

vivencia social, proclama y garantiza los derechos de los ciudadanos y recoge las estructuras fundamentales a las que se atribuye el poder público.

Este carácter básico es el que exige que la Constitución no sea una norma exhaustiva y que ofrezca una regulación cerrada y agotadora de la vida social, sino que debe limitarse a establecerse un marco esencial, lo suficientemente preciso como para dotar a la sociedad de un cariz y perfil propio, pero suficientemente amplio para acoger las diversas tendencias políticas que puedan imponerse en cada momento. Debe, en definitiva, permitir un ámbito de maniobra al poder normativo ordinario, esto es, al que en cada momento asuma por voluntad popular el poder político, apto para poder desarrollar su programa político conforme a su propia ideología.

El mecanismo procesal a través del cual se hace efectiva esta supremacía es el recurso por inconstitucionalidad, que se podrá interponer por cualquier ciudadano y contra cualquier ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito en la Constitución Política (art. 187 CN).

Esta superioridad jerárquica va mucho más allá de la simple invulnerabilidad de sus preceptos por las normas inferiores, alcanzando a generar un deber de inspiración positiva, esto es, viola la Constitución la simple ignorancia de su contenido, que debe informar toda la práctica jurídica.[126]

De aquí se deriva, entre otras cosas, la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico nicaragüense a la luz de los preceptos constitucionales, pues éstos son la referencia última de toda norma jurídica, y el elemento inspirador que debe estar presente en la realización de cualquier operación jurídica. Convirtiéndose, así, la Norma Fundamental en el elemento clave que convierte el ordenamiento jurídico en una unidad, dotada de coherencia.[127]

De este principio se derivan dos reglas básicas de especial trascendencia para la aplicación del Derecho. En primer lugar, obliga a que entre las diversas interpretaciones posibles de una ley se deba optar siempre por aquella que sea más acorde con los valores y principios recogidos en la Constitución.

En segundo lugar, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley debe indagarse si existe alguna interpretación conforme a la Constitución, en cuyo

126 López Olvera, Miguel Ángel, –Las fuentes del derecho administrativo–, en Revista de la Facultad de Derecho de México nº 239.nota 338.

127 Como señalan A. Alonso de Antonio y J. A. Alonso de Antonio, el –principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución se fundamenta en la propia naturaleza de la Constitución como norma jurídica suprema. De este modo todas las normas forman parte de un ordenamiento unitario y sistemático, cuya unidad está proporcionada por la propia Constitución, tanto en el sentido de unidad formal (criterios de jerarquía y procedimiento) como especialmente de unidad material, es decir, valores y principios–. Derecho Constitucional Español, 2a. ed., Madrid, 1998, p. 85.

caso se salvará la constitucionalidad de aquélla, imponiéndose esa interpretación.

También consecuencia de la supremacía constitucional es que sea la Norma Máxima quien regule, al menos en sus aspectos esenciales, el proceso de producción del Derecho, regulando los poderes normativos de los distintos entes estatales dotados de éste.[128]

La Constitución, en cuanto norma básica que rige los designios de una Sociedad, tiende a configurarse como una norma dotada de una especial estabilidad, que no debe ser, en consecuencia objeto de reforma más que con carácter excepcional, pues su permanencia asienta e incrementa su prestigio y su autoridad.

No ha sido ésta en la práctica la situación de la Constitución de Nicaragua, que ha sido objeto hasta la fecha de un número considerable de reformas desde su promulgación. Mutabilidad que debe ser enjuiciada críticamente, en nuestra opinión.

Es cierto que la reforma constitucional es una circunstancia totalmente normal en cualquier país democrático, dado que difícilmente un texto legal va a poder sentar soluciones jurídicas validas para dar respuesta a todas las cuestiones que la vida social, siempre mutable e imprevisible, pueda plantear.[129]

---

128 Apunta Parejo Alfonso que esta –supremacía se expresa primariamente en la predeterminación inicial y básica –aunque no exclusiva- de todo el ulterior proceso de producción normativa (hasta llegar al último escalón de la norma del caso concreto o acto, según la imagen acuñada por H. Kelsen...), mediante la definición de las potestades y competencias de los distintos órganos estatales, el procedimiento para su ejercicio, las formas que han de aportar las decisiones de éstos, etc.–. Parejo Alfonso, Luciano,. Manual de Derecho administrativo, 5a. ed., 1998,nota 326, p. 238.

129 Como señala Alzaga Villaamil, la aceleración de la historia y los profundos cambios que viven las sociedades contemporáneas no dejan de afectar a los regímenes políticos. Las Constituciones, incluso las elaboradas desde la más sabia reflexión de sus progenitores, incorporan necesariamente valores que responden meramente a aquel momento histórico, soluciones en las que se depositó más confianza de la que la práctica acreditó que eran acreedoras; ciertamente, no pueden nunca prever el juego real que van a dar las instituciones y los órganos plasmados sobre el papel y puede decirse que son meras hijas de las preocupaciones y prioridades que presiden el momento de su elaboración, sin que puedan intuir ciertas necesidades futuras que sólo la práctica podrá ulteriormente de manifiesto. Consiguientemente, las Constituciones, por rígidas que sean (y por mucho que se considere, con acierto, que la estabilidad constitucional es un valor a defender, lo cual tiene su parte lógica), deben, como la generalidad del ordenamiento jurídico, estar cuidadosamente atentas a las necesidades de adaptación que se presenten, pues sólo los libros sagrados se han escrito para permanecer inmutables miles de años. Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, Dere-

Sin embargo, el elevado número de reformas sufridas por la Norma Básica de Nicaragua y su entidad nos parecen excesivas, por lo que entendemos que mantener esa tendencia reformadora podría perjudicar y dificultar que ésta adquiera la solidez y fuerza que requiere para cumplir la alta función que está llamada a desempeñar.

Se suele distinguir entre Constituciones rígidas y flexibles, según estén sujetas a procedimientos especialmente onerosos de reforma, distintos de los ordinarios, y específicamente previstos en ellas o no.[130]

La Constitución de Nicaragua se cuenta en este segundo caso, por lo que tiene que ser considerada, sin duda alguna, como una Constitución rígida, pues sólo puede ser derogada o modificada a través de los procedimientos expresamente previstos por ella misma a tal efecto. Elemento que tiene que ser valorado positivamente, pues al incorporar sus propios procedimientos de reforma, se hace posible la adaptación de la normativa fundamental sin quebrar la continuidad jurídica,[131] lográndose, con ello, compatibilizar la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias con la estabilidad que precisa una norma fundamental.[132]

En Nicaragua se distinguen dos procedimientos diferentes, dependiendo de que se trate de una reforma total o parcial de la Norma Máxima.

---

cho Político Español I. Constitución y Fuentes del Derecho, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, nota 333, p.184.

130 Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 327,p. 112. Escobar Fornos, Op. Cit., nota 338,p. 20. Como señala Balaguer Callejón, la –rigidez constitucional supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador–. Balaguer Callejón, Op. Cit., nota 325,p. 116.

131 Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 333, p. 184.

132 Como señala De Otto, la –rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio. La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente. Pero la rigidez reduce en mayor medida esta mutabilidad en favor de la estabilidad, sustrayendo la Constitución a la libre disposición de los órganos sujetos a ella. De otro modo –con una reforma absolutamente flexible– no desaparecería la superioridad de la Constitución respecto de las restantes normas, pero el legislador tendría libre disposición acerca de su contenido y esa superioridad vería mermado su alcance práctico. A la hora de regular la reforma constitucional, por tanto, es preciso atender al doble objetivo de conciliar estabilidad y cambio–. De Otto, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, 2a. ed., Barcelona, Ariel. nota 329,p. 59.

No es muy claro y preciso el criterio que permita deslindar cuando nos encontramos ante una reforma parcial y una total. No obstante, parece evidente que debe entenderse como total no sólo la revisión que afecte a la totalidad de la Norma Máxima, sino también toda aquella que afecte a una parte sustancial de la misma o que implique un cambio radical del régimen político, económico o social.[133]

El procedimiento para la reforma parcial comienza con una iniciativa de reforma parcial, que debe adoptar el Presidente de la República o un tercio de los diputados de la Asamblea Nacional (art. 191 CN). En ella se deberá señalar el o los artículos que se pretenden reformar con expresión de motivos (art. 192 CN).

Esa iniciativa deberá ser enviada a una comisión especial que dictaminará en un plazo no mayor de sesenta días (art. 192 CN). El proyecto de reforma recibirá a continuación el trámite previsto para la formación de la ley, si bien deberá ser discutida en dos legislaturas (art. 192 CN).

La aprobación de la reforma requerirá del voto favorable del sesenta por ciento de los diputados (art. 194 CN). Aprobada ésta será promulgada por el Presidente de la República, que carece de derecho al veto en este caso (art. 194 CN).

En cuanto a la reforma total, la iniciativa de reforma corresponde a la mitad más uno de los diputados de la Asamblea Nacional (art. 191 CN). A partir de aquí seguirá los mismos trámites que se prevén para la reforma parcial en todo lo que sea conducente a su presentación y dictamen. Una vez aprobada la iniciativa de reforma total, la Asamblea Nacional fijará un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional Constituyente, conservando hasta la instalación de ésta su mandato la Asamblea Nacional (art. 193 CN).

La vieja Constitución conservara la vigencia hasta la aprobación de la nueva por la Asamblea Nacional Constituyente (art. 193 CN).

La aprobación de la iniciativa de reforma total requerirá los dos tercios del total de los diputados (art. 194 CN).

Las reformas de la Constitución, totales o parciales, no necesitan sanción del poder ejecutivo (art. 141 CN). En caso de que Presidente de la República no promulgara ni publicara el proyecto de la reforma, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial, la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (art. 141 CN).

133 Escobar Fornos, Op. Cit., nota 338, p. 22.

I. La ley

1. Concepto y características

Al término ley se le pueden asimilar significados diversos. Así, frente a un concepto amplio de la misma, por el que se entendería toda norma escrita (concepto material de ley); se utiliza un concepto técnico más restringido, por el que se conoce al producto jurídico emanado del Poder Legislativo que, en cuanto tal, asume un valor determinado en el sistema de fuentes del Derecho (ley formal).[134] Es obviamente este segundo el que a nosotros interesa y en el que nos vamos a centrar.

Tomado en este sentido, la ley no se define, en realidad, por su carácter normativo, pues no tiene ni siquiera que darse éste, sino por su especial valor: por ser una norma subordinada a la Constitución pero dotada, sin embargo de superioridad jerárquica respecto al Reglamento.

Esta específica posición en el sistema de fuentes del Derecho deriva de su vinculación a la voluntad popular, en cuanto producto normativo elaborado por el Parlamento, directamente elegido por los ciudadanos y, por tanto, representante directo de éstos. Frente a ello el reglamento, dotado de una mera legitimación indirecta, al proceder del Gobierno y la Administración, asume una posición secundaria. Mientras que la Constitución, expresión directa de la voluntad soberana, en cuanto emanada de un poder constituyente y no meramente constituido, como ocurre con la ley, asume una posición de superioridad respecto a esta última.[135]

---

134 Señala J. C. Cassagne que en –sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que, de acuerdo al criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del órgano legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido–. Cassagne, –El Derecho administrativo argentino–, en González- Varas Ibáñez (dir.), El Derecho administrativo Iberoamericano, Granada, España, 2005, p. 27. En la misma línea, Dromi señala que –la ley jurídica es entendida en dos sentidos: 1º) En sentido material, es toda disposición general y abstracta, tomada para todos los casos idénticos, cualquiera que sea el órgano del cual emane y el procedimiento seguido para su establecimiento. 2º) En sentido formal, es toda disposición establecida conforme al procedimiento reglado de la Constitución para la formación y sanción de las leyes, cualquiera que sea el carácter y objeto de la misma–. Dromi, Op. Cit., nota 117, p. 173.

135 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que la –explicación es lógica y política a un tiempo ya que una vez admitido que la soberanía radica en el pueblo (como principio político) resulta necesario que la norma emanada directamente del mismo (esto es, la Constitución) tenga reconocido un valor superior sobre todas las restantes. A su vez, la norma emanada por el Parlamento (es decir, la Ley formal) en la medida en que es el legítimo titular del poder al estar integrado por los representantes elegidos por el pueblo, habrá de tener una jerarquía mayor que las demás normas, pero inferior a la de la propia

Es erróneo considerar que la ley es necesariamente una norma general, esto es, una regla jurídica que se incorpora al ordenamiento jurídico innovando éste, de tal forma que, en lo sucesivo, el supuesto de hecho al que se refiere será normado por esa ley, pues, aunque una parte de la doctrina se ha mostrado contraria a las mismas, en la práctica se reconoce también la existencia de leyes singulares o de caso único, que prestan a lo que materialmente serían auténticos actos administrativos, la fuerza formal de la ley.

Aunque el supuesto más usual sea que la ley sea norma general, el ordenamiento jurídico nicaragüense da cabida a lo que la doctrina ha venido calificando como leyes concretas o leyes de caso único.[136]

Lo dicho no supone que el campo de operación de esas leyes singulares sea ilimitado. Debe recordarse que el art. 27 CN establece que todas –las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección–. Esta elemental regla de igualdad restringe el ámbito de incidencia de las leyes singulares o de caso único a aquellas situaciones en las que concurran circunstancias objetivas que justifiquen ese trato desigual, sin que en ningún caso se pueda traducir en una disminución de garantías para el afectado o en el nacimiento de una situación discriminatoria no justificada.[137] Ahora bien, estas limitacio-

---

Constitución (ya que la voluntad soberana del pueblo no actúa directamente, sino a través de una representación–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113,pp. 87-88.

136 En el mismo sentido Flavio Escorcia, que las define como aquellas leyes –que no tienen el carácter de la generalidad por tener un contenido muy concreto, específico y limitado. Pueden señalarse aquellas leyes desde el punto de vista formal, por emanar del Poder Legislativo, pero mediante ellas se autoriza una actividad concreta: autorizar a la administración central para enajenar o gravar sus bienes, a transar, o las que establecen pensiones extraordinarias, o para la privatización de algún servicio público o empresa del Estado–. Aporta, además, este autor, un amplio listado ejemplificativo de leyes de este tipo. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 107-108.

137 En tal sentido Alzaga Villaamil, que señala que desvincular –el valor de la igualdad del concepto de ley es un tecnicismo formalista, que, en nuestra opinión, no resiste un análisis riguroso con las herramientas interpretativas del Derecho político. Hay que empezar por recordar que igualdad y ley han configurado un binomio, no precisamente secundario, que afecta a la naturaleza jurídica de la ley y que es clave en el pensamiento configurador del Estado de Derecho desde la Revolución francesa–. –Obviamente, no repugna al principio de igualdad que la ley trate como diferentes situaciones que son desiguales y esa consideración abre la puerta a la posibilidad excepcional de la ley singular para normar casos o situaciones singulares en términos que no impliquen discriminación–. –Una ley singular que deroga para un caso concreto una ley general será inconstitucional, bien si suprime el desarrollo legislativo general de las garantías que al respecto prevea la Constitución; bien si introduce un trato discriminatorio no justificable, contraviniendo, consecuentemente, el principio de igualdad–. Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez- Zapata, Op. Cit., nota 333, pp. 363-365.

nes no provienen del propio concepto de ley, sino que, como puede verse, son simples exigencias derivadas del principio de igualdad.

Nota definitoria de la ley es su carácter de concreción normativa de la voluntad general, expresada por el pueblo a través de sus representantes. Esto determina que no pueda ser concebida como una mera ejecución de la Constitución. Si ésta, como vimos, debe dejar un margen amplio para el juego de las distintas opciones políticas que en cada momento prevalezcan en la sociedad, la ley va a ser el instrumento a través del que esa voluntad general se convierta en cada caso en norma jurídica, por lo que podrá moverse libremente dentro de ese espacio que necesariamente crea la Norma Fundamental.[138]

Elemento del que se deriva a su vez importantes consecuencias a la hora de su control judicial. Pues la verificación de la constitucionalidad de la ley no puede ir más allá de la mera fiscalización negativa de que no vulnera la Norma Suprema, estándole vedado un control positivo de las decisiones de oportunidad tomadas por el poder legislativo en cada concreto momento, pues constituyen éstas un ámbito que queda remitido a aquellos a quienes la voluntad popular entregue en cada momento el poder político.[139]

2. Clases de leyes

En el Derecho de Nicaragua se deben distinguir, tomando en lo esencial la tipología elaborada por Flavio Escorcia, tres grandes tipos de leyes: leyes constitucionales, leyes especiales y leyes ordinarias.[140]

Las leyes ordinarias pueden definirse desde el punto de vista negativo, como aquellas que no son ni constitucionales ni especiales. Pero no se gana gran cosa con dicha definición. Es más correcto, por ello, categorizarlas como aquellas cuya aprobación se lleva a cabo siguiendo el procedimiento legislativo ordinario previsto en los arts. 140-143 CN.

---

138 Como señala Sánchez Morón, la –Constitución (...) fija los límites, formales y sustantivos, de la ley. Pero eso no significa que la ley sea simplemente una norma de desarrollo de la Constitución o el instrumento normativo de realización de un pretendido programa constitucional. Por el contrario, en el marco de la Constitución (...) el legislador tiene un amplio margen de libertad para innovar el ordenamiento jurídico, adoptando las opciones de política legislativa que considere oportunas–. A lo que añade que a través de la ley –se traducen a mandatos jurídicos las opciones políticas fundamentales en cada momento–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 161 y 158.

139 Como señala Sánchez Morón, el –único control jurisdiccional que cabe ejercer (...) sobre la obra del legislador es puramente negativo o anulatorio (...). Más allá de eso, el acierto o desacierto político del legislador no puede ser objeto de control jurisdiccional, sino tan sólo de la crítica política y de la valoración de la opinión pública y, en último extremo, del cuerpo electoral–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 161.

140 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 105.

Se convierten con ello en la categoría o tipo básico de ley, del que se desglosan determinados textos legales, cuya aprobación sujeta la Constitución a requisitos especiales. Dentro de las leyes no ordinarias se pueden distinguir a su vez dos tipos, uno específico, calificado por la propia Constitución como constitucionales; y otro, genérico, en el que se agruparían todos los supuestos de leyes no ordinarias que no son constitucionales, que vamos a designar, siguiendo la tipología ya mencionada de Flavio Escorcia, como leyes especiales.

Las leyes constitucionales se caracterizan porque su reforma exige que se siga el procedimiento establecido para la reforma parcial de la Constitución, con la excepción del requisito de las dos legislaturas (art. 195 CN). No necesitan sanción del Poder Ejecutivo[141] (art. 141 CN). Son leyes constitucionales la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo (art. 184 CN).

Las leyes especiales vendrían a constituir una categoría residual en la que se incluyen todos aquellos supuestos en los que, sin exigirse los requisitos que determinan la calificación como ley constitucional, se impone un procedimiento de aprobación que presenta alguna peculiaridad respecto al exigido para aprobar leyes ordinarias.[142] En realidad, no son una categoría uniforme, pues el rasgo específico que las convierte en especial varía según el supuesto de que se trate.

Lo más usual es que ese elemento específico sea la exigencia de una mayoría cualificada para su aprobación. Así, por ejemplo, la Ley de Municipios, cuya aprobación y reforma requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados (art. 177 CN); o la ley reguladora del régimen de autonomía de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, que requiere para su aprobación y reforma de la mayoría establecida para la reforma de las leyes constitucionales (art. 181 CN).

Sin embargo, en ocasiones, la peculiaridad es de otra naturaleza, como por ejemplo, la Ley de Presupuesto General de la República, que se convierte en especial por corresponder exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa legislativa para su aprobación (art. 113 CN).

141 Al igual que ocurría con las reformas constitucionales, en caso de que Presidente de la República no promulgara ni publicara el proyecto de la reforma, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial, la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (art. 141 CN).

142 Flavio Escorcia las define, por ello, como aquellas –que requieren para su aprobación o reforma, de una votación calificada o de una tramitación especial–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 105.

Aunque hay quien ha manifestado opinión contraria,[143] se suele considerar que las leyes constituyen un único escalón jerárquico dentro del sistema de fuentes del Derecho, por lo que no se relacionan entre sí por vínculos de jerarquía, sino de competencia. Así ocurre, en cualquier caso, en Nicaragua, donde la relación entre leyes ordinarias y leyes especiales y constitucionales no es jerárquica, sino de competencia.[144] De aquí se derivan una serie de consecuencias importantes:

Como punto de partida, debe tenerse presente que siempre que la Constitución prevé la regulación de una materia por una ley especial o constitucional, está generando una reserva material de ley, esto es, un ámbito material que sólo podrá ser regulado por ese determinado tipo de norma (la ley constitucional o la ley especial de la que se trate), con exclusión de todas las demás.

De aquí se deriva la imposibilidad de que ley ordinaria, ley constitucional y ley especial se entrecrucen entre sí, pues cada una tiene su ámbito propio de actuación, sin poder extenderse al de la otra.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las consecuencias de una invasión indebida por cada uno de este tipo de fuentes del ámbito de la otra, es diferente dependiendo del supuesto del que se trate.

Cuando es una ley ordinaria la que regula materia atribuida a ley especial o constitucional, es necesariamente nula, pues no cumple con los requisitos exigidos para su aprobación.

Sin embargo, cuando es una ley especial o constitucional la que regula una materia no reservada a ella, esa ley es válida, pues se cumplen los requisitos formales para la aprobación de una ley ordinaria, por lo que no tendría sentido invalidarla.

Si bien debe tenerse en cuenta que esa ley será ley ordinaria y no ley especial o constitucional, por lo que en lo sucesivo podrá ser modificada o derogada siguiendo los requisitos que se exigen para la aprobación de una ley

143 En tal sentido, Garrido Falla, respecto a las leyes orgánicas españolas, supuesto que, como veremos, se vendría a equiparar a la problemática de las leyes constitucionales y especiales nicaragüenses, ha considerado que –la especial protección que la Constitución presta a la vigencia de estas leyes las sitúa, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes del Derecho, en un escalón superior a la ley ordinaria–. Garrido Falla, Francisco, –Constitución y Administración–, en Revista Española de Derecho Administrativo 20, enero-marzo de 1979, pp. 7-8, nota 100, p. 205. En contra de esta tesis se han manifestado Villar Palasí y Villar Ezcurra, señalando que –estas dos clases de leyes nunca pueden llegar a colisionar entre sí por venir referidas a ámbitos y materias diferentes. Son regulaciones paralelas, con igual valor jerárquico de tal forma que es impensable una colisión que oponga directamente una Ley orgánica con otra que no tenga este carácter–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 111.

144 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 105.

ordinaria. Esto convierte los conceptos de leyes constitucionales y especiales en conceptos materiales y no formales, en otras palabras, sólo serán ámbitos sujetos a regulación por estas leyes los que la Constitución establezca que deben regirse por ellas.

Téngase en cuenta que, en caso contrario, se estaría dejando en manos del legislador la posibilidad de reservar la regulación de una materia a ley especial o constitucional. Eso llevaría a la petrificación del ordenamiento jurídico, pues si en un determinado momento el partido político en el poder gozase de una amplia mayoría, podía tener la tentación de regular algunas materias regulables por ley ordinaria conforme a requisitos más rigurosos, dificultando la posterior regulación de la misma por el grupo político que le sucediera, en su caso, en el gobierno.[145]

De aquí se deriva otra consecuencia importante, el ámbito reservado a ley especial o constitucional debe ser objeto de interpretación estricta, pues lo contrario podría dificultar en exceso los cambios en el poder político.

II. Reglamento

1. Concepto

El reglamento es una norma de carácter general dictada por el Gobierno o la Administración, que se caracteriza por tener rango inferior a la ley, y estar, por tanto, subordinada a ésta,[146] no pudiendo tener un contenido contrario a la misma, pues en tal caso sería nula.[147]

145 Véase Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 326,p. 260.

146 Como apunta J. González Pérez, el –reglamento, la disposición administrativa, aun siendo norma, es siempre norma subordinada y complementaria de la ley. Ocupa un rango inferior en la jerarquía normativa, con las consecuencias a ello inherentes–. González Pérez y González Navarro, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 1348.

147 Garrido Falla lo define como –toda disposición jurídica dictada por la Administración pública y con valor subordinado a la ley–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, p. 235. Según García De Enterría y Fernández Rodríguez se –llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo II, 8a. ed., Madrid, Civitas, nota 113, p. 181. Martín Mateo entiende por tal –disposiciones administrativas de carácter general y con rango inferior a la ley–. Martín Mateo, Manual de Derecho Administrativo, 23a. ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 98. Flavio Escorcia considera que –el Reglamento es una norma o conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal, que expide el Poder Ejecutivo, en uso de una facultad que le es atribuida por la Constitución o una ley y que tiene por objeto, facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo–. Escorcia, Flavio, Op. Cit., nota 2, p. 110.

Existen dos grandes corrientes a la hora de fijar la naturaleza del reglamento. En algunas tradiciones jurídicas se enfatiza su elemento formal, esto es, su procedencia del ejecutivo y no del legislador, en detrimento de su aspecto material, es decir, su carácter normativo que lo diferencia de las resoluciones singulares. Perspectiva desde la que se considera al reglamento como un determinado tipo de acto administrativo (acto administrativo de carácter general).[148]

Frente a ello, en otras familias jurídicas se da una mayor trascendencia al elemento material antes citado, entendiendo, en consecuencia, al reglamento como una realidad de naturaleza esencialmente normativa, radicalmente diferente al acto administrativo.[149] Es esta última postura la que rige en Nicaragua, donde se parte de la consideración del reglamento y el acto administrativo como dos figuras jurídicas diferenciadas.

148 Señala J. C. Santofimio Gamboa que en –Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general–. A lo que añade que –el tema del llamado Acto Administrativo de carácter general surge para la teoría del acto de manera tangencial, a partir del desarrollo del concepto material de ley, de donde se desprende la hipótesis de que las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de ésta. Este asunto que en algunos ordenamientos jurídicos, se resuelve por la vía de la concepción, según la cual, estas manifestaciones constituirían verdaderas expresiones legislativas. En otros como el nuestro, rechazamos esta postura calificando a las mismas, como fenómenos propios y exclusivos de la administración en ejercicio de sus poderes y atribuciones de carácter público, es decir, orgánica y funcionalmente diferentes a la ley, por tanto manifestaciones generales y abstractas propias de la administración y de ninguna manera del legislador–. –Panorama general del Derecho administrativo en Colombia–. Santofimio Gamboa, en González-Varas Ibáñez (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM, 2005, p. 223. En la misma línea, señala Vedel que el –Derecho francés (...) concede más importancia a las distinciones y a los criterio formales que a las distinciones y a los criterios materiales. Las diferencias que separan la ley del reglamento son más importantes que las semejanzas que los aproximan–. –En realidad, el reglamento tiene un régimen jurídico más próximo al de las decisiones no reglamentarias que al de la ley. El acto reglamentario no es más que una variedad de la decisión ejecutoria; es uno más entre los actos administrativos; no participa para nada de la soberanía ni de la infabilidad jurídica de la ley–. Vedel, Georges, Derecho administrativo, trad. de la sexta edición francesa por J. Rincón Jurado, Madrid, Aguilar., nota 100, p. 150.

149 En tal sentido, Martín Mateo señala que el –contener normas jurídicas distingue a los Reglamentos de los actos administrativos. No se trata de un acto general, sino de una norma, aunque algunos autores consideren, sin embargo, que los Reglamentos no son sino una especie de actos. Esto no es rigurosamente admisible por cuanto que el Reglamento presenta caracteres propios de la norma y distinta del acto–. Martín Mateo Manual de Derecho Administrativo, 23a. ed., Navarra, Thomson- Aranzadi. , 374,p. 103.

Esta diferenciación no se recoge expresamente en el Derecho nicaragüense, pero se puede inferir fácilmente del art. 14 LJ, que establece que se podrá impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa –los actos, resoluciones, disposiciones generales–. Esa referencia a las disposiciones generales, como algo distinto a los actos administrativos debe entenderse realizada, sin duda, a los reglamentos.

La distinción entre reglamento y acto administrativo es, por lo demás, una cuestión clásica del Derecho administrativo, habiéndose vertido considerable tinta para determinar los criterios sobre los que se debe realizar esa distinción. En la actualidad es, sin embargo, a nuestro juicio, una cuestión cerrada, pues el criterio ordinamental aporta un criterio firme y seguro para llevar a cabo esta distinción, que hace inútil la referencia a cualquier otro criterio distintivo.

Según esta tesis, el reglamento innova el ordenamiento jurídico, siendo susceptible de aplicación indefinida mientras continua su vigencia; mientras que el acto administrativo no innova el ordenamiento jurídico, sino que constituye una mera aplicación de éste, agotándose con su aplicación.

El reglamento es un acto formalmente administrativo, dado que procede del ejecutivo, pero materialmente legislativo, por crear una situación jurídica general, expresión de la función normativa de la Administración Pública.

De tal modo que, aunque los reglamentos sean productos normativos emanados de la propia Administración, son fuente del Derecho y, por lo tanto, vinculan a ésta, en cuanto forman parte del bloque de legalidad al que debe ajustar su actuación.

Fruto de ello es el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, que impide que la Administración pueda excepcionar la aplicación de un reglamento mediante una resolución singular o acto administrativo, incluso aunque esa resolución inferior haya sido dictada por una autoridad de rango superior a la que dicto el reglamento.

Dicha construcción no cuenta con un reconocimiento expreso en el Derecho positivo de Nicaragua, pero en cuanto expresión de principios jurídicos básicos, debe considerarse indudablemente vigente en este ordenamiento jurídico.

No hay, en realidad, unanimidad a la hora de delimitar cual es el principio justificador, pues se ha argumentado desde líneas diferentes por los distintos sectores de la doctrina. Si bien, en ningún caso, cuestiona esto la afirmación anterior, pues los distintos fundamentos esgrimidos constituyen principios estructurales, vigentes sin ningún género de duda en el Derecho de Nicaragua.

2. Clases de reglamentos

Dependiendo de su relación con la ley se pueden distinguir tres tipos de reglamentos: ejecutivos o delegados, independientes o autónomos y de necesidad: a) reglamentos ejecutivos son aquellos que vienen vinculados a una ley, a cuyo

desarrollo se orienta su existencia;[150] b) reglamentos independientes serían los que se dictan sin relacionarse con una ley previa; c) reglamentos de necesidad son los que de manera excepcional se pueden dictar para hacer frente a una situación especialmente urgente, pudiendo en atención a ello tener un contenido contrario a la ley, si bien de manera estrictamente provisional, mientras perdura esa situación de necesidad.

3. ATRIBUCIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

El reglamento es una manifestación normativa propia del Poder Ejecutivo. El poder reglamentario corresponde, en consecuencia, al Gobierno y la Administración. Huelga justificar la necesidad de la atribución de este poder normativo al ejecutivo, pues hoy en día es una realidad pacíficamente admitida su necesidad, consecuencia necesaria de la incapacidad del poder legislativo para dar respuesta a la elevada y multiforme demanda de normas jurídicas que exige toda sociedad. El poder reglamentario se hace así imprescindible para colaborar con el legislativo en la normación de las relaciones sociales, bien ocupándose de desarrollar aspectos procedimentales, técnicos o de organización o dando respuesta a cuestiones especialmente volátiles, que requieren de respuestas normativas más rápidas que las que proporciona el legislador.[151]

La Constitución de Nicaragua no otorga, sin embargo, expresamente ese poder al conjunto del Gobierno y de la Administración, sino tan sólo a un órgano concreto de la misma: el Presidente de la República. Así lo hace, concretamente, el art. 150. 10 CN, según el cual, es atribución del Presidente de la República reglamentar –las leyes que lo requieran–.

III. Tratados internacionales

Los Tratados Internacionales son una fuente tradicional del Derecho en prácticamente todos los países de nuestro entorno,[152] de creciente importancia duran-

150 Como por ejemplo, el previsto en el art. 114 LCE, que establece que el –Presidente de la República dictará el Reglamento General de esta Ley, en el plazo establecido en la Constitución Política–.

151 Señala Sánchez Morón que los Parlamentos –no pueden regular todo, por lo que necesitan la colaboración subordinada del reglamento (...) es preciso que el Gobierno y la Administración tengan la capacidad de dictar normas jurídicas, sea para desarrollar las leyes y complementarlas en aspectos secundarios (de organización y procedimiento, por ejemplo). Sea para abordar aspectos prolijos o meramente técnicos (...) o para responder con la necesaria flexibilidad y rapidez a cambios coyunturales de circunstancias (...), funciones normativas o reguladoras que difícilmente la ley puede abordar–. Sánchez Morón, Derecho administrativo. Parte General, Madrid, Tecnos, nota 355, pp. 180-181.

152 PÉREZ ROYO, J.: Las fuentes del Derecho. Madrid. Quinta edición, 2007. Pág. 145.

te los últimos años debido a la profunda internacionalización de las relaciones sociales y jurídicas de todo tipo que hemos vivido durante los últimos años.

Por tales se debe entender los acuerdos celebrados por el Estado de Nicaragua con otros Estados soberanos o con otros sujetos de Derecho Internacional Público. Desde el punto de vista formal se pueden plasmar en instrumentos muy diversos (acuerdos, convenios, protocolos, etc.).

El elemento más reseñable de los Tratados Internacionales como fuente del Derecho es que están dotados de una doble dimensión, internacional e interna, que surgen como consecuencia de que no sean mero fruto de la voluntad del Estado, sino de un compromiso de éste con otros sujetos de Derecho internacional. Dicho compromiso vincula al estado en el plano internacional, con independencia de las circunstancias que concurran en el ámbito interno.

Esto no impide, obviamente, que en el ámbito interno también sean fuente del Derecho, pues una vez suscritos válidamente los Tratados Internacionales pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico de Nicaragua, como cualquier otra norma interna.[153]

Corresponde la negociación, celebración y firma de los Tratados Internacionales al Presidente de la República (art. 150.8 CN).[154] Mientras que su aprobación corresponde a la Asamblea Nacional (art. 138.12 CN).[155]

Dichos instrumentos deberán ser presentados a la Asamblea Nacional en un plazo de quince días a partir de su suscripción; solamente podrán ser dictaminados y debatidos en lo general y deberán ser aprobados o rechazados en un plazo no mayor de sesenta días a partir de su presentación en la Asamblea Nacional. Vencido el plazo, se tendrá por aprobado para todos los efectos legales (art. 138.12 CN).

Esta regulación es criticable por múltiples motivos. Así, en primer lugar, porque deja fuera del alcance del control del Poder Legislativo un buen número de convenios internacionales.[156]

153 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Pág. 109.

154 El art. 150.8 de la Constitución de Nicaragua recoge entre las atribuciones del Presidente de la República la de negociar, –celebrar y firmar los tratados, convenios o acuerdos y demás instrumentos que establece el inciso 12) del Artículo 138 de la Constitución Política para ser aprobados por la Asamblea Nacional–.

155 El art. 138.12 CN establece entre las atribuciones de la Asamblea Nacional la de aprobar –o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico; de comercio internacional; de integración regional; de defensa y seguridad; los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación; y los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado–.

156 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Pág. 109.

En segundo lugar, no parece muy acertado que sólo se atribuya al Poder Legislativo la facultad de rechazar o aprobar el Tratado, con lo que parece dejar fuera de sus atribuciones la posibilidad de modificarlo.[157]

Por otro lado, porque establece exclusivamente un control a posteriori de los Tratados, pero no a priori, lo que puede provocar que el Ejecutivo suscriba Tratados que luego no reciban la aprobación del Poder Legislativo.[158] Lo cual puede suponer un problema práctico de primer orden, en cuanto el Estado de Nicaragua ya se habría comprometido en el ámbito internacional.

Una problemática similar se suscita desde el art. 182 CN, que niega que tengan valor alguno los Tratados Internacionales que se opongan o alteren las disposiciones de la Constitución.[159] Régimen que reitera el art. 6 de la Ley de amparo[160] (en adelante LA).[161]

Tomando base en este artículo la doctrina ha señalado la posibilidad de impugnar a los Tratados Internacionales de constitucionalidad como cualquier ley, posibilitando así su revisión por la Corte Suprema.[162] Esto nos sitúa ante la misma situación que veíamos en el caso anterior, pues el Estado ya habría adquirido un compromiso de acuerdo al Derecho internacional.

En definitiva, en ambos casos, la falta de un control previo (de la voluntad del legislativo, en un caso, y de la compatibilidad con la Constitución, en otro) puede conducir a un serio problema, difícilmente resoluble con posterioridad: el Estado de Nicaragua se habría vinculado en el plano internacional a algo contrario en el Derecho interno, lo que le aboca a un incumplimiento del Derecho internacional, pues no tendría ya capacidad para desvincularse unilateralmente de dicho compromiso, sin vulnerar este Derecho.[163]

---

157 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Pág. 109.

158 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Pág. 109, nota 119.

159 El art. 182 CN establece que la –Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones–.

160 Ley nº. 49, de Amparo, aprobada el 11 de febrero de 2008, publicada en la Gaceta nº. 212, de 4 de noviembre de 2008.

161 El art. 6 de Ley de Amparo establece que los Tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier Ley o Tratado Internacional–.

162 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Pág. 109.

163 ALZAGA VILLAAMIL: Derecho… Pág. 647. PÉREZ TREMPS, en LÓPEZ GUERRA Y OTROS: Derecho… Pág. 118. BALAGUER CALLEJÓN, F., en BALAGUER CALLEJÓN, F. Y Y OTROS: Manual de Derecho Constitucional. Volumen I. Tecnos. Madrid. Segunda edición, 2007. Pág. 142. Señala M. DÍEZ DE VELASCO que un Tratado Internacional al ser norma internacional, su primacía sobre el Derecho interno se sustenta en el propio Derecho Internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de

No se puede deducir del ordenamiento jurídico de Nicaragua la existencia de una primacía del Tratado Internacional respecto a la ley en caso de que entraran en conflicto.[164]

La Constitución fija un régimen específico para los Tratados Internacionales dictados para la defensa de los derechos fundamentales en su art. 46, que establece que en –el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos–.

Con ello se está reconociendo implícitamente la superioridad de dichos Tratados respecto a cualquier norma interna, incluida la propia Constitución, cuyo preceptos deberán interpretarse de conformidad con dichos instrumentos internacionales.[165]

De aquí se deriva la constitucionalización de estos instrumentos, que alcanzan el valor de norma constitucional, posibilitando ante el Máximo Tribu-

---

la Constitución. Todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la Comunidad Internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales aceptando la superioridad jerárquica del Derecho Internacional.

Si un Estado dejara de aplicar un tratado aplicando disposiciones contrarias de una ley interna comete un hecho ilícito internacional e incurriría en responsabilidad internacional ante la otra u otras partes del Tratado–. Instituciones de Derecho Internacional Público. Tecnos. Decimoquinta edición. Madrid, 2005. Págs. 238-239.

164 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Pág. 109.

165 Entendemos aplicable a este precepto del ordenamiento jurídico de Nicaragua lo que señala O. ALZAGA VILLAAMIL para el precepto que cumple idéntica funcionalidad en la Constitución Española. Señala este autor que esto –supone reconocer que, llegado el momento de intrerpretar los preceptos de la Constitución Española sobre derechos y libertades, hay que aceptar la lectura que mejor se acomode a los Convenios internacionales que sobre la materia haya ratificado nuestro país. Ello es tanto como acatar la superioridad de las Declaraciones, Tratados y Acuerdos internacionales acerca de derechos fundamentales sobre cualquier norma de nuestro Derecho interno que pretendiese contravenir estos (pues no sólo se estaría incurriendo en un incumplimiento por nuestro Estado de obligaciones internacionales que tiene contraídas, sino que la norma en cuestión sería sin duda inconstitucional). Derecho Político Español I. Editorial Universitaria Ramón Areces. Cuarta edición. Madrid, 2007. Pág. 645.

nal de Justicia por inconstitucionalidad de cualquier norma que se oponga a dichos Convenios Internacionales.[166]

IV. Jurisprudencia dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad

El ordenamiento jurídico de Nicaragua adopta en orden al control de la constitucionalidad de las normas un sistema mixto, que combina elementos de los sistemas difuso y concentrado, si bien con una cierta tendencia a reforzar los elementos propios de este último.[167]

Lo característico de este sistema es que no existe un órgano específico encargado de la constitucionalidad de las normas, pero si se atribuye la facultad para conocer del recurso de constitucionalidad específicamente a un órgano judicial concreto (Corte Suprema de Justicia) (art. 163 CN), sin perjuicio de que los demás órganos judiciales puedan enjuiciar la constitucionalidad de las normas que están enjuiciando al ejercer su función judicial (art. 23 LA).

El recurso por inconstitucionalidad puede ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos (art. 8 LA), dentro del término de sesenta días contados desde la fecha en que entre en vigencia la norma impugnada (art. 12 LA), mediante escrito dirigido directamente a la Corte Suprema de Justicia (art. 13 LA), dirigiéndose el recurso contra el titular del órgano que emitió la norma impugnada (art. 9 LA). Conocerá del recurso y lo resolverá la Corte Suprema de Justicia en pleno (art. 10 LA), siendo parte en la sustanciación del recurso la Procuraduría General de Justicia (art. 11 LA).

La declaración de inconstitucionalidad tendrá por efecto, a partir de la sentencia que lo establezca, la inaplicabilidad de la norma impugnada o de la disposición o disposiciones de la misma si la inconstitucionalidad fuere parcial (art. 20 LA), esto es, produce efectos generales.[168]

La Corte Suprema, previa notificación de las partes, enviará copia de la sentencia a los demás Poderes del Estado para su conocimiento y la mandará publicar en la La Gaceta Diario Oficial (art. 20 LA).

La sentencia que declare si es inconstitucional o no, el todo o parte de una norma producirá cosa juzgada en forma general en cuanto a los puntos declarados constitucionales o inconstitucionales (art. 21 LA).

Dicha solución, sin embargo, no parece muy lógica, pues parece más acertado considerar que la sentencia produce efectos generales sólo cuando declara la inconstitucionalidad. En dicho supuesto se suele afirmar que el Tribunal

166 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Pág. 110.

167 PÉREZ TREMPS, P.: –La Justicia constitucional en Nicaragua–, en Revista de Estudios Políticos 106 (octubre-diciembre de 1999). Pág. 11.

168 PÉREZ TREMPS: La justicia constitucional… Pág. 18.

encargado del control de constitucionalidad asume el papel de un "legislador negativo", en cuanto sus decisiones producen los mismos efectos erga omnes que producen las leyes.[169]

Sin embargo, no parece que tenga mucho sentido la aplicación de esa solución cuando se declara la constitucionalidad, en cuyo caso sólo se debería generar efecto de cosa juzgada entre las partes. Esto permitiría que otra persona con una mejor fundamentación pudiera plantear de nuevo la cuestión y lograr la inconstitucionalidad, a lo que se añade que habilitaría un eventual cambio de jurisprudencia por parte de la Corte Suprema y abriría una vía para la actualización de su doctrina, evitando que ésta quede anquilosada en el pasado.[170]

---

169 LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (en adelante LACRUZ BERDEJO Y OTROS): Elementos de Derecho CivilI. Parte General. Volumen 1º. Introducción. Dykinson. Cuarta edición revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA. Madrid, 2006. Pág. 185. Como señala ALZAGA VILLAAMIL fue –Hans Kelsen, inspirador de los Tribunales Constitucionales checoslovaco y austriaco de la década de "los veinte", quien definió esta institución como "legislador negativo", pues si declara en sentencia que una ley es inconstitucional la borra del ordenamiento jurídico, ya que ha de ser un todo coherente que respete la primacía de la Constitución. Consecuentemente las sentencias de un Tribunal Constitucional que se pronuncian afirmativamente sobre la presunta inconstitucionalidad de una ley, o preceptos de la misma, surte, para Kelsen, en la práctica, análogo impacto que la decisión del legislador de derogar una ley o alguno de sus mandatos–. Derecho Político… Pág. 688.

170 Fuera de Nicaragua se han pronunciado en tal sentido LACRUZ BERDEJO Y OTROS, que señalan que –las sentencias que desestiman el recurso y declaran sin más que la ley impugnada no es contraria a la Constitución carecen de fuerza de ley y no alteran en nada la realidad normativa preexistente; de modo que, en el futuro, cabría que el mismo Tribunal reexaminara su constitucionalidad en un nuevo proceso–. Elementos… Pág. 185.

En relación directamente al ordenamiento de Nicaragua se ha pronunciado en tal sentido I. ESCOBAR FORNOS, que señala lo siguiente:

–Creo que de acuerdo con el art. 19 de la Ley de Amparo la sentencia que declara la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la ley produce efectos generales. Creo que las resoluciones que desestimen la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, únicamente deben producir cosa juzgada entre las partes.

Existen varias razones para justificar esta proposición que autoriza el cambio de jurisprudencia en las sentencias que desechan la inconstitucionalidad:

a) No cambiar la jurisprudencia que desecha la inconstitucionalidad, viola el principio de igualdad porque el simple hecho de que otra persona anteriormente haya promovido un caso y obtenido la declaración de constitucionalidad, no es razón para negarle a otro la oportunidad de lograr justicia

Si se recurrió sólo contra parte o partes de los citados cuerpos normativos, el Tribunal podrá pronunciarse de oficio específicamente sobre el resto de los mismos (art. 21 LA).

La parte recurrente de un Recurso de Casación o de Amparo podrá alegar la inconstitucionalidad de la norma que se le haya aplicado (art. 22 LA). Si dicha alegación resultare ser cierta, la Corte Suprema, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de dicha norma (art. 22 LA).

Si por sentencia firme, en los casos no hubiere casación, se resuelve un asunto con declaración expresa de inconstitucionalidad de alguna norma, el funcionario judicial o tribunal en su caso remitirá su resolución a la Corte Suprema de Justicia, que en caso de ratificar dicha inconstitucionalidad, procederá a declarar su inaplicabilidad (art. 23 LA).

V. Jurisprudencia

El término jurisprudencia es susceptible de ser interpretado con sentidos y significados muy diversos.[171] Sin embargo, en un sentido técnico preciso, que es con el que lo utilizamos aquí, se refiere a la doctrina emanada de las reso-

luego de un mejor estudio, ya sea que se alegue nuevos motivos, causas o razones o que sean los mismos.

Esta disposición no significa que la misma persona que perdió el recurso, por haber sido declarada constitucional la ley, vuelva a plantear la inconstitucionalidad de la ley pues la sentencia produce cosa juzgada entre las partes, pero no de manera general.

b) El cambio de circunstancias.

c) El cambio del juez constitucional.

d) El cambio de opinión del juez constitucional.

e) La jurisprudencia constitucional no puede anclarse.

La interpretación de la ley dentro del contexto constitucional, ya sea que se aleguen nuevos motivos o las mismas causas y razones, no puede permitir que la jurisprudencia constitucional quede empobrecida. Por supuesto que este cambio jurisprudencia tiene que hacerse con mucha prudencia y motivación razonable–. –Nicaragua: Propuestas para reformas a la Ley de Amparo–, en http://www.iidpc.org/revistas/8/pdf/509_517.pdf Págs. 499-500.

171 Como apunta I. ESCOBAR FORNOS, el vocablo "jurisprudencia" tiene varios significados o acepciones: Ciencia del Derecho; doctrina sostenida por algunas escuelas o corrientes (jurisprudencia de principios, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de interés) sobre el funcionamiento, aplicación e interpretación de las normas, etc.; las sentencias que dictan los jueces y tribunales como normas individualizadas para el caso concreto, creativas de Derecho o como conjunto de fallos uniformes que dictan los tribunales de justicia en el proceso de solución, interpretación y aplicación de la ley–. –Las fuentes del Derecho en Nicaragua–, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 700 (marzo-abril de 2007). Pág. 756.

luciones judiciales. Si bien, aún tomado en este sentido técnico, es posible diferenciar dos grandes conceptos de jurisprudencia.

Por un lado, se puede definir a la doctrina como la doctrina que puede extraerse de las resoluciones que dictan todos los órganos judiciales al ejercitar las función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Esta línea es la que se ha seguido por una parte de la doctrina nicaragüense para definir la jurisprudencia. En tal sentido se pronuncia RIZO OYANGUREN, que la define como las –decisiones de los Tribunales resolviendo cuestiones de derecho–.[172]

Algunos autores, sin embargo, ofrecen una definición más estricta, según la cual sólo sería jurisprudencia la doctrina emanada de las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo del país.

Esta posición la ha defendido dentro de la doctrina nicaragüense FLAVIO ESCORCIA, que define la jurisprudencia como –un conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. Es decir, la jurisprudencia es la interpretación que el Tribunal Supremo de un país, establece en los asuntos de que conoce, es la práctica judicial constante–.[173]

Antes de pronunciarnos a favor de una u otra tesis nos parece que debemos realizar un breve examen de las fragmentarias y escasas referencias que el Derecho positivo nos ofrece sobre dicha materia que, entendemos, contribuirán a dar luz a este dilema.

La cuestión de si debe considerarse a la jurisprudencia o no fuente del Derecho es una cuestión clásica, que se ha convertido con el tiempo en una polémica de carácter bizantino, en la que se debaten dos posturas de carácter antagónico.

No resuelve la Constitución de Nicaragua, Norma Suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, esta clásica discusión doctrinal, limitándose a afirmar su obligatoriedad, indicando en su art. 167 que los –fallos y resoluciones de los tribunales y jueces son de ineludible cumplimiento para las autoridades del Estado, las organizaciones y las personas naturales y jurídicas afectadas–.

La doctrina nicaragüense oscila entre las dos concepciones clásicas que antes examinamos. Así, una parte de la misma tiende a considerar que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino un simple medio para fijar la interpretación de las leyes (RIZO OYANGUREN; FLAVIO ESCORCIA). En tal sentido, señala el primero de ellos que en –principio la jurisprudencia no debe considerarse como una fuente, porque la función judicial de donde proviene no tiene por finalidad crear el Derecho, sino aplicarlo en los casos en que haya

172 RIZO OYANGUREN: Manual Elemental… Pág. 57.

173 FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Págs. 136-137.

controversia, de tal manera que, por regla general, la jurisprudencia constituye un medio importante para fijar la interpretación de las leyes–.[174]

La postura contraria es defendida, sin embargo, por ESCOBAR FORNOS, que considera que –decir que la jurisprudencia no es fuente de Derecho significa desconocer aquellas situaciones que la ley no es capaz de resolver y que el juez tiene que llenar la laguna legal; aquellas situaciones en que la ley es oscura, con vaguedades o contradictoria, en cuyo caso el juez tiene discrecionalidad y creatividad jurídica para aclarar, determinar y resolver; el valor normativo que adquiere la jurisprudencia cuando es obligatoria sometiendo a los jueces y tribunales inferiores como si fuera una ley; la función de los jueces y tribunales que actualizan el Derecho a los nuevos tiempos que así lo demandan, o sea, la aplicación del viejo Derecho a casos que quizás jamás pensó el legislador; la creatividad de ciertas sentencias de los tribunales constitucionales; las deficiencias de los argumentos y reglas de hermenéutica que por sí solas en ocasiones no ayudan a los jueces y tribunales a fallar los casos, y en otras con contradictorias, por lo que el juez debe ser prudente y creativo en la decisión del caso; en fin, a una serie de situaciones en que el juez es creativo.

En nuestros sistemas no es posible sostener que la jurisprudencia sustituya a la ley en el proceso de creación del Derecho; es más, muchas legislaciones ya autores no la consideran como una fuente formal del Derecho. Creo que es una fuente complementaria de la ley porque si bien es cierto que el Derecho es completo, la ley no lo es–.[175]

Si bien, eso no impide que resalte su enorme importancia práctica que le aproxima en cierta medida al papel de una auténtica fuente del Derecho o le convierte en fuente indirecta del Derecho.[176]

Se pueden encontrar, sin embargo, en algún texto legal de menor rango tajantes afirmaciones que consideran como tal a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, el art. 2.5 de la Ley nº. 562, Código Tributario de la República de Nicaragua (aprobado el 28 de octubre de 2005 incluye dentro de las fuentes del Derecho la –Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia–.

No queremos entrar en una discusión de fondo acerca de si cabe considerar o no a la jurisprudencia en general como fuente del Derecho. Discusión cuya respuesta depende, en último término de lo que entendamos por fuente del Derecho.

---

174 RIZO OYANGUREN: Manual Elemental… Pág. 57. En sentido similar se pronuncia también FLAVIO ESCORCIA: Derecho… Págs. 136-137.

175 ESCOBAR FORNOS: Las fuentes del… Págs. 757-758.

176 Señala al respecto RIZO OYANGUREN que –hay que reconocer que, desde un punto de vista práctico, el conocimiento de la jurisprudencia puede resultar ineludible a la vista de conocer la interpretación que de la ley realicen los Tribunales de Justicia–. Manual Elemental… Pág. 57.

En cualquier caso, lo que si nos parece oportuno señalar es que la respuesta que debe darse a esta cuestión es diferente dependiendo del tribunal ante el que nos encontremos.

Con carácter general, la jurisprudencia no genera un efecto vinculante sobre los demás tribunales, ni siquiera respecto al propio órgano judicial que la dictó. De tal forma que un órgano judicial puede apartarse de los precedentes judiciales, propios o ajenos, si bien con determinadas limitaciones, deberá aportar justificación suficiente y objetiva de los motivos de ese apartamiento.

Dicha doctrina luce claramente en el art. 13 LOPJ, que establece que los –Jueces y Magistrados deben resolver de acuerdo a los fallos judiciales precedentes y solo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de interpretación–.

Esta disposición supone, sin duda, un importante paso en la búsqueda por unificar la jurisprudencia de los distintos órganos integrantes del Poder Judicial.[177]

Esta obligatoriedad de modificar los cambios de doctrina no permite considerar, en nuestra opinión, que la jurisprudencia este dotado de un carácter vinculante propio, como el que tiene, por ejemplo, una norma. A nuestro juicio esta consecuencia es un simple resultado del principio de igualdad, en cuanto constituiría una discriminación vulneradora de esta garantía fundamental dar una respuesta distinta a la que se dio para un caso similar si no median motivos objetivos que lo justifiquen.

Refuerza esta interpretación que niega el carácter vinculante a la jurisprudencia la consideración de que los órganos judiciales actúan sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, no siendo posible que los tribunales superiores dicten instrucciones a los inferiores.

Así lo establece de forma rotunda el art. 8 LOPJ, que establece que los –Magistrados y Jueces, en su actividad jurisdiccional, son independientes en todas sus actuaciones y solo deben obediencia a la Constitución Política y la ley. No pueden los magistrados, jueces o tribunales, actuando individual o colectivamente, dictar instrucciones o formular recomendaciones dirigidas a sus inferiores acerca de la aplicación o interpretación del orden jurídico en asuntos sometidos a su conocimiento–.

177 Señala ESCOBAR FORNOS que este precepto es –un avance en la uniformidad de la jurisprudencia en manos de todo el poder judicial. No es únicamente una uniformidad general formulada por la Corte Suprema de Justicia, sino una uniformidad exigida para cada juzgado y Tribunal de Apelaciones, y la Corte Suprema de Justicia para evitar que los funcionarios judiciales, irrespetando el principio de legalidad o igualdad, fallen constantemente en forma diferente un mismo caso–. Las fuentes del… Pág. 762.

Tan sólo cabe que a –los efectos de asegurar una Administración de Justicia pronta y cumplida, el Superior Jerárquico podrá girar instrucciones generales de carácter procedimental– (art. 8 LOPJ).

Esta solución debe matizarse, sin embargo, cuando nos referimos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ya habíamos visto que en algún precepto de rango de ley se le da a ésta la consideración de auténtica fuente del Derecho. Conviene, a nuestro juicio, antes de enfrentarnos a esta afirmación hacer un breve examen de las características de este órgano judicial.

La Corte Suprema es el órgano superior del Poder Judicial de Nicaragua (art. 159 CN). Esta integrada por dieciséis magistrados elegidos por la Asamblea Nacional por un período de cinco años (art. 163 CN), que gozan de inmunidad (art. 162 CN) y que únicamente podrán ser separados de sus cargos por las causas previstas en la Constitución y la ley (art. 162 CN). Toman posesión de su cargo ante la Asamblea Nacional, previa promesa de ley (art. 163 CN).

La Asamblea Nacional nombra también por cada magistrado a un Cojuez, que será llamado a integrar la Corte en caso de ausencia, excusa, implicancia o recusación de cualquiera de los magistrados (art. 163 CN).

Puede funcionar en Pleno o en Salas. La organización e integración de estas últimas se acordará entre los mismos magistrados, conforme lo estipula la Ley de la materia (art. 163 CN). Corresponde a la Corte Plena conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencias y constitucionalidad entre los poderes del Estado (art. 163 CN).

Los Magistrados de la Corte eligen, además, entre ellos a su presidente y vice presicente por mayoría de votos para un período de un año, pudiendo ser reelectos (art. 163 CN).

Las atribuciones de la Corte aparecen recogida en el art. 164 CN, que enumera las siguientes: a) organizar y dirigir la administración de justicia; b) conocer y resolver los recursos ordinarios y extraordinarios que se presenten contra las resoluciones de los tribunales de justicia de la República, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley; c) conocer y resolver los recursos de amparo por violación de los derechos establecidos en la Constitución, de acuerdo a la Ley de Amparo; d) conocer y resolver los recursos por inconstitucionalidad de la ley; e) nombrar y destituir con el voto favorable de las tres cuartas partes de sus miembros a los magistrados de los Tribunales de Apelaciones; f) resolver sobre las solicitudes de extradición de ciudadanos de otros países y denegar las de los nacionales; g) nombrar o destituir a los jueces, médicos forenses y registradores públicos de la propiedad inmueble y mercantil de todo el país, de conformidad con la Constitución y la ley; h) extender autorización para el ejercicio de las profesiones de abogado y notario, lo mismo que suspenderlos y rehabilitarlos de conformidad con la ley; i) conceder autorización para la ejecución de sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros; j) conocer y resolver los conflictos administrativos surgidos entre los organismos de la administración pública, y entre éstos y los particulares; k)

conocer y resolver los conflictos que surjan entre los municipios o entre éstos y los organismos del gobierno central; l) conocer y resolver los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado; m) conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica; n) dictar su reglamento interno y nombrar al personal de su dependencia.

A lo que añade el mismo precepto una cláusula de cierre, en virtud de la cual le corresponden también las –demás atribuciones que le confieran la Constitución y las leyes–.

Ya vimos que es este órgano que resuelve los conflictos de constitucionalidad, tarea en la que es difícil negarle a su jurisprudencia el carácter de auténtica fuente del Derecho en los términos que vimos en su momento.

Más allá de aquí, es evidente el carácter central que ostenta este órgano dentro del Poder Judicial de Nicaragua. Posición que, entendemos, determina que asuma una tarea clave en orden a dar coherencia y uniformidad a la jurisprudencia nicaraguense,[178] que justifica que se defienda para su jurisprudencia un valor especial, que permite calificarla como fuente del Derecho.

VI. El precedente administrativo.

Se entiende por precedente administrativo la doctrina que puede extraerse de las resoluciones dictadas por la Administración en asuntos sustancialmente idénticos.[179]

178 Señala ESCOBAR FORNOS que el –Poder Judicial está integrado por jueces, Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. Existen jueces diseminados en toda la República, nueve Tribunales de Apelaciones y una sola Corte Suprema de Justicia.

Ante esta distribución del Poder Judicial y en virtud de la independencia interna de los jueces y tribunales de fallar de acuerdo a su criterio legal, es posible que se forme un desconcierto jurídico en la aplicación de la ley porque algunos jueces o tribunales pueden aplicar la misma ley en forma diferente en caos idénticos, lo que crea inseguridad y desigualdades jurídicas. (…) Solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la uniformidad general de la jurisprudencia, la que (…) es obligatoria–. Las fuentes del… Págs. 759-764.

179 En tal sentido señala S. FERNÁNDEZ RAMOS que el precedente administrativo es –la reiteración por parte de la Administración en la aplicación de un determinado criterio para supuestos sustancialmente idénticos–. Manual Básico de Derecho Administrativo (escrito conjuntamente con E. GAMERO CASADO). Tecnos. Madrid. Quinta edición, 2008. Pág. 125. M. SÁNCHEZ MORÓN define el precedente como –la respuesta o decisión adoptada con anterioridad por una misma Administración en un supuesto o una serie de supuestos similares a aquel con el que se compara–. Derecho Administrativo. Parte General. Tecnos. Madrid. Segunda edición, 2006. Pág. 131.

El Derecho administrativo de Nicaragua no recoge referencias específicas en orden a la consideración o no del precedente administrativo como fuente del Derecho. Entendemos que debe darse por buena, en consecuencia, la tesis mayoritaria que rige en la Teoría General del Derecho, que niega a esta figura el carácter de auténtica fuente del Derecho, careciendo, en consecuencia de carácter vinculante, y siendo posible, por ello, que la Administración pueda apartarse en principio de éste.[180]

Esto no supone, no obstante, que el precedente carezca totalmente de relevancia práctica, pues como consecuencia del juego de dos principios generales del Derecho, el de igualdad y el de confianza legítima, parece lógico entender que la Administración está obligada cuando se aparta de sus precedentes a justificar con base a criterios objetivos esa decisión, pues caso contrario se estaría produciendo una grave vulneración de los dos principios antes citados.[181]

VII. Doctrina científica

Cuando hablamos de doctrina científica nos referimos a los resultados derivados de la labor docente e investigadora de los expertos en Derecho. En Nicaragua, ESCOBAR FORNOS la ha definido como –las investigaciones, estudios, obras y exposiciones de los jurisconsultos–.[182]

No existen en el ordenamiento jurídico de Nicaragua referencias específicas al papel de la doctrina como fuente del Derecho. El tratamiento de la cuestión no difiere, en consecuencia, del que se ha realizado por la ciencia jurídica con carácter general en otros países.

Cabe, por tanto, dar por buena para el Derecho nicaragüense la posición más difundida que niega a la doctrina el carácter de auténtica fuente del Dere-

180 FERNÁNDEZ RAMOS: Manual… Pág. 125. SÁNCHEZ MORÓN: Derecho… Pág. 131. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. R.: Curso de Derecho Administrativo I.

Thomson-Civitas. Navarra. Decimotercera edición, 2006. Págs. 78-80

181 Señala SÁNCHEZ MORÓN que –el precedente despliega un cierto valor vinculante para la Administración a través de los principios de igualdad ante la ley y de protección de la confianza legítima. Por eso, si la Administración se aparta del precedente en un caso concreto, debe justificar y motivar su decisión (…), ya que su conducta puede ser un indicio de desigualdad de trato ilícita o discriminatoria–. Derecho… Pág. 131.

182 A lo que añade que sin –pretender agotar sus finalidades, los juristas se dedican a proponer reformas legislativas; al estudio de las normas jurídicas, con objeto de sistematizar el Derecho y cada una de sus ramas; descubrir los principios generales del Derecho y de cada una de sus ramas; estudiar e interpretar la ley para facilitar su aplicación y señala las reglas de la interpretación; criticar la jurisprudencia de los jueces y tribunales. Estos suelen fundar sus sentencias en la opinión de los jurisconsultos–. Las fuentes de… Pág. 753.

cho, siendo tan sólo un medio para conocer éste. Su valor no es, en consecuencia, más que la capacidad de la influencia que le proporciones la autoridad de su autor o de lo argumentos en los que se apoye.[183]

En tal sentido se ha pronunciado la doctrina nicaragüense que se ha enfrentado a dicha cuestión. En dicha línea se pronuncia RIZO OYANGUREN, que la sitúa como a la jurisprudencia no en las fuentes del derecho propiamente dichas, sino entre las fuentes indirectas del Derecho.

Señala este autor que la –doctrina es fuente indirecta, en cuanto contribuye a la elaboración del Derecho escrito. En efecto, la doctrina orienta la labor legislativa, pero no llega a alcanzar categoría de precepto legal. Si en Roma las respuestas de los jurisconsultos a las interpelaciones jurídicas llegaron a obtener fuerza legal, son muy distintas las circunstancias políticas de los tiempos que corren para que ellos puedan merecer las manifestaciones de la opinión científica igual trato.

Como vemos la doctrina no tiene imperatividad propia de la ley, por cuanto no procede de un órgano del Estado, tiene, en cambio, la imperatividad de la lógica y de buen sentido, que justifica su carácter de fuente indirecta del Derecho Administrativo–.[184]

En el mismo sentido se pronuncia también ESCOBAR FORNOS, que señala, además, como en el sistema moderno se aplican preferentemente respecto a la misma no sólo los preceptos escritos, sino también la jurisprudencia de los tribunales.[185]

Si debe, sin embargo, hacerse algunas precisiones acerca de la peculiar evolución de la doctrina científica en el campo del Derecho administrativo en Nicaragua.

---

183 En tal sentido se pronuncia ALBALADEJO, que señala que la doctrina científica no –es fuente del Derecho, sino puro medio para conocerlo (fuente de conocimiento).

Esta doctrina no tiene más valor que el que le confiera la autoridad científica del autor que la defiende o el que le proporcionen los argumentos en que se la apoya; pero no obliga a los tribunales a fallar según ella, aunque sea unánime. Cosa distinta es la conveniencia de estudiarla para poder medir su valor intrínseco y decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de seguirla–. Derecho… Pág. 138. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO Y OTROS: Elementos de… Pág. 186.

184 RIZO OYANGUREN: Manual Elemental… Págs. 57-58.

185 Señala ESCOBAR FORNOS que la doctrina –ya no es una fuente igual o superior a la ley, sino auxiliar de la ley. En el sistema actual, el Derecho depende más de los jueces que de la opinión de los jurisconsultos, prevaleciendo sobre esta fuente la ley. No se concibe una Ley de Citas o algo similar en esta época. Las legislaciones no la reconocen como fuente formal, sino como real–. Las fuentes de… Págs. 754-756.

El primer dato que debe destacarse es el escaso tratamiento científico de esta materia entre los juristas Nicaragüenses, que han dirigido con mayor frecuencia a otras áreas del Derecho.[186]

Eso no impide, en cualquier caso, que se hayan producido relevantes aportaciones, que han jugado, sin duda, un papel relevante en la implantación y consolidación de esta parte del ordenamiento jurídico.

Debe citarse, a nuestro juicio, como primera gran obra de la doctrina iusadministrativa Nicaragüense la pionera obra de I. PALMA MARTÍNEZ, editada en Managua en 1947.[187] El segundo gran hito de la doctrina nicaragüense se debe situar, en nuestra opinión, bastante más tarde, a la altura de 1992, fecha en la que ve la luz el Manual elaborado por RIZO OYANGUREN.[188] Más recientemente, en el año 2002, ha aparecido una relevante aportación, la de FLAVIO ESCORCIA.[189] En el 2010, Derecho Administrativo Tomo I y II de Karlos Navarro y Miguel Angel Sendin, considerada por el tratadista español Jesús González Pérez, como la obra que ha llevado de la –adolescencia a la madurez– esta rama del derecho en Nicaragua.

Aunque no se hayan plasmado en obras de carácter general, sino en estudios sobre temas específicos, debe darse también un sitio prevalente a las imprescindibles aportaciones de dos autores básicos en el universo de administrativistas nicaragüenses. En primer lugar, sin duda, C. M. LÓPEZ, autor cuya obra ha sido, a nuestro juicio, decisiva para el desarrollo del Derecho administrativo de Nicaragua. En segundo lugar, se debe hacer también mención destacada a la más que prometedora obra de ARRIEN SOMARRIBA.[190]

---

186 Señala al respecto C. M. LÓPEZ que –el Derecho Administrativo en nuestra patria presenta niveles muy modestos. Ha sido, más bien, una rama del Derecho Público un tanto descuidada y a veces desvalorizada. Son pocos sus cultivadores. Sigue siendo un Derecho para unos cuantos iniciados. Casi diríamos que se trata de un Derecho esotérico. Nuestros autores, por otra parte, han sido muy escasos. Además no todo lo que se ha escrito tiene la misma calidad. La existencia de obras generales es limitadísima–. –Prólogo–, al libro de J. Flavio Escorcia: Derecho Administrativo. León. Nicaragua, 2002.Págs. 7-8.

187 PALMA MARTÍNEZ, I.: Derecho Administrativo, Teórico y Positivo, Editorial Nuevos Horizontes, Managua, 1947.

188 RIZO OYANGUREN, A.: Manual Elemental de Derecho Administrativo. Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992.

189 Véase, por ejemplo, LÓPEZ; C. M.: –Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo.

190 Véase, por ejemplo, sus trabajos ARRÍEN SOMARRIBA, J. B.: –El contencioso-administrativo en Nicaragua–, en Cuadernos de Investigación de la UCA nº 7. Colección Jurisprudencia. También –Los recursos administrativos en España y Nicaragua–, Clase de Derecho Contencioso-administrativo (folleto). Universidad Centroamericana. Derecho Administrativo (Acto, procedimiento, recursos, contrato y contencioso administrativo. UCA. 2010.

En conjunto son, sin embargo, escasas importancias para la importancia histórica y entidad del Estado de Nicaragua, que merecería contar con una doctrina administrativista más desarrollada.

Contrasta, además, esta escasez con las urgencias y necesidades del ordenamiento jurídico de Nicaragua, que presenta como nota más acusada de su carácter severas deficiencias y carencias. Hasta el punto que, a pesar de los importantísimos avances de los últimos años, se puede seguir diciendo que constituye una rama del Derecho en proceso de consolidación.

Estas lagunas del Derecho administrativo nicaragüense hacen que la necesidad de las soluciones doctrinales, que pueden contribuir a aportar soluciones y respuestas a los jueces y demás operadores jurídicos, sea más acusada que en otros países. Lo que hace que estas carencias doctrinales se noten aún con mayor intensidad.

Aparte de ello, los estudios existentes adolecen, además, de una importante dolencia, su excesivo apego a las soluciones pensadas y orquestadas para otros ordenamientos jurídicos. Es cierto que la situación del Derecho nicaragüense impone en muchos casos este recurso. Sin embargo sería deseable, en nuestra sentir, que las opiniones doctrinales de los iusadministrativistas se orquestasen en mayor medida desde la problemática y necesidades específicas del Derecho de Nicaragua, dejando a un lado las soluciones foráneas, no siempre adecuadas y aplicables a los problemas y características de este Estado.

CAPÍTULO QUINTO
LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE NICARAGUA

Si por derecho administrativo entendemos, el Derecho Público interno que regula la organización y actuación de la Administración; su estudio comprende un aspecto estático –organización-, como un aspecto dinámico –actuación- de la Administración.

GARRIDO FALLAS, considera que la Administración Pública la entiende: a) en el sentido subjetivo, el conjunto de organismos estatales encuadrados dentro del llamado poder ejecutivo del Estado, y b) en sentido objetivo, la actividad desarrollada por dicho poder ejecutivo, excluida la actividad política o de gobierno. Y el derecho administrativo –añade-, es la parte del derecho público que determina la organización y comportamiento de la administración pública, disciplinando sus relaciones jurídicas con los administrados.[191]

Desde el punto de vista de la organización del Estado, la Constitución Política de Nicaragua, en su artículo 129, establece que –los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral son independientes entre sí y se coordinan armónicamente, subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y a lo establecido en la presente Constitución–.

En el Capítulo III, sobre el Poder Ejecutivo, el artículo 144, de la Constitución señala que –El poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República, quien es Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe Supremo del Ejército de Nicaragua–.

Y, la misma Constitución, en el Titulo IX, CAPÍTULO I, artículo 175, de los Municipios, señala: –El territorio nacional se dividirá para su administración, en departamentos, regiones autónomas de la Costa Atlántica y municipios. Las leyes de la materia determinarán su creación, extensión, número, organización, estructura y funcionamiento de las diversas circunscripciones territoriales.

De este artículo podemos comprender, que la Administración Central del Estado está bajo la dependencia del Gobierno Central, a través de los distintos Ministerios, Secretaria de Estados, Direcciones Generales, etc. Constituyen también Administración Pública, las administraciones de base territorial: Las regiones Autónomas de la Costa Atlántica y los municipios. Y, también las circunscripciones Departamentales, las que son formadas por la agrupación de varias entidades municipales.

191 GARRIDO FALLA.: Dos métodos en el estudio de la administración pública. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, España. 1961.

Es evidente que en la Constitución Política no se define lo que es organización administrativa, solo se atiende a la realidad política primaria de lo que es administración, un conjunto orgánico dirigido por el Gobierno.

Flavio Escorcia, señala, que en nuestra –Carta Magna ha faltado, la existencia de un Título o Capítulo dedicado exclusivamente a la Administración Pública y sus principios inspiradores, tal y como sucede en los países democráticos.192 Pone de ejemplo, la Constitución española, que en su Titulo IV de la Constitución de 1978, se refiere al –Gobierno y la Administración–, estableciendo en su artículo 130: –La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo a la ley–.

Sin embargo, consideramos que nuestros constituyentes han visto a la organización administrativa, como un conjunto de órganos. Así se desprende del artículo 151.1, según el cual: –El número, organización y competencias de los Ministerios del Estado, de los entes Autónomos y gubernamentales, y de los Bancos Estatales, y demás instituciones financieras del Estado serán determinadas por la ley.

I. Estructura orgánica de la administración pública

Los órganos de la Administración Pública son las unidades entre las que se divide la competencia del Estado en materia administrativa y sus titulares son aquellas personas físicas que forman y exteriorizan la voluntad de éste.

Es necesario, entonces, distinguir entre el órgano y su titular, pues mientras el primero representa una unidad abstracta, una esfera de competencia, el titular representa una persona concreta que puede cambiar sin afectar el órgano y que tiene, además de la voluntad que en la esfera de competencia del órgano representa la del Estado, una voluntad dirigida a la satisfacción de sus propios intereses.

1. Atribuciones de los órganos administrativos.

Órgano administrativo es la instancia o dependencia encargada de resolver un expediente administrativo y que tiene competencia para resolver en nombre de la Administración Pública.

Mediante una organización administrativa, el Estado adopta una estructura adecuada al régimen de los servicios públicos y demás formas de actuación administrativa en la realización de sus fines.

192 Flavio Escorcia. Derecho Administrativo (Primera Parte). UNAN. León. Pág. 314.

Los elementos de la organización administrativa son fundamentalmente tres: el territorio, la población y los funcionarios públicos. Esto se desprende de la propia naturaleza de la obra administrativa, que es ante todo, obra del estado difundiéndose por su territorio y su población, por otra parte el Estado persona jurídica no puede actuar sino por conducto de las personas físicas naturales a quienes se denominan funcionarios públicos.

2. Elementos del órgano administrativo.

Un sector doctrinal estima que el órgano consiste tan solo en la persona o personas físicas encargadas de formar, interpretar y ejecutar la voluntad administrativa, en cambio otros considerar como órganos a cada una de las esferas en que se descomponen. Como elementos integrantes del órgano se encuentra:

1. El elemento objetivo, constituido por el conjunto de atribuciones y medios materiales.
2. El elemento subjetivo, que lo constituye la persona o personas físicas que ejercitan tales competencias y utilizan los medios materiales del órgano.

El órgano no es por tanto ni la persona física que realiza las funciones del órgano, ni la esfera de atribuciones asignadas, sino la unidad que resulta de la persona y las atribuciones más los medios puestos a su disposición, para el funcionamiento de cada una de las unidades en que se descompone el órgano.

3. La competencia administrativa

Competencia de un órgano es el conjunto de funciones que le son atribuidas por el ordenamiento. La doctrina suele reservar el término de competencia para designar a las funciones atribuidas a las distintas entidades y el de atribuciones cuando se trata de los órganos. También se define la competencia como la medida de potestad atribuida a un órgano y supone la habilitación previa y necesaria para que el órgano pueda actuar válidamente. La competencia tiene por ello el carácter de irrenunciable o inderogable por cuanto la competencia no podrá cederse temporal o definitivamente a otros órganos, tampoco podrá cederse a otros sujetos públicos o privados.

La competencia en derecho administrativo, es un concepto que se refiere a la titularidad de una determinada potestad que sobre una materia posee un órgano administrativo. Puede decirse que la competencia la constituye el conjunto de atribuciones, funciones y potestades qué el ordenamiento jurídico atribuye a cada órgano administrativo. ,

4. Criterios para determinar la competencia

Para determinar la competencia de un órgano administrativo, los criterios pueden ser los siguientes:

a) Criterio material: consiste en que ha de atribuirse a cada órgano su propia competencia en dependencia de las funciones que le fueron atribuidas al ente son las tareas o actividades que el órgano puede legítimamente realizar.

b) Criterio territorial: supone que el órgano administrativo cuenta con un despliegue territorial de su aparato organizativo en las distintas aéreas o divisiones o territoriales, tendríamos así, según la organización política de cada país competencias nacionales, provinciales y municipales; o federales, estaduales y comunales, etcétera

c) Criterio jerárquico: implica la distribución de competencias diferenciadas para cada escalón jerárquico del aparato administrativo.

d) Criterio de fragmentación: la cual establece una diferenciación en cuanto las distintos fases del procedimiento administrativo.

e) Competencia en razón del grado. Por último, en razón del grado, cabe distinguir según que la competencia haya sido atribuida a los órganos máximos o haya sido distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos superiores

Como clasificación de la competencia en razón del grado, pues, puede hablarse fundamentalmente de competencia centralizada, desconcentrada y descentralizada.

5. Clases de competencia

a) Por su forma de atribución la competencia pude ser genérica o específica son las que resulten atribuidas a un órgano concreto, y genéricas a las que son asignadas globalmente a la entidad.

b) Por la rigidez de la atribución, entre estas tenemos de competencia: absoluta o exclusiva, alternativa, concurrente, indistinta y compartida.

1. Competencia exclusiva: se dice que se aquella que solo permite decidir al órgano que la tiene atribuida y a ningún otro.

2. Competencia alternativa: es aquella que permite su ejercicio a u órgano distinto aunque de la misma entidad. Tenemos como ejemplo la delegación y la avocación.

3. Competencia compartida: es la atribuida a varios órganos e distintas fases de organización, ejecución o control.

4. Competencia concurrente: es la que se da en relación a una misma materia, pero por títulos jurídicos diferentes que están atribuidos a órganos distintos.

5. Competencia indistinta: supone la posibilidad de actuación en un plano igualdad de dos mas órganos.

Sin embargo se puede delegar la competencia por medio de dos técnicas relacionadas al principio de jerarquía, estos son la delegación y la avocación veremos rápidamente los conceptos de estas dos figuras.

6. DELEGACIÓN DE COMPETENCIA

Se le define a la delegación, como el acto procesal por el cual el órgano superior traslada su competencia normal a uno inferior, en línea y en grado y sobre un determinado asunto. Esta es muchas veces necesaria por el exceso de trabajo, dificultades de traslado de lugar para la realización de funciones

7. AVOCACIÓN DE COMPETENCIA

La avocación es el proceso inverso de la delegación, o sea, que el superior ejerza competencia que corresponde al inferior. Al igual que respecto a la delegación, se sostiene de la avocación que no es legítima salvo que la ley la haya autorizado expresamente.

8. PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Entre los diversos órganos vinculados por la relación de jerarquía, pueden surgir conflictos de competencia, bien porque uno de ellos se atribuya una facultad que otro reclama para sí por considerarla suya, o bien porque ningún órgano se considere competente para actuar en un determinado caso.

En el primer caso, nos encontramos ante un conflicto positivo de competencia, esto es, que dos o más órganos consideran que tienen la competencia para conocer de un determinado caso; en cambio, en el otro supuesto, nos encontramos ante un conflicto negativo de competencia, es una abstención por parte de los órganos para conocer sobre un caso, es decir, que ninguno de ellos se considera competente.

Debido a que tales conflictos competenciales, ya sean de carácter positivo o negativo, pueden ocasionar un desorden en la función de la administración.

La ley Organización, Competencia y procedimiento del Poder (Ley No.290), establece que los conflictos de competencia, entre órganos del poder ejecutivo o de un mismo ministerio o ente, deberán ser resueltos de acuerdo con un procedimiento que la misma ley prescribe. En consecuencia, el órgano administrativo que se estime incompetente para conocer de un asunto, debe enviar lo actuado al despacho que considere competente, siempre y cuando dependa del mismo ministerio. Si a la vez el despacho que recibe el asunto, considera o tener la competencia, entonces enviara al superior jerárquico, común a fin de que sea este quien decida el conflicto.

En cambio si un órgano se estima competente para conocer de un asunto , del cual también conoce otro de igual jerarquía dentro del mismo ministerio , le pedirá que se inhiba , esto es que deje de conocer del caso. Pero si el requerido se estima competente también entonces se envía el asunto al superior jerárquico común para que resuelva en definitiva.

Sin embargo cuando existan dudas sobre la competencia en cuestiones administrativas de algún ministerio de estado, para conocer de un asunto deter-

minado, será el Presidente de la República quien resolverá a la mayor brevedad posible, a quien corresponde e realidad dicha competencia.

También cuando surja un conflicto de competencia o de cualquier naturaleza entre un ministerio y una institución descentralizada o entre estas, la decisión corresponderá al Presidente de la República.

Todo esto de acuerdo a lo establecido en la Ley No.290 en los artículos del 34 al 46.

II. La organización de la administración pública

La Administración Pública es la principal actividad que corresponde desarrollar al Poder Ejecutivo para la prestación de los servicios públicos.

En nuestro país de conformidad a lo que establece el artículo 144 de la Constitución, un Poder Ejecutivo, mismo que se deposita en un sólo individuo al que se le denomina como Presidente de la República.

En Nicaragua, el Poder Ejecutivo es unipersonal y se deposita su ejercicio en el Presidente de la República quien es, al mismo tiempo, jefe de Estado, jefe de gobierno y jefe de la Administración Pública. Así pues, además de la función administrativa, el Poder Ejecutivo desarrolla funciones de gobierno y de Estado.

El presidente de la república para auxiliarse en el desarrollo de la actividad administrativa del Estado, cuenta con una serie de entidades administrativas que le prestan auxilio y que, por razón de jerarquía, dependen de él, bien sea de manera directa o indirecta.

La doctrina reconoce que las dependencias que auxilian al Poder Ejecutivo para el desempeño de la actividad administrativa y la prestación del servicio público se organizan de tres formas diversas: la centralización, la desconcentración, la descentralización.

1. La centralización administrativa

La centralización administrativa es la forma fundamental en la cual se encuentran organizadas las entidades públicas de carácter administrativo.

La principal cualidad de la centralización administrativa, es que las entidades centralizadas se encuentran relacionadas entre sí por un vínculo jerárquico.[193]

193 Flavio Escorcia, señala existe centralización administrativa, cuando los órganos se encuentran colocados en diversos niveles, pero todos en una situación de dependencia en cada nivel hasta llegar a la cúspide en que se encuentra el jefe supremo de la Administración Pública. En otras palabras, la centralización se produce, cuando los órganos se agrupan unos respectos a los otros, en una situación de dependencia tal, que entro todos ellos existe

En la cúspide de la Administración Pública centralizada se encuentra el Presidente de la República y subordinados a él se localizan todos aquellos órganos públicos inferiores.

Como autoridad administrativa, el Presidente de la República constituye el jefe de la administración. Ocupa el lugar más alto de la jerarquía administrativa, concentrando en sus manos los poderes de decisión, de mando y jerárquico necesarios para mantener la unidad en la administración

Las ordenes y la toma de decisiones de la administración pública centralizada descienden invariablemente del órgano mayor al inferior, de tal manera que todas las entidades administrativas guardan un orden y obedecen a los imperativos que emite la cúspide de la organización central.

La Ley de organización, competencia y procedimientos del poder ejecutivo (290) en su artículo 4 define de la siguiente manera la centralización administrativa:

"es una forma de organización administrativa, integrada en un régimen jerarquizado, en la que un conjunto de órganos se estructuran unos respecto a otros, de arriba hacia abajo, formando una unidad que se logra y se mantiene en virtud de las determinaciones del Presidente de la República. Los Ministerios de Estado son entes centralizados, no tienen autonomía de ningún tipo, patrimonio ni personalidad jurídica propia–

De acuerdo a esta definición podemos decir que la centralización administrativa presenta los siguientes elementos:

a) Concentración del poder público.

b) Concentración del nombramiento de funcionarios y empleados, es decir que el poder central tiene la facultad de designar a los funcionarios y empleados de la administración así como revocar los nombramientos.

c) Concentración de poder de decisión y la competencia técnica, esto logra reunir en un organismo todas las actividades, en virtud de la técnica de la división del trabajo.

2. Órganos centralizados de Nicaragua

Entre los órganos centralizados están:

---

un vínculo jerárquico, que partiendo del órgano situado en el más alto grado de ese orden, los va ligando hasta el órgano de más ínfima categoría. Esa relación de jerarquía es la que mantiene y explica la unidad de la organización administrativa centralizada, a pesar de la diversidad de órganos que la forman. Tal unidad administrativa se garantiza a través de la concentración del poder y decisión y de mando. Flavio Escorcia. Derecho Administrativo (Primera Parte). UNAN. León. Pág. 321.

1. La presidencia de la república, bajo la dirección del presidente de la república, quien es el jefe de estado, jefe de gobierno y jefe supremo del ejército.
2. Vicepresidencia de la república y de acuerdo con el artículo 145 Cn. Desempeña las funciones que señala la constitución y las que les delegue el presidente de la república directamente o a través de la ley, asimismo sustituye en el cargo al presidente, en casos de falta temporal o definitiva.
3. Los ministros de estados. Bajo la dirección de un ministro y un vice ministro. Los ministerios son los principales organismos a través de los cuales se impulsan las políticas del estado y las funciones públicas. Tienen jurisdicción en toda la república sus funciones son permanentes y ejercen sus funciones en un ministerio. El orden de procedencia de los ministerios es el establecido en el art. 12 de la ley No. 290 el cual es el siguiente:

   1. Ministerio de Gobernación.
   2. Ministerio de Relaciones Exteriores.
   3. Ministerio de Defensa
   4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público
   5. Ministerio de Fomento, Industria y Comercio.
   6. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.
   7. Ministerio Agropecuario y Forestal.
   8. Ministerio de Transporte e Infraestructura.
   9. Ministerio de Salud.
   10. Ministerio del Trabajo.
   11. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales.
   12. Ministerio de la Familia.
   13. Ministerio de Minas.

4. Las secretarias de estado. Estas son dependencias que asisten al Presidente de la República, en las múltiples tareas del gobierno. Según el Decreto Número 55-98, Reglamento al art. 11 de la ley 290, las funciones que desempeñan las secretarias son por delegación presidencial y los secretarios tienen rango de ministros, las secretarias que existen actualmente son seis:

   a) Secretaria de la presidencia.

   b) Secretaria técnica.

   c) Secretaria de comunicación social. d) Secretaria de acción social.

   e) Secretaria privada.

   f) Secretaria personal.

3. Descentralización administrativa

Se puede definir la descentralización como la transferencia de competencias de la Administración Central a la administración descentralizada que esta

compuesta por una serie de entes (entes públicos menores) que junto con el Estado tienen encomendada la realización de los fines públicos.

La descentralización supone la existencia de otras personas jurídico- públicas dentro del Estado que administran bajo su responsabilidad determinadas materias o servicios. Los requisitos para que se produzca la descentralización son los siguientes:

a) Requisitos Objetivos: transmisión de competencia o disminución de la tutela o vigilancia. La transmisión de competencia es la manifestación típica de la descentralización y hay que decir, que no es suficiente una mera delegación del ejercicio de la competencia. Respecto a la disminución de la tutela o vigilancia hay que resaltar que muchos autores no la consideran como manifestación de descentralización. Otros consideran que supone una distancia entre la Administración central y la descentralizada y que por tanto puede ser una forma de acceder a la descentralización.

b) Desde un punto de vista subjetivo pueda hablarse de descentralización cuando necesariamente existe transferencia de competencias o disminución de la tutela entre entes. No hay descentralización cuando se traspasan competencia o hay disminución de las facultades derivadas de la jerarquía de los órganos superiores respecto de los inferiores. Tampoco se da descentralización cuando se transfieren competencias pero el ente de la Administración descentralizada no actúa como tal, sino como órgano de la Administración Central.

Para ARIÑO ORTIZ, toda descentralización trata de lograr "la traslación real de una parte del poder ejecutivo desde el aparato central del Estado-organización a centros de imputación independientes de aquél; el contenido de esa parte del poder que se transfiere es lo que llamamos "competencias administrativas" (en ningún caso alcanza a la legislación o a la justicia); la transferencia se opera a través de una partición de las competencias (atribución de titularidad, no sólo de un ejercicio) entre los órganos o entes encuadrados en la organización general del Estado y otros entes distintos de aquél. Esencialmente, la descentralización es la atribución por norma legal de facultades de decisión independientes en los asuntos que integran la acción administrativa, a autoridades o centros no encuadrados en la Administración del Estado. Lo cual supone que no hay descentralización más que cuando se dan estas condiciones:

1. Que la transferencia de potestad se realice a autoridades no sometidas jerárquicamente a las autoridades centrales del Estado (organización).
2. Que la atribución de potestad se haga de tal forma que el ente pueda decidir irrevocablemente, sin que estas decisiones sean, de ordinario, enmendadas por el Estado.
3. Que el ejercicio de esa potestad sea necesario (no puede ser sustituido) e independiente (no puede ser mediatizado, al menos jurídicamente).

4. Todo ello, salvo en los aspectos y casos tasados, en que existe legalmente establecidos, un poder de control por el Estado, en garantía de la legalidad de las actuaciones y –más excepcionalmente todavía– de una ordenada y diligente gestión.

Pues bien, lo que había de preguntarse es: ¿Cuáles son las técnicas o mecanismo jurídicos-administrativos que hacen posible este resultado? Para mí, éstos eran –y siguen siendo– los siguientes: Primero, la designación o elección de autoridad; segundo, la atribución de competencia especifica (exclusiva o compartida), pero siempre de necesario ejercicio por el ente que la tiene atribuida, y tercero, el carácter ejecutivo de sus decisiones y el carácter estricto y tasado de los poderes de revisión y control (autorizaciones, aprobaciones, suspensiones, alzadas, etc.), que pueden integrar su situación de dependencia respecto de la organización central del Estado–.[194]

4. Clases de descentralización.

Se habla de tres tipos de descentralización que se corresponde con los tres tipos de personas jurídicas del Estado:

1.- Descentralización Territorial (entes locales): se efectúa a través de los entes territoriales.

2.- Descentralización Institucional (entes funcionales; organismos autónomos y otros entres públicos de base fundacional): da lugar a la creación de entidades, dotadas de personalidad jurídica propia, a las que se encomienda la realización de ciertas funciones de la Administración del Estado. Se trata de una técnica para agilizar la actividad de la Administración y descargar a ésta de determinadas funciones.

3.- Descentralización originaria: es aquella que se produce cuando el ente de que se trata deriva o depende de la Administración estatal en sentido estricto.

4.- Descentralización derivada: se produce cuando un ente descentralizado realiza a su vez una descentralización. Por ejemplo, cuando los entes locales prestan sus servicios públicos por el sistema de fundación pública del servicio que consiste en la creación de un ente público al que se encomienda la gestión de dicho servicio.

5.- Descentralización corporativa: corresponde a los entres públicos de base asociativa: cámaras, colegios, comunidades.

194 ARIÑO ORTIZ, G.: Principios de descentralización y desconcentración. Documentación Administrativa. Núm. 215. Abril-junio. 1988. Págs. 24, 25 y 26. Del mismo autor: –Realidad y dogmática de la descentralización. Notas para la delimitación de un concepto–. Estudio homenaje al profesor LÓPEZ RODO. Madrid. 1972. Págs. 174 a 229. Descentralización y planificación. IEAL. Madrid. 1973.

5. La descentralización Administrativa en Nicaragua

La Ley de organización, competencia y procedimientos del poder ejecutivo (290), define en su artículo 4 la descentralización Administrativa, como: –una forma de organización administrativa en la cual se confiere a través de una Ley a un órgano, autonomía técnica y administrativa. Se le otorga patrimonio propio y personalidad jurídica, existiendo control o tutela del Presidente de la República o del Ministerio al que estén vinculados. El Director del ente es nombrado por el Presidente de la República o por la autoridad establecida de acuerdo a su Ley Creadora–.

De la Ley de organización, competencia y procedimientos del poder ejecutivo la descentralización es una forma jurídica en que se organiza la Administración Pública, mediante la creación de entes públicos por el legislador, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, y responsables de una actividad específica de interés público. A través de esta forma de organización y acción administrativas, que es la descentralización administrativa, se atienden fundamentalmente servicios públicos específicos.

No obstante su autonomía, las entidades descentralizadas se encuentran sometidas a las actividades de control y vigilancia de la Administración Pública Central.

La descentralización permite la solución rápida de los asuntos administrativos, los intereses locales son mejor atendidos por las personas de la misma localidad, permite una atención más directa y cercana a los problemas.

6. Órganos descentralizados de Nicaragua

Las entidades descentralizadas que pueden mencionarse de acuerdo al artículo 14 que están bajo la rectoría social de la Presidencia de la República de acuerdo a la Ley de organización, competencia y procedimientos, son los siguientes:

a. Banco Central de Nicaragua 1.- Financiera Nicaragüense de Inversiones. 2.- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

b. Fondo de Inversión Social de Emergencia

c. Instituto Nicaragüense de Estudios Territoriales d. Instituto Nicaragüense de Energía.

e. Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados

f. Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos

g. Instituto Nicaragüense de Seguridad Social h. Instituto Nicaragüense de Seguros y Reaseguros

i. Procuraduría General de Justicia.

j. Instituto de Desarrollo Rural.

k. Instituto de Vivienda Urbana y Rural

II.- Ministerio de Gobernación

a. Instituto de Seguridad Social y Desarrollo Humano del Ministerio de Gobernación.

III.- Ministerio de Fomento, Industria y Comercio

a. Instituto Nicaragüense de Apoyo a la Pequeña y Mediana Empresa. b. Instituto Nicaragüense de Turismo.

IV.- Ministerio de Educación, Cultura y Deportes a. Instituto Nicaragüense de Cultura

b. Instituto Nicaragüense de la Juventud y del Deporte

V.- Ministerio Agropecuario y Forestal

a. Instituto Nicaragüense de Tecnología Agropecuaria b. Instituto Nacional Forestal.

VI.- Ministerio del Trabajo

a. Instituto Nacional Tecnológico

VII.- Ministerio de la Familia

a. Instituto Nicaragüense de la Mujer.

Las funciones de los Entes Descentralizados se encuentran establecidas en sus Leyes Orgánicas

Además, de los entes descentralizados que señala la ley 290, están los municipios y las regiones autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua, las cuales constituyen el grado máximo de descentralización política o territorial del estado, reconocida directamente por la constitución y sus leyes especiales.

2. Las universidades comprendidas en la ley No. 89 de las instituciones de educación superior de Nicaragua.

7. La desconcentración administrativa

La desconcentración Administrativa se define como la transferencia de competencias realizada por un órgano superior a otro u otros subordinados. Los requisitos que se han de dar son los siguientes:

a) Se ha de producir un traslado de la titularidad de la competencia de un órgano superior a otro inferior.

b) No habrá desconcentración si lo que se transfiere es sólo el ejercicio de la competencia y no su titularidad. Disminución de la subordinación de los órganos inferiores respecto a los superiores.

c) La desconcentración (a diferencia de la descentralización) se da entre órganos de un mismo ente.

Hay varios tipos de desconcentración:

a) Desconcentración horizontal: cuando el destinatario es un órgano central. Por ejemplo: transferencia de competencias de un subsecretario a un director general.

b) Desconcentración vertical: cuando el destinatario es un órgano periférico de la Administración Central.[195]

La desconcentración surge como un medio para facilitar el dinamismo de la actividad de determinados órganos de la administración.

Las entidades desconcentradas de los órganos públicos centralizados reciben el nombre de organismos administrativos.

Los organismos desconcentrados dependen en todo momento del órgano administrativo al que se encuentran subordinado, estos dependen directamente del titular de la entidad central de cuya estructura forman parte.

La desconcentración es un acto de legislación por medio del cual se transfieren ciertas facultades de un órgano central a los organismos que forman parte de su propia estructura con la finalidad de que la actividad que realiza la administración se haga de un modo pronto y expedito.

El organismo administrativo además carece de patrimonio propio y de personalidad jurídica, su status legal y su propio presupuesto le es determinado y asignado por el titular de la entidad central de la que depende.

La desconcentración puede ser:

a) Por materia: cuando al órgano desconcentrado se le da autonomía técnica en una materia específica.

b) Por territorio: el órgano desconcentrado ejerce competencias sobre un determinado territorio, con el objeto de atender los asuntos que le correspondían al órgano del cual dependen.

La desconcentración administrativa se encuentra contemplada en la ley 290, la cual dice “el poder ejecutivo está integrado por el presidente de la república, el vice-presidente de la república, ministerios de estado, entes gubernamentales , bancos y empresas estatales y para el mejor cumplimiento de sus funciones , puede organizarse de forma descentralizada o desconcentrada”.

195 GARRIDO FALLA, F.: La Administración indirecta del Estado y descentralización funcional. Madrid. 1950. Pág. 121. VILLAR PALASI, J. L.: Apuntes de Derecho Administrativo. Madrid. 1977. Pág. 105; MATEO, MARTIN.: “Municipalismo, descentralización y democracia. REVL. Núm. 157. 1968. Págs. 62-63.

8. Órganos desconcentrados de Nicaragua

La ley de Organización, Competencia y procedimiento del poder Ejecutivo (290), en su artículo 4 define la Desconcentración Administrativa, como:

–una forma de organización administrativa en la cual un órgano centralizado confiere autonomía técnica a un órgano de su dependencia para que ejerza una competencia limitada a cierta materia o territorio. El ente gubernamental que tiene administración desconcentrada no tiene patrimonio ni personalidad jurídica, su status legal y presupuesto devienen del Ministerio al que están vinculados jerárquicamente–.

Algunos órganos que tienen carácter de desconcentrados en Nicaragua son los siguientes:

a) Secretarias departamentales de la presidencia.

b) El instituto de atención a las víctimas de guerra.

c) La administración nacional de recursos geológicos.

d) La administración nacional de pesca y acuicultura.

e) La administración forestal estatal.

f) La administración nacional de aguas.

g) La dirección general de protección y sanidad agropecuaria.

h) La dirección de información para la defensa.[196]

III. La organización de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica

El Estatuto de autonomía de las regiones de la costa atlántica de Nicaragua (ley número 28/1987), establece que las circunscripciones territoriales de esta región son dos:

1. Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN). Su sede administrativo es la ciudad de Puerto Cabeza.
2. Región Autónoma Atlántico Sur (RAAS). Su sede administrativo es la ciudad de Bluefields.

Estas regiones autónoma, son organizaciones descentralizadas y gozan de personalidad jurídica propia (art. 8 del estatuto), patrimonio propio (art. 34 al 37 del Estatuto y 180 CN), autonomía técnica (art. 16) y orgánica (art. 180 Cn, y art. 11.7 y 19 del Estatuto).

196 Sobre un estudio detallado de la creación de los estos órganos desconcentrado, véase: Flavio Escorcia. Derecho Administrativo (Primera Parte). UNAN. León. Pág. 342 y 343.

1. Órganos de Gobierno

Según el propio estatuto en su artículo 15, los órganos de gobierno y administración que deben existir en cada una de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, son fundamentalmente dos:

1. Un Consejo Regional

2. Un Coordinador regional.

El Consejo regional se encuentra conformado por cuarenta y cinco miembros elegidos mediante el sufragio universal (Art. 19 del Estatuto). Los cuarenta y cinco miembros han de ser electos en quince circunscripciones que demarca la ley electoral (art. 142). El Consejo es un órgano de representación Política de los ciudadanos que integran la población regional, ostentan la máxima autoridad normativa. Las atribuciones del Consejo se encuentran en el Estatuto art. 21.

Una vez electo el Consejo Regional, este elige, entre sus miembros a un Coordinador Regional. También se elige una Junta Directiva. Al Coordinador regional le corresponde las funciones ejecutivas de la región, representa a su región y nombra a los funcionarios administrativa y hace cumplir las ordenanzas del Consejo.

IV. La organización administrativa de las municipalidades de Nicaragua[197]

A partir de la Constitución de 1987, el régimen municipal en Nicaragua inicia una nueva etapa. Sin embargo, es a partir de las reformas constitucionales de 1995 y la ley de municipios de 1997 y sus reformas, que se comienza a organizar la administración publica municipal.

De acuerdo a la ley de municipios corresponde al Consejo Municipal y a un Alcalde y Vice-Alcalde, el dirigir el gobierno y la administración.

El Consejo Municipal lo preside el Alcalde, siendo el Consejo el encargado de establecer las líneas generales de la gestión municipal, en su carácter de órgano normativo, deliberante y administrativo. Por su parte, el alcalde es la máxima autoridad ejecutiva del gobierno municipal.

El Consejo Municipal lo preside el Alcalde, siendo el Consejo el encargado de establecer las líneas generales de la gestión municipal, en su carácter de órgano normativo, deliberante y administrativo, correspondiéndole también, una función de control y fiscalización sobre la actuación administrativa (art. 18, 25 y 26). Por su parte el Alcalde es la máxima autoridad ejecutiva del gobierno municipal, dirige las atribuciones municipales, coordina su ejercicio

197 FLAVIO ESCORCIA.: Municipalidad y Autonomía en Nicaragua. Editorial universitaria. León, Nicaragua. 1999.

con los programas y acciones de otros instituciones y vela por el efectivo cumplimiento de éstos, así como por la inclusión e tales programas de las demandas de su po9bración (art. 33)

CAPÍTULO SEXTO.
EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA

I. El concepto de Administración pública

1. Introducción

Una de las tareas más complejas y difíciles a las que se ha enfrentado desde siempre los administrativistas, es la de definir las dos nociones que están en la base de su disciplina: Administración Pública y Derecho Administrativo. Empresa a la que la doctrina se ha enfrentado, sin embargo, con una considerable dosis de pasión y empeño.[198]

Realmente la labor de dar un concepto de Derecho administrativo ha sido y es poco agradecida, pues ninguna construcción teórica sobre la materia ha sido capaz de resistir los embates críticos de la doctrina, y lo que es más grave aún, ninguna logra acoplarse de forma perfecta a las exigencias del Derecho positivo.[199] Esto ha dado lugar a la acumulación de un ingente número de teorías al respecto, no sólo divergentes, sino casi siempre contradictorias entre sí, cuya variedad ha llevado a algunos a afirmar que hay tantas formas de concebir el Derecho Administrativo como autores han tratado la materia.[200]

No es, sin embargo, una tarea inútil, pues mucho hemos aprendido, y seguimos aprendiendo, de este eterno debate, que tanto ha contribuido al avance de nuestra disciplina. Por lo que hay quien se ha lamentado de la falta de

198 J. Meilan Gil considera respecto a este esfuerzo por definir el Derecho administrativo que –tres son las razones fundamentales que lo explican: a) Un afán de autojustificación frente al Derecho civil; b) La necesidad de resolver un problema práctico: el deslinde claro de la jurisdicción ordinaria y administrativa; c) La dificultad que proporciona la movilidad esencial de la materia administrativa–. Meilan Gil, El proceso de definición del Derecho administrativo, ENAP, 1967, p. 31.

199 Como señala Acosta Romero, –ensayar una definición de Derecho Administrativo, que abarque absolutamente todos sus caracteres y todas las posibles modalidades, resulta difícil; algunas veces se le ha descrito, otras se soslaya su precisión y la mayoría de los autores presentan divergencias; es una de las ramas del Derecho que posiblemente presentan más dificultades para la demarcación de sus fronteras–. Acosta Romero, Miguel Ángel, Teoría General del Derecho administrativo, México, Porrúa, 1981, p. 8.

200 Delgadillo, que ha señalado que –cada tratadista de la materia ha aportado su concepto o definición del Derecho Administrativo–. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Elementos de Derecho Administrativo, 2a. reimp. de la 2a. edición, México, Editorial Limusa, 2003, p. 55.

iniciativa de la nueva generación de administrativistas al respecto, destacando la necesidad de continuar insistiendo en la elaboración del entramado conceptual de nuestra disciplina.[201]

Nosotros debemos, como ya dijimos, enfrentarnos de nuevo a esta cuestión.

No lo hacemos, sin embargo, con el propósito de construir una tesis alternativa al amplio elenco de teorías existentes sobre la materia. Si bien tampoco nos limitaremos a llevar a cabo una simple enumeración de teorías, con un prurito de erudición. Nuestro propósito es la realización de un análisis crítico de las principales líneas de definición seguidas hasta el momento, acotando los factores y elementos desde los que se puede llegar a una solución de dicho problema.

Nuestra investigación parte para ello de un presupuesto, en nuestra opinión, difícilmente contestable, y que queda claramente acreditado, a nuestro juicio, a lo largo del mismo: ninguna tesis es capaz de dar respuesta a todos los interrogantes que plantea esta cuestión.

Ello responde, sin duda, a que el objeto sobre el recae el Derecho Administrativo, la Administración Pública, no es una realidad aprensible y perdurable. Sino un elemento variable, dotado de un amplio grado de irracionalidad, que varía en el tiempo y en el espacio, según varían las concepciones políticas y jurídicas existentes en cada momento.[202]

No invalida lo anterior, sin embargo, toda reflexión sobre la materia, pues lo cierto es que la necesidad de enmarcar estos conceptos se hace evidente. Así lo ha sido históricamente (piénsese, por ejemplo, en la necesidad de delimitar dichos conceptos para fijar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa); y lo sigue siendo actualmente, pues la determinación de si una relación jurídica debe quedar dentro del ámbito de lo administrativo o no, sigue teniendo una trascendencia jurídica de primer orden.

---

201 En tal sentido, Moreno Gil señala que –nunca está dicha la última palabra, que el Derecho, como en toda materia científica, está siempre abierto a la inventiva, inventiva soldada en los conceptos ya consagrados, pero, a pesar de ello, siempre susceptible de ser innovados por más que las viejas palabras deban ser seguir resonando–. Moreno Gil, –En torno al nuevo intento de reconstrucción del Derecho administrativo–, en Documentación Administrativa 198, abril-junio de 1983, pp. 159-166.

202 Como señala R. Rivero Ortega, la –historia nos muestra cómo las transformaciones en el modelo de Estado afectan sustancial y formalmente a la Administración pública. Variables sociales, políticas y económicas inciden sobre la organización y la actividad administrativas, estimulando al mismo tiempo la evolución de su ordenamiento regulador. Esta constante metamorfosis de la Administración pública y del Derecho administrativo es consecuencia de los nuevos fines que el Estado se propone y de las nuevas técnicas que utiliza para su consecución–. Rivero Ortega, Administraciones públicas y Derecho privado, Marcial Pons, 1998, p. 13.

2. UNA CUESTIÓN POLÉMICA Y EN CONSTANTES PROCESO DE REVISIÓN: LA DEFINICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

La idea de Administración pública es un concepto sumamente impreciso, que se resiste a ser definido, por lo que ha sido, y probablemente será siempre, polémico.[203]

El primer argumento que sostiene esa afirmación es que, a pesar de ser un concepto conocido en prácticamente todos los Estados contemporáneos,[204] nunca ha tenido un contenido generalmente aceptado, pues varía notablemente de un lugar a otro. Así, sin necesidad de agotar el estudio de las diferencias que se dan entre los distintos Estados, de todos ellos con cada uno de los demás, basta para acreditar lo dicho, con la invocación de la enorme distancia a la que se encuentran las nociones de administración pública en los ordenamientos jurídicos de corte continental europeo, con respecto a aquellos propios de los países anglosajones.[205]

La Administración pública puede estar sujeta al Derecho de dos formas: a) puede regirse por las mismas normas que rigen la actuación de los sujetos privados; b) puede regirse por un Derecho especial, específicamente diseñado para el control de la actividad pública.[206] Éste ha sido tradicionalmente considerado como el criterio de diferenciación entre uno y otro sistema jurídico,

---

203 Parejo Alfonso, L. et. al, Manual de Derecho administrativo, 5a. ed., 1998, p. 1. Gil Ibáñez, Alberto, El control y la ejecución del Derecho comunitario, INAP, Madrid, 1998, p. 30.

Según Entrena Cuesta, las causas que dificultan llegar a una definición uniforme de Administración pública –deben buscarse principalmente, en la inadecuación entre los sentidos etimológico, vulgar y jurídico del vocablo administración; en el carácter histórico de la idea a que alude, que adolece de la imprecisión misma del concepto de Estado, del que constituye una de sus partes; en el espejismo que el principio de división de poderes produjo entre los autores de siglo pasado, que lo admitieron con un carácter axiomático, sin considerar que este principio, como todos aquellos cargados de un intenso sentido político, nunca se dio en toda su integridad, en el deseo de reducir lo administrativo a una fórmula única, precisa, simple, de fácil aplicación, y, por último, en defectos metodológicos debidos al olvido de la preciosa ayuda que la historia presta para llegar a la raíz de todos los institutos jurídicos–. Entrena Cuesta, Rafael, –El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho positivo español–, en Revista de Administración Pública 32, mayo-agosto de 1960, p. 56.

204 Santamaría Pastor, J. A., Op. Cit., nota 26, p. 45.

205 Cuando hablamos de Derecho anglosajón nos referimos tanto al Derecho inglés como al estadounidense. Pues, como señala W . R. W ade, aunque el Derecho americano ha desarrollado su propia evolución, se puede hablar de una raíz común que los comprende dentro de una misma tradición jurídica. W ade, Administrative Law, 4a. ed., Oxford, 1977, p. 12.

206 De Laubadère, et. al., Op. Cit., nota 61, p., 21. Caetano, Op. Cit., nota 58, p. 35-36.

pues mientras que en la Europa continental la Administración pública se sujeta a un Derecho específico, Derecho administrativo, en los países anglosajones ésta se rige por el mismo Derecho al que están sometidos los particulares, Derecho común.[207]

Esta diferencia se prolonga igualmente al orden procesal, en cuanto en la Europa continental la Administración queda sujeta al control de una jurisdicción especializada, la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que en los países anglosajones dicho control lo llevan a cabo los tribunales ordinarios.[208]

La existencia de estas profundas diferencias fue formulada de forma rotunda por Dicey. Autor que puso de manifiesto que en el Droit administratif las relaciones entre los ciudadanos y el Estado se rigen por principios propios distintos a los que rigen las relaciones de los sujetos privados entre sí; mientras que en el rule of law se rige por los mismos principios generales que rigen las relaciones entre los sujetos privados. A lo que se añade el elemento procesal ya mencionado, esto es, en el segundo conocen de los conflictos judiciales en que se ve envuelta la Administración los tribunales ordinarios, mientras que en el primero no. Partiendo de esta base, el jurista británico niega la existencia de un Derecho administrativo propiamente dicho en el Derecho inglés, y afirma la superioridad del sistema anglosajón, en cuanto ofrece una mayor garantía de protección de los derechos de los ciudadanos frente a la arbitrariedad del Estado.[209]

La certeza de esta distinción ha sido y sigue siendo discutida,[210] llegándose a posturas más matizadas, pero sigue persistiendo una cierta distancia entre una y otra tradición jurídica, defendida tanto por los juristas anglosajones como por parte de los europeos.

Así, ya desde hace tiempo, los primeros consideran indiscutible la existencia en sus países de un Derecho administrativo (Administrative law).[211] Si

207 Lenz, Op. Cit., nota 59, p. 89; Chapus, Op. Cit., nota 59, p. 2; Bénoit, Op. Cit., nota 59, pp. 70-71.

208 Chapus, Op. Cit., nota 59, p. 2; BÉNOIT, Op. Cit., nota 59, pp. 70-71.

209 Dicey, A., Introduction to the study of the law of the Constitution, 10a. edición, McMillan, 1987, pp. 328-405.

210 Tanto en Europa continental como en el mundo anglosajón. Así, puede consultarse en la doctrina Europea, Flogaïtis, Op. Cit., nota 62, pp. 49-57. Entre los juristas anglosajones, Craig, Op. Cit., nota 62, pp. 50-51.

211 Así, Bradley, A. W . y Ewing, K. D., Constitutional and Administrative Law, duodécima edición, Longman, 1997, p. 700; Garner, J. y Jones, B. L., Administrative Law, 6a. ed., Butterworths, Londrés, 1985, pp. 3-4; Mceldowney, J. F., Public Law, Sweet & Maxwell, Londres, 1994, pp. 110-111. Opinión compartida por sus colegas de la Europa continental. Así, Martínez López-Muñiz, J. L., Introducción al Derecho administrativo, Tecnos, Madrid, 1986, p.

bien esto no impide que se encuentren afirmaciones que resalten la distancia respecto a lo que se considera como tal en el Derecho europeo continental.[212]

En Europa continental también se matiza que estos dos posibles sistemas no se dan en ningún caso de forma estricta, esto es, no hay ningún Estado en que la Administración se rija íntegramente por el Derecho común, ni ninguno que se rija íntegramente por el Derecho administrativo. Sino que en puridad se debe decir que existen países en los que la Administración se rige principalmente por el Derecho administrativo (países del orden continental europeo) o principalmente por el Derecho común (países anglosajones).[213]

Esta dificultad de definición se ve agravada además por la mutabilidad histórica de la administración pública.[214] Se puede decir que pocas nociones han

---

129. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho administrativo I, 1a. reimp. de la 8a. ed., Madrid, Tecnos, 1984, p. 66.

212 Así, en el Reino Unido, Wade, Op. Cit., nota 79, pp. 12-16; Bradley y Ewing, Op. Cit., pp. 700-702 y 711; Garner y Jones, Op. Cit., pp. 3-4. En Estados Unidos, Schwartz, B., Administrative Law, 3a. ed., Aspen Publishers, 1991, p. 2. Se pueden encontrar incluso afirmaciones más radicales de esta diferencia en pronunciamientos muy recientes. Así, Oliver, D., –Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre Droit public et Drit prive en Angleterre?–, en Revue internationale de droit cmpare 2001-2, pp. 327-328.

213 De Laubadère, et. al., Op. Cit., nota 61, p. 22. Señala al respecto Ch. Debbasch que la oposición entre estas dos concepciones sigue siendo real. Sin embargo, se puede observar que cada una de ellas tiende a evolucionar y que llegamos progresivamente a un sistema mixto–. Debbasch, Ciencia administrativa, traducción de J. A. Colás Leblanc, 2a. ed., Madrid, INAP, 1981, p. 66.

214 Esa mutabilidad del concepto de Administración Pública, que determina a su vez la mutabilidad del Derecho administrativo, ha sido claramente reflejada por J. E. Soriano. Parte este autor –de la idea de que el Derecho Administrativo es el Derecho propio de la Administración Pública, lo que, a su vez, supone que el concepto de Derecho administrativo, lejos de ser un dato a priori, será lo que históricamente se exija en cada momento a la propia Administración Pública, no siendo, por tanto, un concepto fijo y cristalizado definitivamente–. Así, se habría llegado al Derecho Administrativo y Administración Pública actual –por superación del Estado Liberal de Derecho, de su Administración Pública, al demostrarse inservible para responder a las exigencias de mayor democratización y eficacia, al exigirse que la Administración Pública responda efectivamente a todas las exigencias sociales y asegure la mayor dosis de igualdad material a todos y cada uno de los ciudadanos–. De igual manera, –en el futuro, según cambien las exigencias de la Administración Pública cambiarán, a su vez, las ideas que nutren el concepto de Derecho Administrativo. Pero nada más puede decirse porque sostenemos nuestra afirmación de que este derecho, transido de politicidad e historicidad, tiene que cambiar según lo haga el Estado y, en definitiva, la sociedad a la que sirve–. Soriano, –El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho–, en Revista de Administración Pública 121, enero-abril de 1990. pp. 149-157.

experimentando tan profundos cambios con el paso del tiempo como los que ha sufrido la que nos ocupa.[215] Resultando difícil encontrar formulaciones de la misma que sean capaces de perdurar invariables durante un largo lapso temporal.[216]

Todo ello es lógica consecuencia del carácter estrictamente coyuntural de la Administración Pública y el Derecho administrativo, elementos ambos al servicio de una Sociedad mudable, en continúa transformación, a la que deben tratar de adaptarse en todo momento, para cumplir su función propia que, en último término, no es otra que el servicio a dicha Sociedad. Presupuestos desde los que parece evidente que la Administración y el Derecho administrativo no son realidades cerradas, susceptibles de ser perfiladas de forma abstracta, sino fenómenos variables, que asumirán diferentes formas según el contexto en el que operen.[217]

De hecho algunos autores señalan que, en este mismo momento, estamos asintiendo a un nuevo proceso de revisión del concepto de Administración pública,[218] que encuentra lógica explicación, como añaden otros, en los pro-

215 Santamaría Pastor., Op. Cit., nota 26, p. 46-47.

216 Muñoz Machado, Santiago, –Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración–, en Revista de Administración Pública 84, septiembre-diciembre de 1977, p. 519.

217 Como señala Meilan Gil, –el Derecho administrativo es una solución de compromiso, cambiante según las situaciones; es el resultado de una serie de tensiones–, Op. Cit., nota 62, p. 83. En la misma línea, señala López que –puede decirse, con toda propiedad, que el Derecho Administrativo es un derecho en continúa transformación, en evolución perpetúa y constante, siendo esta continua dinámica una de sus características más relevantes–. Prólogo al libro de Escorcia, Flavio, Derecho Administrativo, León, Nicaragua, 2002, p. 4. Con extraordinaria belleza lo ha expresado también F. González Navarro, señalando que el –Derecho administrativo se nos muestra, en efecto como un derecho especialmente sensible a los fenómenos de la vida real, hasta el punto de que quizá en ninguna otra rama del ordenamiento jurídico merezca subrayarse como en ésta, su naturaleza porosa, esencialmente apta para absorber lo que flota en el medio externo–. –Pero ocurre, además, que el mismo carácter fugaz o episódico que tienen los problemas de cada día, hace que muchas veces ofrezca el derecho administrativo un carácter caduco o transitorio, lo que obliga a destacar la evanescencia o labilidad de este derecho, nacido al impulso –y para atender estas necesidades mudables y, a veces, irrepetibles–. –Si el Derecho es para la vida, casi podríamos decir que el derecho administrativo es la vida misma, de puro íntimo que es –tiene que ser- su contacto con la realidad. Como la sombra del cuerpo, el derecho administrativo sigue no precede, según los casos a la realidad conformándola en un determinado sentido. En esto estriba parte de su servidumbre, pero también de su grandeza–. González Navarro, Francisco, Derecho Administrativo Español, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1987, t. I., Pág. 154.

218 Caillosse, Jacques, –Quel Droit administratif enseigner aujord'hui?–, en La Revue Administrative 329, septiembre-octubre de 2002, p. 454. Señala S. Sa-

fundos cambios políticos y sociales que está experimentando la Sociedad del siglo XXI.[219]

A lo que se añade, además, por si no fueran pocas las dificultades señaladas, que nuestro concepto es también difícilmente definible incluso haciendo abstracción de las diferencias temporales y espaciales, esto es, en el seno puramente interno de un ordenamiento jurídico concreto y determinado,[220] pudiéndose decir que no existe una noción de administración pública que sea uniformemente aceptada en ningún Estado.[221]

Acreditada la complejidad y dificultad de la cuestión, parece oportuno hacer un breve examen de las principales direcciones que la doctrina ha tomado para su resolución. Dicho análisis no puede pretender ser, por propia lógica, y menos aún en un espacio tan reducido como el que ocupa este estudio, agotador. Trataremos, por ello, simplemente, de sistematizar las principales vías metodológicas empleadas al respecto, apoyadas por algunos ejemplos.

El punto de partida para este análisis es la constatación de que el término administración designa en el lenguaje vulgar tanto a una actividad, la acción de gestionar algo; como a un órgano, el sujeto que desarrolla esa actividad de gestión.[222] Esta dualidad de significados permite que la búsqueda de un concepto de administración pública, pueda llevarse a cabo por dos vías diferentes: a) se puede definir ésta siguiendo un criterio orgánico o subjetivo, lo que supondría considerar que constituye un conjunto de sujetos (Administración pública, escrito con mayúscula); b) puede utilizarse también un criterio material o funcional, lo que supone entender que se trata de una actividad (administración pública, escrito con letra minúscula).[223]

---

rasola Gorriti que la Administración Pública –se encuentra en una fase de transformación cuantitativa y cualitativa importante–. Sarasola Gorriti, Silbia, La concesión de servicios públicos municipales, Oñati, IVAP, 2003, p. 21.

219 En tal sentido, Rodríguez-Arana, que señala que –el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual–. Rodríguez-Arana MUÑÓZ, Jaime, Op. Cit., nota 64, p. 89.

220 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 26, p. 47. Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 93, p. 519.

221 Dubouis, L.: –La notion D'emplois dans l'Administration publique (art. 4. 4 TCE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics–, en Revue Française de Droit Administratif 1987-6, p. 952.

222 Rivero, J., Droit administratif, 8ª. Ed., Dalloz, 1977, p. 9.

223 De Laubadèr, et. al., Op. Cit., nota 58, p. 19; García-Trevijano Fos, José Antonio, Tratado de Derecho Administrativo I, Madrid, Civitas, 1974, t. I, pp. 50-55; Garrido Falla, Francisco, Tratado de Derecho administrativo, Undécima edición, Madrid, Tecnos, 1989, vol. I, pp. 32-33. Vedel, Georges, Derecho administrativo, 6a. ed., trad. de J. Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 14.

Entrena Cuesta considera que la doctrina, en su búsqueda de una noción de Administración pública, ha seguido una trayectoria circular. Pues toma como punto de partida nociones subjetivas, pasando de ellas a definiciones de tipo objetivo, para acabar desembocando de nuevo en definiciones de corte orgánico o subjetivo.[224]

Sin negar la certeza de este análisis en líneas generales, nos parece más adecuado seguir un examen que tome como base el carácter subjetivo o funcional de la teoría, y no una pretendida evolución lineal en el tratamiento de la cuestión, pues en la práctica dicha evolución nunca se ha dado de forma estricta, ya que tesis funcionales y subjetivas han convivido en todos los momentos históricos, y, además, muchos autores han sido partidarios de tesis mixtas.

De esa sistematización de las teorías en funcionales, subjetivas y mixtas, separamos un conjunto de tesis, que se caracterizan por identificar la administración con una parte del poder ejecutivo. En nuestra opinión dichas tesis, de las que arranca el tratamiento doctrinal de la cuestión, como se razonara más abajo, no pueden en puridad recibir un calificativo común como subjetivas o funcionales.

3. Tesis que identifican la Administración con una parte del Poder ejecutivo

En un primer momento, la doctrina tiende a considerar la Administración como una parte del Poder ejecutivo. Resulta difícil a partir de aquí buscar una caracterización general de estas teorías, que difirieren bastante entre sí. Incluso nos parece de dudoso rigor tratar de dar una calificación uniforme a éstas como subjetivas u objetivas. Porque, en realidad, en ellas se fusionan consideraciones de uno y otro orden. Así, aunque todas ellas definen la Administración desde su inserción en el Poder ejecutivo, algunas parecen concebir a éste como un complejo orgánico, pero otros como una función.

A pesar de estas dificultades, Entrena Cuesta ha tratado de resumir la doctrina imperante en este momento sobre la materia en torno a tres grandes puntos: –a) La Administración es un complejo orgánico que se comprende dentro del marco del poder ejecutivo; b) Misión suya es la de ejecutar y nada más que ejecutarla, la ley; c) No existe una identidad entre Administración y Poder ejecutivo, pues aquélla es igual a éste menos el Gobierno–.[225]

Se puede tomar dichas notas como expresión de una tendencia general, que se encuentra, sin embargo, al descender al análisis de las concretas teorías, con un gran número de excepciones y contradicciones.

Soriano García, J. E., Desregulación, privatización y Derecho administrativo, Bolonia, Studia Albornotiana, 1993, p. 180.

224 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 80, p. 58.

225 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 80, p. 61.

Nosotros nos vamos a conformar, por lo demás, con examinar alguna de las tesis que se inscriben en este grupo para comprobar como funcionan, sin animo de realizar un estudio pormenorizado de sus características y consecuencias. Pues basta al objeto de nuestro trabajo con resaltar como, en un primer momento, la doctrina, en su esfuerzo por definir la Administración, no excede los límites marcados por el Poder ejecutivo, que es no sólo el criterio sobre el que se construye su definición, sino también la frontera más allá de la cual no puede ésta extender su ámbito. Es éste, a nuestro entender, el punto verdaderamente relevante, pues sólo desde él se puede comprender la tendencia posterior a configurar la administración como una función, cuando un análisis más detenido demuestra la falta de veracidad de la comprensión de la Administración como una mera parte del Poder ejecutivo.

Entre los autores que defienden este tipo de tesis se puede citar a Ducrocq. Este autor parte de la existencia de tan sólo dos poderes en el Estado. El legislativo, que crea las normas, y el ejecutivo, que hace que se lleve a cabo su ejecución. Distinguiéndose a su vez dentro del Poder ejecutivo tres ramas, que se encuentran separadas entre sí: el Gobierno, la Administración y la Administración judicial. El Gobierno sería dentro de esta construcción la porción del ejecutivo que tiene la misión de dirigir el país en las vías de su desarrollo interior y sus relaciones exteriores, mientras que la Administración sería el complemento y la acción vital. Por lo que se refiere a la Administración judicial, se diferencia de la Administración propiamente dicha en que la primera ejecuta las leyes civiles y penales y la segunda las de interés general.

De este modo, el autor francés ofrece una caracterización de la Administración claramente incrustada y dependiente del Poder ejecutivo, como muestra su definición del Derecho administrativo, al que caracteriza como el conjunto de principios y reglas que resultan de las leyes de interés general y de las que presiden el funcionamiento de todos los órganos, no judiciales, del poder ejecutivo, a cargo de su aplicación.[226]

En Italia encontramos como representante de este tipo de tesis a Meucci, que parte de que la administración es la acción del Estado para alcanzar los fines de utilidad pública. Si bien la Administración comprende también el complejo de órganos encargados de esas funciones. Lo que permite concluir que el Derecho administrativo es la rama del Derecho público que contiene las normas reguladoras de los institutos sociales y de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de utilidad pública. Considerando en lo que se refiere a la relación entre gobierno y administración, que ambos son la misma cosa, existiendo entre ellos tan sólo una diferencia de grado.[227]

226 Ducrocq, M., Cours de Droit administratif, 6a. ed., París, Ernest Thorin editor, 1881, pp. 3-29.

227 Meucci, L., Instituzioni di Diritto administrativo, 6a. ed., Turín, Fratelli Bocca editor, 1909, pp. 1-3.

En España encontramos un destacado seguidor de este tipo de teorías en Santamaría de Paredes. Autor que también se sitúa claramente en la órbita del

Poder ejecutivo para definir la Administración, de tal modo que entiende que –el concepto de lo Administrativo se resuelve en el poder ejecutivo–. Lo que le permite definir el Derecho administrativo como –la rama del Derecho referente á la organización, funciones y procedimiento del Poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida–.[228]

En este grupo de teorías se pueden incluir también las teorías residuales, que se presentan aparentemente como funcionales, pero que resulta en realidad difícil de aceptar como tales, pues parecen más bien ocultar un criterio subjetivo o formal. Estas tesis tratan de aislar una presunta función administrativa desde la distinción entre las tres funciones básicas del Estado, legislación, jurisdicción y ejecución, ubicando la administración dentro de la tercera. Ahora bien, dada la dificultad de caracterizar la función administrativa se la convierte en una noción residual, esto es, administración es todo lo que no es jurisdicción o legislación.

Este planteamiento, en principio estrictamente funcional, se diluye, sin embargo, en la práctica. Pues estos autores acaban olvidándose totalmente de la función desarrollada, para acabar acudiendo a criterios formales o subjetivos.

Así se puede apreciar ya en Mayer, que trata de alcanzar el concepto de administración pública desde la delimitación de las diferentes funciones del Estado (legislación, justicia y administración). Llegando a la conclusión de que la administración es una noción residual, que comprende todo lo que no entra en las dos anteriores. Pero anuda a ello un criterio positivo de diferenciación, es actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico.

Es este último dato lo que permite verdaderamente aislar la administración de la legislación, en la que el Estado se encuentra sobre ese orden jurídico; así como de la justicia, en la que –todo se hace por este orden jurídico–.[229]

En último término parece caracterizarse la administración no por la función desarrollada, sino por la posición del sujeto que la desarrolla, esto es, por la subordinación de la Administración al ordenamiento jurídico.

Aún más claramente se puede apreciar lo dicho en la obra de Merkl. Este autor comienza afirmando la necesidad de una definición residual de dicha noción, pero su análisis se dirigirá en realidad mucho más lejos de lo indica ese propósito inicial. Pues, a pesar de que comienza tomando como punto de partida, como inmediatamente vamos a ver, la afirmación de que la función

228 Santamaría de Paredes, V., Curso de Derecho administrativo, 2ª. ed., Madrid, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, 1888, PP. 41-45 y 47.

229 Mayer, Otto, Derecho administrativo alemán, trad. de H. H. Heredia y E. Krotoschin, Buenos Aires, Depalma., 1949, t. I., pp. 3-16.

administrativa sólo puede ser aislada eliminando de la actividad total del Estado la que constituye legislación o jurisdicción, la clarificación de estos dos últimos elementos respecto al de administración, acaban desembocando en una auténtica negación de la perspectiva funcional.

Esta orientación se puede inferir ya en la propia forma en que justifica el empleo de una metodología residual, que configura como administración todo lo que no es jurisdicción o legislación. Pues nuestro autor afirma que

> Esta manera tan especial de determinar el concepto se explica (...) por la estructura de aquella actividad del Estado a que se refiere la administración, y, por muy incompleta que parezca, es forzosa e inevitable. Porque la actividad del Estado que cobijamos bajo el nombre de administración es tan abigarrada, tan diversa por su forma y contenido, más todavía, se halla en una contradicción tan patente con el sentido usual de la palabra administración –piénsese en la guerra como acción administrativa – que lo único común aceptable no puede ser algo positivo, sino negativo, a saber: el hecho de no ser legislación y no ser justicia. Cualquier intento de hacer destacar en ese campo de actividad demarcado negativamente, una característica positiva que valga como factor común, conduce a una reducción del concepto en contradicción con los supuestos de que se parte. La legislación y la justicia son algo más unitario, muestran rasgos comunes más fácilmente abarcables, son, por lo mismo, más fáciles de definir positivamente. Fijándose en el contenido de estos tres campos de actividad estatal, se ve claramente por qué razón ese gran residuo de la actividad estatal compuesto de funciones parciales heterogéneas que se llama administración, suele determinarse por referencias a funciones relativamente homogéneas, como lo son la legislación y la justicia. Pero a pesar del contenido abigarrado del concepto, existe una nota formal común, que nos permite determinar la administración positivamente.

Es únicamente la última frase la que muestra el rechazo de Merkl a las concepciones de corte funcional. Pues, con ello, añade algo más a la imposibilidad de fijar positivamente el concepto de administración por la variedad de funciones que ésta comprende, que es la posibilidad de llevar a cabo esa determinación positiva desde una perspectiva formal. Lo que es tanto como afirmar la falta de adecuación de una metodología funcional para determinar nuestro concepto, y la necesidad de recurrir a un criterio formal.

Mucho más claro se puede ver todo ello si se examina el análisis posterior que realiza de los conceptos de administración, legislación y jurisdicción. Los dos primeros, afirma, no se pueden distinguir en cuanto el primero constituya aplicación jurídica y el segundo normación jurídica. Pues los dos conceptos están presentes en la legislación y en la administración (piénsese en un reglamento como normación de la administración; y en el desarrollo de un precepto constitucional por una ley como aplicación jurídica de la legislación). Sino que ambos se deben distinguir en virtud de su proximidad a la Constitución, de tal modo que la legislación es ejecución directa de ésta; mientras que la administración es ejecución mediata de la misma, y subordinada a la ley.

Esto permite a nuestro autor afirmar que la división de poderes no conduce a una tripartición de poderes independientes y condicionados, sino que se reduce a dos funciones jurídicas dependientes de la Constitución y escalonadas entre sí. Esto es, por un lado la legislación, que constituye una ejecución directa de la Constitución; y por otro la ejecución, que constituye ejecución mediata de la Constitución, y comprende la justicia y la administración.

El siguiente paso es diferenciar una y otra forma de ejecución, administración y justicia, pero tampoco se puede hacer mediante un criterio funcional, hay que recurrir a uno de carácter orgánico: la justicia es un complejo orgánico coordinado (esto es, de órganos independientes), mientras que la administración es un complejo subordinado (es decir, de órganos dependientes).[230]

En resumen, podemos decir que en Merkl luce ya nítida e incuestionable la imposibilidad de precisar una función propiamente administrativa, dado que la administración desarrolla funciones materialmente idénticas a las de los demás poderes del Estado. Lo que implica la necesidad de acudir a una perspectiva formal o subjetiva para delimitar el objeto de nuestra disciplina.

Baste para probar la veracidad de esta interpretación, dejando cerrado, con ello, el análisis de la posición de este autor, este párrafo de claridad irrefutable, en el que afirma que todas las diferenciaciones conseguidas con criterios funcionales son (...) jurídicamente estériles, algunas veces mero pasatiempo y, sin duda alguna, no ofrecen basamento suficiente para levantar sobre ellas las disciplinas jurídicas particulares de los campos funcionales así diversificados. Una teoría del derecho judicial o del derecho administrativo nunca podrían desenvolverse a base de un concepto material de justicia o de la administración, sino que presuponen el concepto formal de las mismas, del mismo modo que la teoría de la legislación ha prosperado con el concepto formal de la ley, mientras que de fijarse nada más que en el concepto material hubiera degenerado por insuficiencia de problemas, caso de que hubiera llegado a la vida.[231]

Debe aceptarse el lucido juicio crítico que sobre las tesis de estos autores ha realizado Garrido Falla, que centra su argumentación en torno a dos puntos:

a) Al hacer equivaler función administrativa y función ejecutiva se está dando por supuesto lo que es precisamente el problema, esto es, que la administración coincide con una de las tres funciones tradicionales del Estado.

b) La indefinibilidad de la función administrativa se deriva en estas tesis de la existencia de actividad administrativa que entraña actuación normativa (potestad reglamentaria) o de resolución de conflictos. Pero eso es tan sólo el resultado de la indebida identificación entre administración y ejecución. Pues lo lógico sería simplemente identificar la actividad reglamentaria con

230 Merkl, Adolf, Teoría General del Derecho administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 12-62.

231 Merkl, Adolf, Op. Cit., p. 50.

la legislación y la de resolución de conflictos con la jurisdicción. Lo que ocurre es que se parte de una delimitación previa subjetiva o formal, para posteriormente tratar de diferenciar ésta de la jurisdicción y la legislación.[232]

A lo dicho se debe añadir, además, la falta de un verdadero avance conceptual en este tipo de teorías, pues se limitan a excluir determinados elementos del ámbito de lo administrativo, sin aportar contribución alguna a la determinación de su esencia.[233]

4. Tesis objetivas

Se produce el paso a la utilización de tesis objetivas por la imposibilidad de explicar la administración desde el principio de división de poderes, en cuanto se hace patente que administración y Poder ejecutivo no pueden hacerse coincidir. Tanto porque la administración implica el desarrollo de funciones propias de los otros poderes del Estado; como por el desarrollo de actividad que constituye administración por esos otros poderes. Se trata entonces de identificar una función administrativa, que permita identificar lo administrativo al margen del citado principio.[234]

---

232 Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, pp. 37-38.

233 En tal sentido, señala L. Parejo Alfonso que las –posiciones negativas en orden a la definición del Derecho Administrativo (...) no representan (...) avance alguno en orden a la captación del fundamento mismo de la autonomía del Derecho Administrativo. Pues se limitan a señalar todo lo más, aquello que no se considera como materia propia de éste, dejando en la penumbra el porqué esta última constituye el objeto de una específica disciplina–. Parejo Alfonso, Luciano, El concepto de Derecho Administrativo, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 125.

234 Así lo ha señalado la doctrina moderna, Villar Palasí, J. L.; y Villar Ezcurra, J. L., Principios de Derecho administrativo I, Madrid, Universidad de Madrid, 1982, p. 26; Escribano Collado, P., –¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?–, en Revista Española de Derecho Administrativo 37, abril-junio de 1983, p. 169. Afirmaciones que pueden corroborase fácilmente, además, acudiendo a la obra de los autores de la época. Así, Orlando, V. E., Principios de Derecho administrativo, 2a. ed., trad. de A. Rodríguez Bereijo de la segunda edición italiana de 1892, Madrid, INAP, 1978. pp. 7-8. También en Posada, A., Tratado de Derecho administrativo I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1897, pp. 32-34 y 56-59. Similares argumentos se utilizan en obras posteriores. Así, F. Domínguez-Berrueta, que niega la equiparación entre función administrativa y Poder ejecutivo –porque la función ejecutiva realiza otros aspectos que no son administrativos, y por otra parte, la función ejecutiva y judicial actúan en esferas que muy bien pueden comprenderse en el marco de nuestra ciencia–. Domínguez-Berrueta De Juan, Miguel, Ideas y normas de Derecho administrativo, 1941, p. 14. También García Oviedo, C., Derecho administrativo, 5a. ed., Madrid, editorial Martínez Useros, 1955, pp. 9-10.

En esta posición se sitúan autores como Posada, que tras negar la identificación entre Administración y Poder ejecutivo, se muestra partidario de una tesis funcional, afirmando que la –Administración es una función del Estado, siendo indiferente, para el caso, que su existencia como tal esté consagrada y reconocida exteriormente, gracias á la constitución política de un órgano específico–.

Definiendo esa función administrativa como la actividad del Estado –encaminada á procurar, conservar y perfeccionar el organismo (las diferentes instituciones), mediante el cual dicho Estado realiza sus fines: es, en tal concepto, función de orden, de gestión Administrativa, en suma–.[235]

Con el paso del tiempo las tesis funcionales van a ser objeto de duras críticas, lo que lleva a una gran parte de la doctrina a rechazar la utilización de este tipo de criterios para definir la Administración pública236,[236] de tal forma que pierden terreno a favor de las tesis de carácter subjetivo, por las que se decanta la mayor parte de la doctrina.

El principal argumento utilizado por estas críticas es que las funciones administrativas varían demasiado en el tiempo y en el espacio, por lo que no pueden ser tomadas como base para sustentar la definición de administración pública.[237]

De lo dicho no puede entenderse, no obstante, que se produzca un rechazo total de las tesis funcionales, pues en todas las épocas ha seguido existiendo autores que se muestran partidarios de éstas.

Así, en España se puede citar a Clavero ARÉVALO, que considera que

---

235 Posada, Op. Cit., pp. 64 y 57.

236 En tal sentido, en nuestro país pueden citarse por ejemplo a García De Enterría, Ernesto, y Fernández Rodríguez, T. R., Curso de Derecho administrativo I, 9a. ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 27. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, p. 37. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Principios de Derecho Administrativo, Madrid, Universidad de Madrid, 1982, vol. I, p. 28. Señala L. M. Cazorla Prieto que dada –la dificultad en la caracterización objetiva de la actividad administrativa, habida cuenta de lo complejo de su contenido y de la dificultad de encontrar sus datos auténticamente distintivos reviste suma dificultad la identificación de la Administración pública con arreglo a las singularidades de la actividad administrativa. Esto implica la necesidad de reconducir los elementos definitorios de la Administración a un criterio formal–. Cazorla Prieto, Luís María, Temas de Derecho administrativo, 3a. ed., Madrid, 1983, p. 51. En Italia, M. S. GIANNINI, que señala que la función administrativa no existe, por lo que sólo se puede hablar de función administrativa en sentido subjetivo, como el conjunto de actividades desarrolladas por la Administración. Giannini, Derecho administrativo I, trad. de L. Ortega, Madrid, MAP, 1991, pp. 108-109. En Francia, Vedel, Georges, Op. Cit., nota 100, pp. 34-35.

237 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., pp. 27-28. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 28.

> El Derecho administrativo no ha sido nunca un Derecho subjetivista; no ha sido nunca el Derecho de la Administración, sino que ha sido un Derecho de tipo objetivo; ha sido siempre el Derecho de la función administrativa de los entes públicos. Nace cuando ya la Administración se perdía en la noche de los tiempos y utilizaba, mediante la concepción dual de su personalidad, el Derecho privado. El Derecho administrativo, cuando se configura como un auténtico ordenamiento autónomo, es un Derecho de prerrogativa, que encuentra su fundamento no en una concepción formal y subjetiva –la Administración-, sino en una concepción objetiva y sustancial –la función administrativa.[238]

También Ballbé, que considera que el –Derecho administrativo, (...) se refiere a la actividad administrativa objetivamente considerada, ya sea ejercida por órganos que la tienen a su cargo de modo normal y preceptivo, como por oficios públicos que sólo de modo secundario y accidental la tengan asumida–.[239]

En Hispanoamérica este tipo de tesis han sido defendidas por Dromí, que considera que el –Derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la función administrativa. Por ello, podemos decir que el Derecho administrativo es el régimen de jurídico de la función administrativa–.[240]

En realidad, las tesis objetivas pueden ser de diversos tipos. Por un lado pueden atender a la finalidad del acto, esto es, una actividad es administrativa o no dependiendo del objetivo que persigue. Pero también puede atender a la naturaleza del acto, con independencia de la finalidad perseguida por éste.[241] A estos dos tipos algunos autores añaden un tercer grupo de teorías, las jurídico- formales, que se caracterizan porque no atienden ni a la naturaleza del acto, ni a la finalidad de éste, sino a los efectos y consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuye a esa actividad.[242] Si bien otros autores no incluyen este último tipo de tesis dentro de las teorías objetivas.[243]

Las más importantes tesis funcionales siguen siendo, a nuestro parecer, las que se formulan en el Derecho francés durante los primeros años del siglo XX, al hilo de la denominada teoría del servicio público, por los dos principales

238 Clavero ARÉVALO, F., –Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal–, en Revista de Legislación y Jurisprudencia XXIV, 1952, pp. 574-575.

239 Ballbé, Manuel, –Derecho administrativo–, en Nueva Enciclopedia Jurídica Básica, Barcelona, Francisco Seix editor, 1950, p. 62.

240 Dromí, J. R., Introducción al Derecho administrativo, Madrid, editorial Grouz, 1986, p. 111.

241 De Laubadère, et. al., Op. cit., nota 61, pp. 45-46.

242 Boquera, Oliver, Derecho Administrativo, pp. 67-72. Laguna De Paz, J. C., –La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo–, en Revista de Administración Pública 136, enero-abril de 1995, p. 211.

243 Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho administrativo, 1a. reimp. de la 9a. ed., Madrid,

representantes de la Escuela de Burdeos (Duguit y Jèze) y su gran rival de la Escuela de Toulouse (Hauriou). De ellas arrancan las tres grandes tendencias que puede seguir las teorías objetivas, de las que las versiones actuales siguen siendo simples variantes, ya enunciadas implícitamente en la obra de estos tres grandes juristas.

Para Duguit el Estado y la autoridad inherente no pueden encontrar legitimación en mecanismos de representación, que no son más que una ficción jurídica. En su opinión, sólo están justificados en la medida que desarrollan los fines que le son propios: los servicios públicos. Entendiendo como tales

> toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante.[244]

De este modo, Duguit concibe al servicio público como una institución de Derecho objetivo, lo que permite averiguar, partiendo del examen de la realidad social, cual es el ámbito propio de la acción administrativa.

Su principal discípulo, Jèze, considera igualmente que el –Derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos–, por lo que el servicio público constituye –la piedra angular del Derecho administrativo–. Para él, existe éste cuando los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de servicio público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.

Nuestro autor, sin embargo, se separa notablemente de la obra del otro gran valedor de la Escuela de Burdeos, en cuanto considera que, para saber cuando existe servicio público, hay que averiguar cual es la voluntad de los gobernantes, pues la sujeción de una actividad a un régimen de servicio publico es una decisión política y no jurídica.[245]

---

244 La obra de L. Duguit, muy compacta, es difícilmente comprensible de forma parcial. Por ello, para su correcto conocimiento se recomienda la lectura completa de su obra más importante. Duguit, León, Traité de Droit Constitutionnel, 3a. ed., 1927. Más breve y traducida al español, y también muy representativa de sus opiniones, Duguit, León, Las transformaciones del Derecho Público y Privado, trad. de A. G. Posada y de Ramón Jaén y C. G. Posada. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1975.

245 Las tesis de G. Jèze sobre el servicio público se pueden consultar en Jèze, Principios Generales del Derecho Administrativo, trad. de J. N. San Millán Almagro a la 3a. ed. francesa de 1930, Buenos aires, Depalma, 1949.

Más controvertida, la obra de Hauriou, el gran oponente de la Escuela de Burdeos, aunque en último término no tan lejano de ella como pueda parecer a primera vista, resalta la importancia junto a la idea de servicio público del concepto de poder público. Para él, la Escuela de Burdeos ha querido reducir todo a los fines (servicio público), olvidándose de la idea central de poder público, que late en último término detrás de la propia idea de servicio público. Desde su concepción, el elemento central que caracteriza lo administrativo son los medios empleados (poder público), correspondiendo a los fines (servicio público) un papel más secundario, aunque importante, pues es –la idea de servicio la que entraña la autolimitación objetiva del poder público–.[246]

Como se puede ver, en estos tres autores, insertos, con mayores o menores diferencias, en una misma línea intelectual, se plantean los fundamentos de las tres posibles vías que puede seguir una tesis funcional. Duguit sigue una concepción que atiende exclusivamente a los fines (servicio público), Hauriou atiende a los medios (poder público) y Jèze a la voluntad del titular del poder político.

De estas tres tendencias, las tesis finalistas han sido con carácter general rechazadas, pues es evidente que no se puede saber, como pretendía Duguit, que fines debe cumplir en cada momento la Administración, pues para ello hay que realizar un juicio de valor político, en definitiva, hay que tomar una decisión, ya que en el ámbito de las ciencias sociales, entre las que se encuentra el Derecho, no rige el principio de causalidad, y toda decisión comporta un margen de artificialidad, de discrecionalidad política o ideológica, en definitiva.

Más fortuna han tenido las tesis que atienden a los medios, pues la identificación del ámbito de lo administrativo desde la idea de poder público se ha mantenido en todo momento.

Así, por citar sólo algunos ejemplos, representativos de distintas etapas históricas, cabe nombrar a García Oviedo y Martínez Useros, que consideran que la función administrativa –implica la inmediata y virtual realización de fines de interés general–. A lo que añaden que el Derecho administrativo es –un derecho de prerrogativa caracterizado por un conjunto de normas e instituciones que fijan la posición preeminente del Estado frente a los particulares, expresión definitiva del interés público frente al interés particular–.

> Una cosa es que la Administración utilice para sus servicios normas de derecho privado, y aun que en su vida interna viva una vida estrictamente común, y otra muy distinta que estas normas pertenezcan al derecho administrativo. El derecho administrativo es un derecho público y derecho público quiere decir que regula relaciones entre soberano y súbdito, en que los sujetos de la relación

246 Véase las distintas ediciones de Précis de Droit administratif et de Droit public general. Hay traducida al español una excelente recopilación de sus textos más importantes. Hauriou, M., Obra Escogida, trad. por J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado, Madrid, IEA, 1976.

> ocupan planos distintos, en que el Estado, poseído de un derecho de supremacía, ordena y sanciona, coarta la libertad, restringe el derecho de propiedad para la satisfacción de fines administrativos.[247]

También Martín Mateo, que considera que

> la pauta que nos dará la solución para averiguar si un determinado órgano, una determinada persona, es titular de funciones públicas, si pertenece, en suma, a la Administración, es comprobar si puede utilizar las prerrogativas que el Derecho administrativo le concede y si está sometido a sus mandatos; por lo tanto, la idea del Derecho administrativo precede a la Administración, y no a la inversa.[248]

Más recientemente Souvirón Morenilla, que entiende que el criterio que define el Derecho administrativo es el de poder público. A lo que añade que, aunque es incuestionable que la Administración sujeto es el referente básico del Derecho administrativo, esa referencia tiene su origen en el ejercicio por ese sujeto de poder público. Lo que hace que ese criterio subjetivo se vuelva contingente. Pues lo decisivo va a ser el ejercicio de poder público, bien se lleve a cabo dentro de la Administración sujeto o fuera de ella.[249]

En contra de este tipo de teorías, se ha esgrimido que no toda la actividad de la Administración está sujeta a un régimen privilegiado, pues en ocasiones renuncia a utilizar éste para realizar su acción.[250] Particularmente se destaca el supuesto de la actividad de fomento, que se realiza sin el menor indicio de poder.[251]

---

247 García Oviedo, C., y Martínez Useros, E., Derecho administrativo, 6a. ed., 1957, pp. 49-53.

248 Martín Mateo, R., Manual de Derecho Administrativo, 13ª edición, Madrid, Trivium, 1990, p. 75.

249 Souviron Morenilla, J. M., –Sobre la administración pública y el derecho administrativo: en torno a la sustantividad del derecho administrativo y su vis expansiva–, en F. Sosa W agner (coord.), Libro Homenaje al Profesor D. Ramón Martín Mateo, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2000, pp. 138-150.

250 Señala Parejo Alfonso que la teoría del poder público no –ha resistido su confrontación con la realidad y su rápida evolución. Pronto se pone de manifiesto, en efecto, que la Administración puede actuar como tal despojándose de sus privilegios y, además, que el ensanchamiento y progresiva complejidad e inserción en la malla social de su actividad le motivan para la búsqueda de nuevas alternativas, al rígido esquema de comportamiento del régimen administrativo; alternativas que se han concretado en el frondoso mundo de la actividad convenida o concertada–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 104.

251 En tal sentido E. García De Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, que señalan que –todo un gran sector de la actividad administrativa, la llamada actividad de fomento –que, junto con la de policía y la de servicio público, forma el tríptico clásico de las formas de acción de la Administración-, se

Otro argumento que se aduce frente a estas teorías es que se aplica, en ocasiones, el Derecho administrativo a la actividad de la Administración sujeta a Derecho privado, lo que parece indicar que lo decisivo es la naturaleza del sujeto y no la actividad que objetivamente desarrolla.[252]

También han tenido una gran capacidad de pervivencia las tesis que atienden a la configuración que en cada momento realice el titular del poder político (tesis jurídico-formales). En último término, para estas teorías, será el ordenamiento jurídico el que determine que es lo que queda comprendido dentro de lo administrativo y lo que no, con la caracterización concreta que de a cada actividad.

Dentro de las tesis jurídico-formales se puede situar la defendida por Boquera Oliver,[253] que considera que el ámbito de la Administración pública está

---

realiza sin que, al menos formalmente, aparezca el menor indicio de poder. La Administración no coacciona en este caso, no obliga, no constriñe a los particulares a adoptar una determinada conducta. Se limita a estimularlos en una cierta dirección, ofreciéndoles incentivos y ventajas (fiscales, financieras, crediticias, etc.), que son libres de aceptar o no. Toda la "filosofía" de la planificación indicativa responde a este esquema. La Administración no trata de imponerse, sino de persuadir, de llegar a un concierto con los particulares–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 47. La misma opinión ha manifestado Soriano García, Op. Cit., nota 100, p. 179.

252 En defensa contra este argumento señala Souviron Morenilla que –siendo la Administración sujeto y el resto de los entes administrativos poder público sustantivado (organificado, subjetivado, personificado), es precisamente este dato el que, subyaciendo a la esencia de tales entes (al menos en la decisión que los crea) y reflejándose por ello en el plano organizativo y ad intra, exige que en este plano deban regirse en todo caso por el Derecho Administrativo, el cual, que consagra para la Administración pública privilegios pero también vinculaciones, extiende éstas con carácter absoluto al plano interno de la Administración –siempre poder público y por ende potestad virtual -, vinculándola radicalmente a la ley, incluso en los casos que no existe sino una mera marca de origen en cuanto al carácter administrativo de la organización de que se trate–. Souviron Morenilla, José María, Op. Cit., nota 126, pp. 146-147.

253 En contra de esta calificación Parejo Alfonso, que señala respecto a las tesis de este autor que, por –más que afirme que su concepción del Derecho Administrativo es estrictamente jurídico- formal, lo cierto es que es una resultante de mayor número de criterios y, concretamente, de los siguientes: la noción de los "fines públicos", es decir, de las necesidades colectivas o intereses generales (criterio teleológico), el concepto de poder público o poder de "creación unilateral e imposición de obligaciones y derechos" (el viejo criterio de la forma de la actuación administrativa) y la distinción de gradaciones en dicho poder y, correlativamente, de titularidades de los mismos (que, al final, no es otra cosa que la utilización del criterio orgánico e, incluso, del subjetivo). Con lo cual, el objeto del Derecho Administrativo se acota por relación al poder administrativo ejercido por las organizaciones titulares

integrado por aquellos sujetos a los que el ordenamiento jurídico atribuye poder administrativo; entendiendo como tal la –facultad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya validez y eficacia descansa en la presunción iuris tantum de que son conformes con el Ordenamiento jurídico–.[254]

También defiende una tesis de este tipo Martínez López-Muñiz. Para este autor la Administración pública es –un Centro de actividades institucionalizado como Poder público, personificado o integrado con autonomía en una persona jurídico pública, subordinado a la Ley y de suyo sin potestad legislativa, sujeto a dirección política, sometido a control judicial y sin potestad jurisdiccional propiamente dicha–.

De tal modo que, para que exista Administración pública

> lo determinante, lo decisivo, sea, no la naturaleza material o teleológica de las funciones o actividades a desarrollar (...) sino cabalmente la adscripción de esas funciones a uno o varios Poderes públicos diferenciados dentro de una organización policéntrica del Poder público. Mientras eso no ocurre no surge la Administración pública. Aunque claro es que eso ocurre porque, llegado su momento, la razón descubre en la naturaleza material de ciertas funciones unas propiedades tales que aconsejan o reclaman su atribución a órganos o Poderes distintos de los encargados de otras funciones diferentes
>
> (...). Es decir, la realidad material de las funciones constituye el fundamento de una forma de organizar el Poder público que da lugar a la emergencia de la Administración contemporánea. Pero lo que constituye primaria y directamente a ésta es precisamente su organización como Poder público diferenciado: ahí está, en lo subjetivo institucional, su constitutivo esencial genérico o básico–.[255]

5. Tesis orgánicas o subjetivas

El reiterado fracaso de las tesis funcionales conduce a la búsqueda de un concepto subjetivo de Administración pública.[256] Si bien tampoco estas teorías han dejado de ser cuestionadas.[257]

---

del mismo con vistas a la satisfacción de los fines públicos–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 134.

254 Boquera Oliver, Derecho administrativo, pp. 77-91.

255 Martínez López-Muñiz, Op. Cit., nota 88, pp. 83-85. De acuerdo con esta posición. Laguna de Paz, Op. Cit., nota 119, pp. 211-212.

256 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 93, p. 526.

257 Así, M. P. Chiti considera que –actualmente se trata de superar el carácter netamente ideológico de buena parte de la doctrina clásica de la Administración Pública, en particular su posición característica en el contexto de la división de poderes del Estado, por una más amplia aproximación capaz de recoger la variedad de funciones adscritas a la noción objetiva de Administración y a la multiplicidad de organismos administrativos o que realizan funciones administrativas. Tal como se ha dicho, el fenómeno administrativo se ha vuelto independiente del Estado y, más en general, está en crisis la

Se puede distinguir en realidad dos tipos de tesis subjetivas: las orgánicas y las personalistas o subjetivistas.[258]

Partidario de una tesis orgánica es Garrido Falla, que parte de la consideración de que al Poder ejecutivo le corresponde el ejercicio de una actividad residual: la que queda de la exclusión de la actividad judicial y legislativa. Ahora bien, esa actividad residual no tiene una naturaleza homogénea, sino que comprende actuaciones que tienen un marcado carácter legislativo o judicial. Ante esta divergencia ontológica sólo cabe definir la Administración desde el sujeto que desarrolla dicha actividad, definiéndose así como un complejo orgánico que se integra en el Poder ejecutivo.[259]

Este tipo de tesis han sido criticadas por la mutabilidad de la organización administrativa.[260] Siendo precisamente la superación de este inconveniente, el factor más destacado por la doctrina para defender la utilización de tesis

necesaria referencia subjetiva de la Administración: ésta "se ha vuelto más importante y jurídicamente más relevante que aquella persona jurídica-pública detrás de la cual se quería ocultar–. Chiti, Mario, Derecho administrativo europeo, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 2002, p. 167. Ballbé afirma –la inadmisibilidad de reconducir el concepto del Derecho administrativo a la objetivamente varia actividad que desarrollan los entes y órganos que principalmente administran, que son los que, en la acepción vulgar, constituyen la Administración pública. Y no lo es, en primer lugar, porque un Derecho administrativo construido de tal modo no tiene un objeto homogéneo, ya que si bien orgánicamente la actividad considerada por la indicada rama jurídica proviene de un mismo sujeto, sin embargo se muestra varia su específica esencia; en segundo término, porque, de seguirse tal criterio, se da el supuesto, científicamente inadmisible, de que la materia integrante del contenido de una rama y de una ciencia del Derecho, en tanto al delimitarla no se atiende a razones ontológicas y permanentes, sino a otras contingentes y transitorias –la voluntad del legislador de atribuir una actividad a uno u otro órgano variaría continuamente. En verdad, tal modo de ser y de pensar el Derecho administrativo le niega científicamente toda justificación: construida sobre tales débiles bases no es factible ni hablar de la substantividad del Derecho administrativo–. Ballbé, Manuel, Op. Cit., nota 116, pp. 11-12.

258 Boquera, Oliver, Derecho administrativo, pp. 55-56. Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 93, p. 526.

259 Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., pp. 38-41.

260 Así, García De Enterría y Fernández Rodríguez: Que consideran, apoyándose en el carácter mudable de la estructura orgánica de la Administración, que la –Administración Pública no es (...) para el Derecho administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 28.

personalistas. En cuanto consideran que, de este modo, el concepto de Administración pública se construye sobre bases más estables.[261]

Merece la pena detenerse un poco más, dada su enorme difusión, en el análisis de la tesis estatutaria defendida por García de Enterría y Fernández Rodríguez, que es seguida por un sector importante de la doctrina.[262] Para dichos autores la Administración pública es para el Derecho administrativo una persona jurídica, único factor de la Administración que permanece invariable. En sus propias palabras, la –personificación de la Administración es (...) el dato primario y sine qua non del Derecho administrativo–.

De este modo, el ordenamiento jurídico no otorga personalidad jurídica al Estado en su conjunto, personificación que sólo se da en el Derecho internacional, sino que para el Derecho interno sólo se da la personalidad jurídica de uno de sus elementos: la Administración pública.

Esto implica que los diferentes poderes del Estado no pueden ser considerados como meros órganos de éste. Así, el legislador sería un órgano del pueblo, auténtico titular de la propiedad del poder, que ejerce a través de tres funciones (control del Gobierno, aprobación de las leyes, adopción de las decisiones políticas fundamentales). Mientras que el poder judicial sería un órgano del Derecho, vinculado a éste, sin insertarse jerárquicamente en organización alguna.[263]

Se pueden encontrar, sin embargo, en la doctrina, posturas contrarias a esta tesis.[264] Vamos a hacer un repaso de los principales argumentos teóricos que se han vertido contra la misma.

Así, ha señalado que esta tesis conduce a un concepto de soberanía parlamentaria frente a la soberanía popular, y que rompe la unidad del Derecho

---

261 Así, Villar Palasí y Villar Ezcurra, que consideran que –se sustituye el concepto de función, siempre cambiante, formal y heterogéneo en su contenido, por el de persona, mucho más estable, homogéneo y, desde luego, ajustado al Derecho positivo–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 28 y 30-31. También Muñoz Machado, que destaca como mayor ventaja de las tesis personalistas que constituyen un –factor de estabilización de la disciplina; así parece quedar superado el obstáculo que la movilidad de la materia administrativa suponía para intentar perfilar un modo de administrar–. Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 93, p. 526.

262 Así, se declara de acuerdo con dicha teoría en líneas generales Soriano García, Op. Cit., nota 100, p. 198. También parecen acoger ésta Tolivar Alas, Leopoldo, Derecho administrativo y Poder Judicial, Madrid, Tecnos, 1996, p. 16. Morell Ocaña, Luís, Curso de Derecho administrativo, Pamplona, Aranzadi, 1999, t. I, pp. 51-54.

263 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 27-32.

264 En contra de esta tesis, dando por buenas las críticas vertidas por otros autores, Lucas Verdu, Pablo, –El Derecho Constitucional como Derecho administrativo–, en Revista de Derecho Político 13, 1982, p. 39.

público, creando un Derecho administrativo desvinculado del Derecho Constitucional.[265]

También se ha argumentado que conduce a una concepción formal del Derecho administrativo, que descuida el análisis de la actividad administrativa, llevando, de esta forma, a una visión sesgada y parcial de nuestra disciplina.[266]

Hay quien ha objetado que convierte al Derecho administrativo en una normación estamental, análoga a la que tenían en la Edad Media algunas clases o grupos profesionales, mientras que las administraciones públicas no actúan como un grupo corporativo.[267]

---

265 Señala F. J. Jiménez De Cisneros Cid que –la posición del Parlamento es de absoluta desvinculación con los restantes órganos constitucionales al ser concebido como órgano del pueblo. De ahí que la Ley sea un producto soberano, incondicionado, y no una forma de expresión de uno de los órganos del Estado. En definitiva, esta conclusión podría potenciar un concepto de soberanía parlamentaria frente a la soberanía popular–. A lo que añade que el –carácter estatutario implicaría la imposibilidad de aplicar un Derecho común a esas personas singulares, en cuanto que vendría excepcionado por la especificidad de los sujetos a quienes se dirige. Si a esto añadimos la falta de integración de la Administración y de los restantes órganos y poderes en el Estado, en cuanto que éste es un compositum organicum, de "naturaleza mística", es claro que el concepto de Administración y de Derecho administrativo se ha sustantivado y separado artificialmente de las bases constitucionales que dan origen y fundamento a la existencia de la Administración Pública, con el consiguiente efecto de romper la unidad del Derecho público y de crear un Derecho administrativo desvinculado del Derecho Constitucional–. Jiménez De Cisneros Cid, Francisco Javier, Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico, Madrid, Madrid, 1987, p. 51.

266 En tal sentido S. Muñoz Machado, que considera que la –utilización de la noción de personalidad de la Administración como criterio definitorio del Derecho Administrativo, sitúa la concepción de esta ciencia en una posición estrictamente formal. Quiérese decir que desde esta perspectiva de análisis la sistematización subsiguiente del Derecho Administrativo consiste, casi exclusivamente, en definir los procedimientos y formas que utiliza la Administración para decidir, quedando casi totalmente marginada, la explicación del contenido de la acción administrativa. Lo cual conduce a una visión parcial y sesgada de la disciplina. Para el Derecho Administrativo es capital, desde luego, el estudio de las técnicas de que se vale la Administración para actuar y las garantías de que pueden valerse los particulares para frenar sus decisiones irregulares. Pero tan importante como esto es saber y analizar el contenido de la acción de la Administración, los sectores que comprende, y los fundamentos en que se basa, porque de ello depende tanto el grado de limitación de los derechos como la procura del bienestar de los ciudadanos–. Muñoz Machado, Santiago, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Madrid, Civitas, 2004, t. I, p. 58.

267 Giannini, M. S., Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo, trad. por M. Baena de Alcazar y J. M. García Madaria, Madrid, INAP, 1980,

Se ha argumentado, igualmente, en su contra, la existencia de una actividad materialmente administrativa desarrollada por órganos del Estado que no forman parte de la Administración pública, y que como tal se rige por el Derecho administrativo y se sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, cabe pensar en la actividad materialmente administrativa de los tribunales y órganos de autogobierno del poder judicial, de las Cámaras, de la Corona, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y de la Administración electoral.[268]

Un poco diferente, aunque en la misma línea, es el supuesto del Gobierno, que está sometido al Derecho administrativo, sin formar, en sentido estricto, parte de la Administración sujeto, lo que permite también pensar en que desarrolla actividad administrativa en sentido objetivo.[269]

6. Tesis mixtas

De todo lo dicho, algunos autores infieren que no es posible buscar un factor que permita aislar la noción de Administración pública o administración pública, por lo que se debe negar la existencia de un criterio único que permita llegar a esta definición.[270] Si bien hay quien manifiesta opinión contraria, defendiendo que esa dificultad de definición no proviene de la imposibilidad de reducir la Administración a un criterio único, sino que el problema es mante-

p. 51. En contra de esta crítica se ha manifestado Parejo Alfonso, que ha dicho respecto a la misma que su –falta de fundamento resulta de su propio contenido, toda vez que éste evidencia la no captación del sentido y alcance de la tesis estatutaria, la cual en modo alguno pretende resucitar el viejo orden estamental o gremial–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 147.

268 Jiménez de Cisneros Cid, Op. Cit., nota 142, p. 51; Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, p. 59. En tal sentido, González Navarro considera que la existencia de esta actividad materialmente administrativa en estos órganos que no son Administración pública es –la manifestación inevitable de una muerte anunciada: la de la teoría subjetiva–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 94, pp. 137-138.

269 Souviron Morenilla, José María, Op. Cit., nota 126, p. 128.

270 Brewer-Carías, Allan Randolph., –La interaplicación del Derecho público y el Derecho privado a la administración y el proceso de huída y recuperación del Derecho administrativo–, en II Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Caracas, Funeda, 1996, p. 42. En la misma línea Rodríguez-Arana, que señala que hoy –me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho público que transciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho Administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático–. Rodríguez Arana-Muñoz, Jaime, Op. Cit., nota 63, p. 89.

nerlo invariable en el tiempo, pues la Administración, desde su estrecha vinculación a la realidad, está inmersa en un proceso de mutabilidad constante.[271]

En cualquier caso, una parte de la doctrina considera que esta dificultad es consecuencia lógica de la existencia en la Administración de una doble realidad, orgánica y material, que no pueden integrarse la una en la otra, ya que su ámbito no coincide,[272] en cuanto que: a) hay una parte de la actividad de las Administraciones públicas que no es actividad administrativa en sentido funcional: b) hay una parte de actividad administrativa que no desarrollan las Administraciones públicas; c) la actividad de las Administraciones públicas a veces no se rige por el Derecho administrativo, en ocasiones, incluso cuando desarrolla actividad administrativa.[273]

Por ello consideran necesario acudir a tesis mixtas, esto es, tesis que combinen elementos objetivos y subjetivos para definir el ámbito de lo administrativo.

En tal sentido se ha pronunciado Alessi, que

> considera que el concepto de Administración pública que recoge nuestro Derecho positivo (se refiere lógicamente al Derecho italiano) es el que resulta de atemperar la noción objetiva con la subjetiva, es decir, para nuestro Derecho positivo, administración en sentido objetivo es el desarrollo de la función administrativa por parte de las autoridades pertenecientes al orden administrativo, mientras que Administración pública en sentido subjetivo es el conjunto de autoridades pertenecientes al orden administrativo en cuanto desarrollan una función materialmente administrativa.[274]

En España se ha pronunciado en esta línea Gallego Anabitarte, que considera que el de Administración pública es a la vez un concepto orgánico y funcional.[275]

También Sánchez Goyanes, que entiende que el Derecho administrativo es el –conjunto de normas que regulan la actividad de la Administración Pública entendida ésta tanto en sentido funcional u objetivo, cuando en otro orgánico o subjetivo–. –Ello significa que allí donde hay una actividad que sea administrativa, de gestión de asuntos públicos, implicando una relación con los administrados, hay también Administración en sentido funcional y por tanto es aplicable el Derecho administrativo–.

---

271 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 93, pp. 520-521.

272 De Laubadère, et. al., Op. Cit., nota 61, p. 19-20; García Trevijano, Tratado de Derecho Administrativo I, Madrid, Tecnos, 1964, p. 55.

273 Ibídem, pp. 19-20. 274 Alessi, R., Instituciones de Derecho Administrativo I, trad. B. Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, p. 12.

274 Alessi, R., Instituciones de Derecho Administrativo I, trad. B. Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, p. 12.

275 Gallego Anabitarte, Alfredo, Constitución y personalidad jurídica del Estado, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 66-67 y 71.

Por lo que concluye afirmando que el –Derecho Administrativo debe aplicarse cuando estamos en presencia de una determinada actividad que, desde el punto de vista material o funcional, sea administrativa, no importando a estos efectos que esa actividad sea llevada a cabo por la Administración entendida como aparato u órgano estatal indirecto–.[276]

En Latinoamérica ha seguido esta orientación Brewer-Carías, que considera que

> el derecho administrativo es aquella rama de derecho que regula a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado, y que norma, también, las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de alguna actividad administrativa.[277]

Más recientemente Delgadillo, que ha señalado que:

> si consideramos que el Derecho Administrativo, como disciplina científica, es una rama de la ciencia del Derecho, encontraremos que su objeto de estudio es el aspecto jurídico de la Administración Pública. Hasta aquí tenemos que el Derecho Administrativo es una rama de la ciencia del Derecho que estudia los principios y normas relativos a la Administración Pública, pero como hemos visto, ésta tiene un aspecto subjetivo u orgánico, y otro objetivo o de manifestación, por lo que estaremos ante la Administración Pública órgano y la Administración pública función–. De lo que deduce –la necesidad de definir el Derecho Administrativo con base en la consideración de los aspectos objetivos y subjetivo de la Administración Pública, ya que si sólo se utilizara uno de ellos, nuestra concepción, además de parcial, sería errónea.

Desde estos presupuestos define al Derecho administrativo como –la rama de la ciencia del Derecho que estudia los principios y las normas que regulan la organización y la actividad de la Administración Pública, los medios para realizarla y las relaciones que genera–.[278]

7. Autonomía del Derecho administrativo

La autonomía del Derecho administrativo aparecía ya consagrada en el celebre Arrêt Blanco,[279] que señalaba que –las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de

276 Sánchez Goyanes, Enrique, –La Administración Pública y el Derecho Administrativo–, en Sánchez Goyanes, Enrique (coord.), Manual de Derecho Administrativo I, Colex, Madrid, 1997, pp. 21-27.

277 Brewer Carías, A., –Prólogo– al libro de Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110.

278 Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, pp. 56-57.

279 Arrêt del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, Blanco.

las personas que emplea en el servicio público no puede estar regulado por los principios establecidos en el código civil para las relaciones de particular a particular–.[280] Con ello, como señala Vedel, –la decisión enunciaba un criterio de competencia, el servicio público, y afirmaba al mismo tiempo la autonomía del juez administrativo y del Derecho administrativo respecto al Derecho privado–.[281]

Sobre esta base, la Escuela del servicio público construirá una concepción del Derecho administrativo, entendida como una rama autónoma, basada en la equivalencia entre servicio público, régimen de Derecho administrativo y gestión por un sujeto público. El paso del tiempo, sin embargo, desmentirá la certeza de esta construcción, con el recurso creciente de la Administración pública al Derecho común y a las formas de personificación privadas.[282]

Resultando hoy evidente que la Administración no puede reducirse al Derecho Administrativo,[283] de lo que surge la necesidad de distinguir entre el Derecho de la administración y el Derecho administrativo. El primero tiene un carácter mixto, en cuanto comprende todas las normas que rigen la Administración pública, con independencia que sean normas de Derecho común o de Derecho especial. Mientras que el segundo comprende únicamente aquellas normas específicamente diseñadas para regir la actividad administrativa, y regula, por tanto, únicamente aquellas actuaciones que son propias de la Administración en sentido estricto.[284]

O lo que es lo mismo, entre un concepto amplio de Derecho Administrativo, que integraría a la totalidad de las normas que rigen la Administración y su actividad, sean de Derecho público o no; y un concepto estricto, que compren-

280 La traducción está tomada de Villar Ezcurra, José Luís, Servicio público y técnicas de conexión, Madrid, CEC, 1980, p. 66.

281 Vedel, Georges, Op. Cit., nota 100, p. 66.

282 Chenot, B., –La notión de service public dans la jurisprudence économique de Conseil d'État–, en Etudes et Documents 1950, pp. 78-81.

283 Como señala A. Serra Rojas, en –ninguna forma puede confundirse a la administración con el derecho administrativo, aunque mantienen estrechas relaciones. El campo de la administración es más extenso y muchos de sus problemas no son problemas jurídicos. Este tema se ha discutido insitiéndose en que no todo lo que hace la administración pública se canaliza en el derecho administrativo–. Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, México, Porrúa, S. A., 1988. p.86.

284 Chapus, Op. Cit., nota 59, p. 1. D E Laubadère, et. al., Op. Cit., nota 61, pp., 22-23. En esta misma línea, parece situarse en España E. Malaret I García, que considera que –el Derecho de la Administración es un derecho mixto, formado en parte por reglas del Derecho público y por reglas del Derecho privado–. –El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales–. Malaret I García, Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública, Marcial Pons, 1999. Pág. 14.

dería tan sólo a las normas de Derecho público que rigen la Administración y la actividad administrativa.[285]

Este factor ha sido tomado por algunos autores como Eisenmann como argumento para negar la autonomía del Derecho administrativo.[286] Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que no impide que podamos seguir hablando del Derecho administrativo como un Derecho autónomo. Afirmación que se apoya en la consideración de que éste es Derecho común de un ámbito jurídico autónomo, en cuanto integra las lagunas que puedan aparecer en dicho ámbito e interpreta sus normas con arreglo a unos principios propios.[287]

II. La noción de administración pública en el derecho nicaragüense

1. Concepto de Administración pública en Nicaragua

Llegado el momento de definir la Administración pública, debe partirse ante todo de la insuficiencia de las diversas perspectivas adoptadas, que quedo más que probada en el anterior tema, así como del carácter estrictamente relativo de toda definición del Derecho administrativo.

Se puede dar por buena una aproximación general que marca, por así decirlo unos límites genéricos de la disciplina, que no puede ser otra que la que fija la persecución de los intereses públicos (Meilan Gil).[288]

285 En tal sentido Acosta Romero, que distingue entre un concepto amplio de Derecho Administrativo, como –el conjunto de normas de derecho que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado, que se identifica con la administración pública o Poder Ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con otros particulares–; y una definición estricta, como –conjunto de normas de Derecho Público que regula el Poder Ejecutivo, administración pública y su actividad. Creemos que este concepto deviene un tanto formal y no abarcaría todas las relaciones que pueda tener la administración pública–. Acosta Romero, Miguel Ángel, Op. Cit., nota 76, p. 10.

286 Eisenmann, Ch., Cours de Droit Administratif, Paris, LGDJ, 1982, t. I, pp. 137-152.

287 Alessi, Op. Cit., nota 151, pp. 14-15. Clavero Arévalo, Op. Cit., nota 115, pp. 544-568. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 41-42. Soriano García, Op. Cit., nota 100, pp. 202-203.

288 Señala Meilan Gil que –se trata de poner el acento primariamente en los intereses colectivos y secundariamente en la Administración personificada. Aquéllos justifican la existencia de ésta y su actividad–. En base a ello defiende que el –Derecho administrativo es el Derecho común relativo a la regulación y gestión subordinada de intereses colectivos–. Meilan Gil, Op. Cit., nota 62, pp. 83-85.

A partir de aquí, la solución concreta que se adopte en cada ordenamiento jurídico concreto es una solución casual, fruto de la confluencia de diversos criterios que cada sistema jurídico mezcla de forma más o menos irrazonable. Así, en ocasiones se utilizara un criterio subjetivo, en otras de tipo objetivo y en otras simplemente se vendrá a sentar el carácter administrativo por la simple voluntad expresa del ordenamiento jurídico. La solución no pasa pues por la adopción de uno u otro criterio, sino por el análisis de la regulación que el ordenamiento jurídico administrativo nos ofrece al respecto.

A pesar de las carencias normativas, ya reseñadas, que presenta el ordenamiento jurídico nicaragüense, lo cierto es que en el concreto aspecto que nos ocupa, la definición de la Administración pública, contamos con una ventaja que raramente se da en otros ordenamientos jurídicos: la existencia de una definición expresa de tal concepto en el Derecho positivo.

Efectivamente, dentro de las –Definiciones Básicas– que recoge el art. 2 LJ289,289 contiene una larga definición de Administración Pública en su apartado segundo, según la cual, Administración Pública es la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas. También incluye la actividad de los poderes legislativo, judicial y electoral en cuanto realizaren funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial.

No hace falta realizar un examen muy profundo para darse cuenta de que esta definición asume primariamente un carácter objetivo, en cuanto el elemento central sobre el que gira es la realización de actividad materialmente administrativa.

El primer indicio que se puede aportar para sustentar dicha afirmación es que no se define como Administración Pública o como Administraciones Públicas al Estado o a las entidades a través de las que éste opera, sino a la actividad que éstos desarrollan. Literalmente dice la LJ es –la que ejerce–, esto es, la acción que desarrollan esos entes y no ellos mismos.

El segundo argumento que prueba nuestra tesis es que la enumeración de entidades que contiene este artículo culmina con una cláusula general de cierre, que incluye dentro del ámbito de lo administrativo todas aquellas actividades que están llamadas a regirse por el ordenamiento jurídico administrati-

289 Ley nº 350 de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo (tomada de La Gaceta nº 140-141 del 25 y 26 de julio de 2000) (en adelante LJ).

vo, con total independencia del sujeto que las desarrolle. La dicción de la LJ al respecto es de extrema claridad, pues declara expresamente incluidas dentro de los sujetos que desarrollan la Administración Pública –todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas–.

La conclusión irrefutable a la que conduce lo anterior es que es Administración Pública toda actividad regida por el ordenamiento jurídico administrativo o en la que se ejerzan potestades administrativas, con total independencia del sujeto que la desarrolle.

Por si quedará alguna duda, la propia LJ nos aclara que esta interpretación es correcta, al comprender de forma expresa los dos supuestos más relevantes en los que, con carácter general, se plantean dudas al respecto. Ya se vio que las teorías subjetivas encuentran problemas por el hecho de que hay dos tipos de sujetos que, sin ser Administración Pública en sentido subjetivo, realizan actividades objetivamente administrativas: algunos órganos públicos que no forman parte de la Administración, sino que se integran en otros poderes del Estado, por un lado; por otro, algunos sujetos privados que en ocasiones se les encomienda el ejercicio de potestades administrativas.[290]

El primer supuesto, aparece expresamente resuelto en el Derecho de Nicaragua, en cuanto el art. 2. 2 LJ, antes citado, incluye dentro de la Administración Pública –la actividad de los poderes legislativo, judicial y electoral en cuanto realizaren funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial–.

El segundo supuesto, encuentra también respuesta en la LJ, aunque de forma menos clara y directa, pero igualmente tajante. Pues recoge expresamente el carácter administrativo del caso más típico, el de los concesionarios de servicio público. Como es sabido, éstos son empresarios que, pese a su naturaleza privada, en ocasiones reciben el encargo de ejercitar potestades administrativas.

La LJ aclara el carácter administrativo de la actividad que los citados concesionarios desarrollen en ejercicio de potestades administrativas, al extender a ellos el alcance de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, estableciendo en su art. 15 que la –Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo también conocerá los aspectos siguientes–: (...) 4.

Los reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la Administración concedente, relativos a la fiscalización y control de actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en

290 Mateo, R., –La sustantividad del Derecho administrativo–, en Revista de Administración Pública, número 53, 1967, Págs. 40-42.

contra de actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas.

Dicha solución deja bajo el conocimiento de los tribunales administrativos tanto los actos que dicte la Administración concedente al controlar y fiscalizar los actos del concesionario, como los que dicte el propio concesionario, siempre, en ambos casos, que se trate de actividades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas.

La doctrina no ha dado una calificación unánime a dicho supuesto. Para algunos se produce una delegación por parte de los poderes públicos de funciones públicas a favor de sujetos privados. De tal forma que estos particulares no realizan potestades administrativas de las que sean titulares originarios, sino que simplemente actúan éstas como delegados de la Administración concedente. Se dice, por ello, que son vicarios de la Administración.[291] Para otros, sin embargo, no es necesario acudir a dicha solución, pues constituye una mera aceptación por parte del ordenamiento jurídico administrativo de una parte de otro ordenamiento.[292]

---

291 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que se trata de simples supuestos de delegación. –El delegado (que puede ser otra Administración pública o, incluso, un simple sujeto privado) actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia Administración pública delegante. Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traben entre los particulares y el delegado serán, también, administrativas, aunque este último sea formalmente un sujeto privado–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp.41-42.

292 Señala Meilan Gil que la –existencia de intereses colectivos gestionados por entes que no forman parte del complejo orgánico que constituye la Administración puede explicarse sin un previo traspaso de funciones. Por el contrario, podría afirmarse que una buena parte del contenido del Derecho administrativo moderno se ha formado a través de un procedimiento de asunción de actividades tradicionalmente llevadas a cabo por instituciones sociales (beneficencia, sanidad, enseñanza) o por imposición, más o menos voluntariamente aceptada de ordenamientos foráneos (internacional y canónico).

La comprobación de estas realidades descubre el fenómeno que podría denominarse de secancia y tangencia de los distintos ordenamientos con el administrativo.

Ambos fenómenos suponen la aceptación de una parte de un ordenamiento foráneo, pero mientras en el último la aceptación no implica más que la validez interna del ordenamiento extraño, en el primero lleva consigo la posibilidad de adentrarse en el otro ordenamiento para comprobar la corrección de lo aceptado.

En uno y otro caso se requiere una actividad de aceptación o de homologación por parte de la Administración pública; pero esa actividad viene determinada por la naturaleza de intereses colectivos que se trata de asegurar. En ese sentido podría afirmarse que los intereses colectivos son originariamente determinantes del ámbito del Derecho administrativo, a la Administración pública, como complejo orgánico, puede corresponder al monopolio de la

Pese a que se haga referencia tan sólo a un supuesto concreto de este fenómeno, el de los concesionarios de servicios públicos, esa solución se debe considerar extensible a todos los vicarios de la Administración, sean o no concesionarios de servicios públicos.[293] De tal forma que la solución consagrada por el art. 15. 4 LJ para los concesionarios de servicios públicos, es extensible a todos los supuestos en que sujetos privados ejerciten funciones administrativas por delegación de la Administración.

Ambas estipulaciones, la que declara administrativas las actividades materialmente administrativas de otros Poderes del Estado, y la que hace lo propio con las actividades de los concesionarios que impliquen ejercicio de potestades administrativas, deben considerarse, en nuestra opinión, meras aclaraciones de la regla general que establece el art. 2. 2 LJ, dirigidas a despejar dudas en estos dos supuestos específicos, especialmente relevantes.

Este último dato es importante, pues supone que cualesquiera otro supuesto sustancialmente análogo a los anteriores, pero distinto de éstos, esto es, cualquier caso en que un sujeto que no sea Administración pública en sentido subjetivo, realice actividad que de acuerdo con sus normas reguladoras se rija por el Derecho administrativo o que ejerza potestades administrativas, será reputado como un supuesto de administración pública y, en consecuencia, se le aplicará el Derecho Administrativo y quedará bajo el control de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Sin necesidad, obviamente, de que un precepto del Derecho positivo lo establezca así expresamente, pues la cláusula general del art. 2. 2 LJ debe ser suficiente al respecto.

Hasta ahora hemos visto que en el ordenamiento jurídico nicaragüense se utiliza, primariamente, un criterio objetivo para fijar el ámbito de lo administrativo. Ahora bien, la pregunta es, entonces, que criterio objetivo se sigue.

Ya vimos en su momento que las concepciones objetivas pueden ser de tres tipos: pueden atender a la finalidad del acto, a la naturaleza del mismo, o a las consecuencias jurídicas a las que sujeta el ordenamiento jurídico ese acto.

En nuestra opinión, el modelo nicaragüense no responde estrictamente a ninguno de esos tres tipos, sino que asume un cierto carácter mixto en este sentido, pues se sirve conjuntamente de dos de estos criterios, atendiendo, por un lado, a la naturaleza del acto y, por otro, a los efectos y consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuye al mismo (criterio jurídico-formal).

Si volvemos a la definición de Administración Pública contenida en la LJ, veremos que lo que define lo administrativo es previamente un criterio jurídico- formal, pues atiende a lo que establezca el ordenamiento jurídico al

responsabilidad, no el de la gestión de los intereses colectivos–. Meilan Gil, Op. Cit., nota 62, p. 260.

293 Ayala Muñoz, J. M., et. al., Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, Tecnos, 1999, p. 81.

respecto. Así se puede inferir de la dicción literal del art. 2. 2 LJ, que declara Administración Pública la actividad realizada por cualquier institución –que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo–.

Ahora bien, a este criterio jurídico-formal el art. 2. 2 LJ le añade un elemento corrector, pues declara que serán, –en todo caso–, Administración Pública las actividades realizadas por cualesquiera instituciones –cuando ejercieren potestades administrativas–. Se introduce, con ello, un criterio que atiende a la naturaleza de la actividad.

No parece que existan muchas dudas acerca del carácter preeminente de este último criterio respecto al jurídico-formal. Pues en este aspecto la redacción del art. 2. 2 LJ es muy clara, al decir que se considerara Administración Pública la actividad en la que se ejerciten potestades administrativas –en todo caso–. De aquí se deduce, sin mayores problemas, que independientemente de lo que establezca el ordenamiento jurídico, si se ejercitan potestades administrativas se reputará actividad administrativa, y se someterá, en consecuencia, al Derecho Administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta aparente simplicidad se da, sin embargo, exclusivamente desde una perspectiva teórica, pues en la práctica la cuestión, creemos, será bastante más complicada, pues no nos parece fácil identificar el ámbito de lo administrativo con arreglo a los criterios enunciados.

El criterio jurídico-formal parece a primera vista de una simplicidad extrema: se atenderá a lo que establezca el ordenamiento jurídico. El problema está en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico no establezca nada al respecto. En dicho caso, se podrá tan sólo indagar si se ejercitan o no potestades administrativas. Pero esto deja aún un amplio margen de imprecisión, pues en todo lo que no constituyan ejercicio de este tipo de potestades, que es un terreno muy amplio, contamos con la única guía de lo que establezca el ordenamiento jurídico.

A ello se añade un elemento que aporta aún una mayor gravedad. Como en otras partes de esta obra se razona, uno de los mayores problemas con los que se enfrenta el Derecho administrativo actual es el de la huída del Derecho. Es sabido que con dicho término se designa al proceso, que ha alcanzado en el momento actual índices y proporciones realmente alarmantes, de escapar de la aplicación del régimen administrativo, mediante la sujeción de la actividad de la Administración al ordenamiento jurídico privado, o incluso dotando a los entes que la desarrollan de una forma de personificación jurídico privada.

Con ello, en principio, se trata de buscar una mayor flexibilidad que teóricamente el Derecho privado aporta, y de la que carece el Derecho administrativo, al que se considera un ordenamiento jurídico excesivamente rígido y, por tanto, inadecuado, en ocasiones, para el desarrollo de determinadas funciones. Ese planteamiento, de lógica incontestable en muchos casos, viene, sin embargo, acompañado en otros de tintes claramente fraudulentos, pues con él se preten-

de, algunas veces, una soterrada huída de los controles administrativos, que da lugar, en muchos casos, a la aparición de graves fenómenos de corrupción.

La configuración que ofrece el ordenamiento jurídico de Nicaragua, deja abierta la puerta para que este fenómeno se produzca, pues deja la determinación de lo que es Administración pública y, por tanto, de lo que se sujeta al Derecho administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en manos del Legislador. Siendo de sobra conocido que una de las mayores dificultades para atajar la huída del Derecho administrativa es, precisamente, que su origen se encuentra en decisiones del propio legislador.

Ciertamente el concepto de Administración Pública que consagra la LJ aporta un elemento de corrección que trata de poner freno a este problema,: es Administración Pública en todo caso, y, por tanto, se somete siempre al Derecho administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aquella actividad que implique ejercicio de potestades administrativas.

Sin embargo, dicho criterio ha probado ampliamente, su incapacidad para hacer frente a este complejo fenómeno. Su falta de operatividad práctica, está, en nuestra opinión llamada a repetirse irremisiblemente en el Derecho de Nicaragua.

Además, esta configuración, de por sí criticable, nos parece especialmente inadecuada para el supuesto nicaragüense. Pues se trata de un país cuyo ordenamiento jurídico administrativo se encuentra en el momento presente en un proceso de cambio y, en cierto modo, de formación, adoleciendo aún de grandes carencias, por lo que será difícil deducir de la normativa especial cuando una actividad se rige por el Derecho Administrativo y cuando no.

Si hasta el momento hemos visto como en el concepto de Administración pública de Nicaragua late un criterio indiscutiblemente objetivo, ahora vamos a ver que, aunque un tanto soterrado, dicho criterio viene atemperado por un elemento subjetivo de, en nuestra opinión, difícil interpretación, que constituye, siempre según nuestro juicio, el punto más criticable de la concepción de Administración Pública contenida en el art. 2 LJ.

Para comprender lo dicho anteriormente, debe examinarse detalladamente la dicción del art. 2 LJ. Como ya sabemos, entre otras cosas, este precepto establece que Administración Pública es la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas.

Ya habíamos resaltado que de aquí se deduce que al fijar ese concepto de Administración Pública se valora un elemento funcional. Ahora bien, a partir de aquí dos interpretaciones son posibles. En primer lugar, se podría conside-

rar que los entes en dicho precepto enumerados, son sólo Administración Pública en la medida en que desarrollen, como se establece al final del precepto, –actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercen potestades administrativas–.

Otra interpretación posible sería considerar que existen dos grandes tipos de Administraciones Públicas. Por un lado, estarían las Administraciones Públicas territoriales que son Administraciones públicas de forma, podríamos decir, plena y; por otro, lo que se viene denominando por la doctrina como Administración Institucional, en los términos utilizados por el Derecho positivo, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las Administraciones territoriales, que son Administraciones públicas, pero de una forma más limitada, pues sólo se sujetan al Derecho administrativo en cuanto ejercitan potestades administrativas, y, en lo demás, tan sólo si así lo disponen sus normas de creación.

Desde una tercera lectura posible se podría interpretar que los sujetos en ella enumerados son Administraciones públicas en su plenitud y que, la estipulación final que establece que lo serán tan sólo las –actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercen potestades administrativas–, operaría como una cláusula de cierre, que sería aplicable únicamente respecto a los sujetos distintos a los mencionados expresamente en la LJ, que serían, a diferencia de los sujetos mencionados en la LJ, Administraciones públicas tan sólo en cuanto se dieran en ella las condiciones que establece la LJ.

Si entendiéramos la definición conforme a la primera interpretación, todos los sujetos en ella enumerados se regirían por el Derecho administrativo tan sólo en la medida en que el ordenamiento jurídico así lo establezca y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. Conclusión que nos parece difícilmente admisible, pues no parece muy adecuado considerar que las Administraciones territoriales no sean Administraciones públicas en su plenitud.

La tercera interpretación supondría sujetar lo que podíamos denominar como Administración Institucional en todo caso al Derecho administrativo. Solución que tampoco nos parece muy plausible.

En realidad, nos parece a nosotros, que la solución adoptada no puede ser otra que la sugerida por la segunda interpretación. De tal modo que hay un conjunto de Administraciones públicas, las territoriales (la Estatal, la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y las municipalidades), que son Administraciones públicas en su plenitud; y otras, las demás, que lo son tan sólo en cuanto ejerzan potestades administrativas o así lo dispongan las normas que las rigen.

Nótese que, con ello, el criterio objetivo quedaría atemperado por un criterio subjetivo previo, adoptando así un modelo mixto, en el que ambos elementos, objetivos y subjetivos, se combinan.

CAPÍTULO SÉPTIMO
NUEVAS TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

Ya hemos visto en otro lugar de este estudio que el Derecho administrativo y la idea de Administración pública son dos elementos extremadamente variables, entre otros motivos, por la mutabilidad del contexto histórico en el que están llamados a operar. Diagnóstico inapelable, pues la Historia prueba que la idea de Administración pública ha sido objeto de drásticas transformaciones para adaptarse al momento histórico en el que estaba llamada a operar.

Los tiempos actuales no son una excepción a esta regla, y los notables cambios que está experimentando el mundo en que nos ha tocado vivir, han dejado su huella en la Administración pública y el Derecho que la rige. Uno y otra han sufrido importantes evoluciones, que han modificado en muchos aspectos su configuración. Si bien esto no impide que sigan perviviendo importantes elementos de continuidad.[294]

Estas modificaciones, muy heterogéneas, casi siempre polémicas y discutidas, encuentran, sin embargo, como nexo común, la búsqueda de un mismo objetivo que en líneas generales no parece muy discutido, si bien si que lo son las formas y medios para llevarlo a cabo. Esa finalidad no parece ser otra que la modernización de la Administración, superando el viejo modelo burocrático, para lograr así una mejor satisfacción de las necesidades que la Sociedad plantea a ésta.[295]

---

294 Apunta Muñoz Machado que, afirmar –que el Derecho Administrativo de los comienzos del siglo XXI se nutre de técnicas marcadamente distintas del que se elaboró al empezar el siglo XIX, con el primer constitucionalismo, es seguramente una obviedad. Por supuesto muchas instituciones básicas que lo identifican como rama autónoma permanecen. Pero los cambios han sido intensos–. Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, p. 82.

295 M. V. Segarra Ortiz considera que –las coincidencias en los discursos modernizadores sobre la reforma del Estado y las administraciones públicas se deben fundamentalmente, a que comparten similares claves de diagnóstico en cuanto a aquello que se pretende superar: el modelo clásico- burocrático de organización de las administraciones y de los servicios públicos. Es decir, los distintos fenómenos reformadores parecen intentar alumbrar, independientemente de quien los formule, un nuevo modelo de gestión pública o, dicho de otro modo, una nueva forma de pensar sobre la acción de gobernar y sobre como ha de materializarse ésta–. Segarra Ortiz, –Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo–, en Revista Española de Derecho de la Unión Europea 7, 2004, p. 12.

En este capítulo vamos a examinar las principales líneas por las que se ha conducido esta evolución, sin cuyo análisis, difícilmente se pueden comprender la Administración pública y el Derecho administrativo actuales.

II. Privatización, liberalización y desregulación. El repliegue de la Administración pública a favor del sector privado

En los últimos tiempos hemos asistido a un importante proceso tendente a la reducción del Estado y la intervención pública, a favor de la iniciativa privada y al mercado, que ha adoptado formas muy diversas.

En realidad, la privatización es, como indica Martín Rebollo, una –idea-fuerza que no siempre tiene bien definidos sus contornos–,[296] en la que se pueden distinguir distintas manifestaciones,[297] que irían desde la reducción de la actividad comercial del Estado, mediante la privatización material de las empresas públicas, a la conversión de los antiguos servicios públicos monopolizados en mercados competitivos. E incluso, en su vertiente más amplia, se podría incluir aquí la utilización por parte del propio sector público del Derecho privado, provocando entre otras consecuencias el relevante fenómeno de huída del Derecho administrativo, sobre el que tantas páginas se han escrito en los últimos años.[298]

A nosotros nos interesan, en este momento, únicamente las dos primeras manifestaciones, por lo que dejaremos para un momento posterior el tercer fenómeno citado, que será objeto de análisis autónomo en el próximo epígrafe de este trabajo.

Para entender las razones y motivaciones que han puesto en marcha este proceso privatizador debe partirse de un elemento previo, sin el cual resulta

296 Martín Rebollo, L., –Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público–, en Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Civitas, 2003, p. 634.

297 Como señala I. Sanz Rubiales, en –sentido amplio, la "privatización" conlleva incrementar el papel de "lo privado" frente a "lo público" en muy diversos campos: titularidad de actividades, formas de gestión, régimen de propiedad, régimen jurídico, etc. Hay privatización (en mayor o menor grado) cuando una actividad deja de estar reservada al poder público, cuando se utiliza la gestión indirecta de servicios públicos con preferencia a la gestión directa, cuando se utilizan formas y regímenes privados con preferencia a los públicos en las empresas y establecimientos públicos...–. Sanz Rubiales, Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales, Valladolid, España, Universidad de Valladolid, 2004, p. 9.

298 En tal sentido, señala J. E. López Candela que el –fenómeno de huída del Derecho Administrativo supone en un aspecto muy reducido un proceso de privatización–. López Candela, Sobre la necesidad de un concepto de servicio público, Madrid, 2004, p. 39.

difícilmente comprensible. No es otro que la idea de Estado Social o Estado de Bienestar, cuya crisis e inoperancia es, en último término, el factor desencadenante del mismo. Ello sea dicho sin ningún ánimo hostil respecto a este modelo de Estado, que ha conseguido logros indudables y de un valor incalculable, que no admiten además marcha atrás, pues han quedado incorporados a nuestra cultura jurídica y política. A pesar de lo cual, manifiesta en la actualidad claros síntomas de agotamiento que postulan su reforma.[299] De tal forma que, como señala Domínguez-Berrueta de Juan, en los últimos tiempos se han producido un –conjunto de transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas que han conducido a la crisis del modelo de Estado imperante desde la segunda guerra mundial (Estado social o Estado de bienestar), y que postulan su revisión–.[300]

Como es sabido, el Estado Social o de Bienestar se consolida como respuesta a las carencias y limitaciones del denominado Estado Liberal de Derecho. Este último asumió un cariz claramente abstencionista, limitando al máximo su intervención en la vida económica, que se consideraba un mundo aparte, regido por sus propias reglas, la inefable mano invisible del mercado, instrumento mágico en el que se depositaba una confianza casi ilimitada.

Hoy es un lugar común el considerar que estos presupuestos dieron lugar a la consolidación de un Estado fuerte, bastante más poderoso que el débil aparato público que rigió durante el Antiguo Régimen. Contradicción que se explica por la necesidad de la nueva clase dominante, la burguesía, para adaptar el orden social a sus necesidades. En un primer momento, mediante la liquidación de la vieja sociedad estamental y agraria vigente en periodo histórico anterior; posteriormente, para reprimir los emergentes y cada vez más influyentes movimientos sociales.

Este pujante poder estatal se limitó a operar, sin embargo, en el ámbito específicamente público, en el sentido más estricto, quedando al margen de la actividad económica. Con muy limitadas excepciones, en esencia los servicios públicos sociales, que el Estado liberal se ve obligado a atender, tras la eliminación del poder de los cuerpos intermedios, fundamentalmente la Iglesia, y con ellos del antiguo aparato asistencial del Antiguo Régimen; y los grandes servicios económicos, imprescindibles para la nueva sociedad burguesa, pero

299 Como señala J. Rodríguez-Arana Muñoz, –los logros del Estado de Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación de seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la gente–. Pero, a pesar de ello, señala este mismo autor, –ya nadie duda de la crisis del llamado Estado de Bienestar. Ciertamente los síntomas de agotamiento son evidentes–. Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, pp. 31 y 22.

300 Domínguez-Berrueta de Juan, M.: Prologo. Pág. XX.

demasiado costosos para que ningún empresario emprendiera por si mismo su puesta en marcha.

De este modo, se configura un modelo de Estado que descansa sobre una radical escisión entre Estado y Sociedad Civil, que se traduce en el mundo jurídico en una rígida separación entre Derecho público y Derecho privado.[301]

Con el paso del tiempo, esta delicada construcción entra en crisis. La intolerable injusticia social a la que, a la postre, acababa conduciendo este sistema, puesta cada vez más de manifiesto por las crecientes reivindicaciones sociales, van a ir haciendo más y más evidente la necesidad de una decidida intervención de los poderes públicos en el mundo económico.

Fruto de esta reacción es el Estado Social o Estado de Bienestar, cuya eclosión definitiva se produce tras las guerras mundiales.[302] Este modelo de Estado parte de presupuestos totalmente diferentes, en cuanto se construye sobre una confianza ilimitada en la gestión pública, en la que se ve ahora, como antes se vio en el mercado, el instrumento perfecto para la solución de todos los problemas sociales.

Desde estos fundamentos, la acción pública se diversifica, alcanzando a todos los aspectos de la vida social. De tal forma que el Estado ya no sólo realiza sus tradicionales funciones soberanas de mantenimiento de la paz interior y seguridad exterior, administración de justicia y administración fiscal; sino que es también un Estado gestor, que presta servicios públicos, y más tarde también un Estado empresario.[303]

---

301 Señala M. Sánchez Morón respecto a la separación Estado/Sociedad, que –este principio se traslada a la teoría jurídica y en especial a la del Derecho público en virtud de las necesidades del tráfico jurídico y en especial a la del Derecho público en virtud de las necesidades del tráfico jurídico y, más en concreto, como respuesta a las aspiraciones de la clase burguesa dominante. Así, va a permitir colmar las exigencias de seguridad y contabilidad del Derecho mediante un sistema iusprivatista autónomo, es decir, desconectado de las vicisitudes concretas de la lucha política, y construido sobre la base de unos principios racionalistas y formales–. Sánchez Morón, La participación del ciudadano en la Administración Pública, Madrid, CEC, 1980, p. 19.

302 Señala al respecto E. Linde Paniagua, que las –diferentes modalidades de intervención (...) alcanzará su máxima expresión, en casi todos los ordenes, con posterioridad a la Segunda Guerra mundial, con la presencia abrumadora de lo público a través de la legislación motorizada, la extensión de los servicios públicos a un número considerable de necesidades sociales, y por las dimensiones espectaculares que cobra el sector público empresarial–. Linde Paniagua, –La retirada del Estado de la Sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos–, en Revista de Derecho de la Unión Europea 7, 2004, p. 31.

303 Señala S. Martín-Retortillo que las funciones de las que el Estado se hace cargo como propias experimentaron un notable incremento –con carácter general desde los postulados del Estado social de Derecho que, básicamente

Como resultado de todo ello, el individuo se convierte cada vez más en un sujeto dependiente de los poderes públicos, incapaz de subsistir por sí mismo en un mundo cada vez más complejo, en el que ese gigante que es el Estado domina todas los elementos claves de los que depende su subsistencia.[304]

Pero esta nueva concepción del poder público como instrumento totalizador del proceso de satisfacción de las necesidades sociales, con el paso de los años, entró también, por toda una serie de causas que pronto examinaremos, en una profunda crisis. De tal forma que, como apunta Rodríguez-Arana Muñoz, ya nadie –cree en la posibilidad de que el Estado se haga cargo de todas las necesidades de los ciudadanos y se ocupe de ellos desde la cuna hasta la sepultura–.[305]

---

sancionará como públicas una amplia gama de muy distintos cometidos–. Martín-Retortillo, –Sentido y forma de la privatización de la Administración pública–, en Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 39, julio-agosto-septiembre de 2000, pp. 34-35.

304 La celebre doctrina de la procura existencial de E. Forsthoff (–Daseinvorsorge–) sigue explicando como ninguna otra dicha transformación. Explica este autor que la previsión de la existencia surge como fruto de la aparición de las grandes aglomeraciones urbanas, que viene a intensificar la distinción entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo. Se entiende por el primero –aquel que le está atribuido de modo tan intenso al individuo que pueda disponer de él o, al menos, que esté facultado para utilizarlo permanentemente–, mientras que el segundo, es –aquel en que transcurre efectivamente la existencia de los individuos–. La industrialización va a llevar a una situación en la que la importancia del espacio vital dominado se reduce a favor del efectivo. Con ello, nuestra supervivencia ya no queda bajo nuestro propio dominio, sino que está subordinada a la recepción de prestaciones (agua, gas, electricidad, sanidad, etc.), cuya garantía última es responsabilidad del Estado. De este modo, éste se convierte en el garante de nuestra procura asistencial. Forsthoff, El Estado de la Sociedad Industrial (1971), trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, IEP, 1975, pp. 28-29. Sobre dicha tesis señala A. Nieto que la –visión cósmica de Forsthoff es ciertamente dramática, pero correcta. ¿Qué sería de los individuos aislados en ese mundo hostil de tecnología supraindividual, sin que alguien garantizara su funcionamiento? La atención a los intereses colectivos es lo que permite la supervivencia de cada persona y, por tanto, deben tener un rasgo primordial y ser asumidos por el Estado–. Nieto, Alejandro, –La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo–, en Revista de Administración Pública 76, enero-abril de 1975. Cito por su reproducción en –Treinta y cuatro artículos seleccionados–, en la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario, Madrid, INAP, 1983, p. 894.

305 Rodríguez-Arana Muñoz, J., El sector público económico gallego, La Coruña, Universidad de la Coruña, 1996, p.8. 306.

Se suele situar el nacimiento de esta crisis durante los años setenta del pasado siglo,[306] momento desde el cual se van a producir toda una serie de transformaciones, de signo muy diverso, pero que tienen en común una desconfianza hacia la gestión pública como instrumento para resolver los problemas sociales, y la tendencia a recuperar la iniciativa privada y las virtudes del mercado y la competencia.

Si bien, esto conviene dejarlo claro desde el principio, de forma estrictamente parcial: es una crisis de los medios, no de los objetivos.[307] Nadie cuestiona las finalidades y fundamentos que alumbraron el Estado social, más vigentes en realidad ahora que nunca,[308] pero si se ha consolidado, sin embargo, una creciente insatisfacción por los medios empleados para conseguirlos y, lo que es aún más grave, por los pobres resultados que en muchos casos se lograron con ellos.

La vieja y arraigada fe en el sector público queda así dinamitada y se abre la puerta para demandar un nuevo diseño económico y social, en el que la iniciativa privada y el juego competitivo del mercado recuperen el papel central que la Administración les había robado.

Si bien tampoco se puede considerar que se trate de un fenómeno universalmente aceptado. Hay, como no podía ser de otra forma, voces contrarias a la privatización. Estos autores critican esta tendencia en un doble aspecto. Por un lado, supone, en su opinión, un empeoramiento considerable de las condiciones de los trabajadores, que quedan sometidos a peores condiciones de trabajo y al continuo temor a perder el empleo que les proporciona su sustento. Por otro, entienden que incrementa las diferencias entre los ricos, que pueden permitirse soportar el coste de los servicios privatizados (sanidad privada, educación privada, etc.); y los pobres, que carecen de medios económicos para sufragar las prestaciones privadas.[309]

---

306 Véase García Cotarelo, R., –Crisis y reformulación del Estado de Bienestar–, en Derecho y economía en el Estado Social, J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (editores), Madrid, Tecnos, 1988, p. 26. Desdentado Daroca, E., La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huída de la regulación pública y administraciones independientes, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 67-68

307 López-Jurado Escribano, Francisco, –Agencias administrativas reguladoras–, en Administración Pública y Economía, Madrid, INAP, 2001, pp. 45-46.

308 En tal sentido, señala Rodríguez-Arana Muñoz que –esta transformación del modelo de Estado no afecta a los objetivos sociales planteados por el Estado de Bienestar, que incluso podrían ampliarse como consecuencia de una recepción del propio concepto de bienestar–. Rodríguez- Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 33.

309 En tal sentido, Bickerstaffe, R. K., en Hastings y Levie (editores), Privatización?, Nottingham, Spokesman, 1983, p. 7. En España esa es la posición de Linde Paniagua, que considera que la eficacia del sector público no puede examinarse únicamente en términos económicos, de tal forma que –las pri-

A lo que añaden algunos la consideración de que sería posible hacer frente a las necesidades de modernización del Estado de bienestar desde una gestión pública renovada, sin que sea preciso acudir a técnicas de privatización.[310]

Entre las causas que han llevado a la privatización se puede destacar, en primer lugar, un importante componente ideológico y filosófico, que parte de la consideración de que la intervención pública está frenando el pleno desarrollo y disfrute de las libertades individuales.[311]

No obstante, debe destacarse que, en el momento actual, al menos en nuestra opinión, el proceso privatizador no puede verse como el resultado de un simple triunfo de una ideología, la favorable a lo privado, con respecto a otra, la que pone la primacía en lo público. Sino que es una mutación mucho más profunda, que encuentra sus raíces en causas objetivas incontestables, que demandan irremisiblemente su puesta en marcha. Cierto es que hay concepciones diferentes acerca de la intensidad que se debe dar a estas reformas y, como no, voces contrarias a la misma.[312] Pero eso no invalida la existencia de un convencimiento, en términos generales, de la necesidad de corregir el

---

vatizaciones totales o parciales, o la liberalización de una actividad, pueden estar justificadas desde una perspectiva económica, pero no desde otras perspectivas–. A lo que añade posteriormente que los –ciudadanos en general siguen necesitando al Estado que mejor que peor es el único que le ha suministrado hasta la fecha, y puede suministrarle en el futuro toda una serie de bienes y servicios públicos–. –Es evidente que los pudientes, una minoría, apenas necesitan al Estado, pueden o podrían pagarse la mayor parte de los bienes y servicios a que nos hemos referido, o se sitúan de modo privilegiado ante la prestación eficiente de algunos de ellos–. Linde Paniagua, Op. Cit., nota 179, pp. 37-38 y 47-48.

310 Señala Segarra Ortiz que –los medios materiales y humanos que la sociedad pone en manos de las administraciones pueden ser utilizados eficaz y eficientemente mediante el desarrollo de un nuevo modelo de gestión pública–. Segarra Ortiz, Op. Cit., nota 172, p. 18.

311 En tal sentido, señala Sanz Rubiales que el –fenómeno privatizador, que se ha venido produciendo desde los años 80 del siglo pasado en los países occidentales e iberoamericanos, se inserta en un contexto filosófico político de defensa del mercado y de las libertades individuales–. Sanz Rubiales, Op. Cit., nota 174, p. 9.

312 De forma radicalmente contraria a la ideología privatizadora se ha pronunciado Segarra Ortiz, que considera que –las alternativas privatizadoras, al confluir con elementos ideológicos que ponen la máxima fe en un mercado muchas veces inexistente y no sujeto a análisis y debate, puede ser el origen de tremebundos errores de gobierno, productoras de ineficacia, ineficiencia, y, desde luego, de ausencia de equidad–. Segarra Ortiz, Op. Cit., nota 172, p. 18. También Linde Paniagua, que considera que –El Estado reducido (...) es producto de una ideología perversa que nunca se explícita de un modo claro–. –La retirada del Estado de la sociedad sólo tiene como beneficiarios a las grandes multinacionales. El Estado estorba, es un obstáculo en los proyectos de los grandes operadores económicos que lo presentan como innecesario:

funcionamiento del Estado escorándolo hacia lo privado.[313] Como muestra que esta tendencia se está haciendo presente en países pertenecientes a órbitas muy diferentes.[314]

La crítica más decisiva, sin embargo, contra la acción administrativa, es su falta de eficacia. La eficiencia del sector público constituye hoy en día un elemento de importancia creciente, en cuanto el ciudadano, cada vez más, exige del sector público que opere con un nivel de calidad adecuado, dando correcta satisfacción a sus necesidades.[315]

Sin embargo, desde hace ya algunos años hay una convicción bastante extendida de que el sector público no da la talla cuando se habla de eficiencia

---

de nuevo el paradigma del mercado–. Linde Paniagua, Op. Cit., nota 179, pp. 44-47.

313 Como apunta R. Valdivieso del Real, –la polémica sobre la privatización y la reforma del Estado ha dejado de ser un problema ideológico, tal y como se planteó en los años sesenta y setenta. En la actualidad, se trata de una respuesta, mejor dicho una salida al desarrollo del Estado de bienestar que se ha generado en las últimas décadas y, ello tanto desde el punto de vista de las prestaciones sociales del Estado, como por el impacto de este Estado de bienestar en el ordenamiento económico y social–. Valdivieso del Real, –La reforma del sector público. Las privatizaciones: el Estado de la cuestión y su aplicación al caso español–, en La nueva gestión pública. Coordinadora: B. Olías de Lima, Madrid, Prentice may, 2001, p. 81.

314 Como indica Rodríguez-Arana Muñoz, –con sólo abrir la página de cualquier periódico, se advierte el auge de la fiebre privatizadora, ya sea en países de carácter liberal o socialista–. Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 27. En el mismo sentido, señala G. Ariño Ortiz que las –privatizaciones han sido en los últimos 15 años un fenómeno que ha recorrido el mundo: de Gibraltar a los Urales y desde Canadá a Tierra de Fuego–. Ariño Ortiz, –Tiempo de hacer balance–, en Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados, 1996-2003, Granada, Editorial Comares, 2004, p. 21. Por su parte, J. M. Souvirón Morenilla (con colaboración con J. M. De La Cuétara Martínez) señala que la –privatización de la empresa pública se ha desarrollado de una manera progresiva y generalizada en todo el mundo, con casi las mismas fórmulas en todos los países, ya estuvieran regidos por gobiernos liberal-conservadores o socialdemócratas–. –La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos–, en la misma obra antes citada. Pág. 4.

315 Como señala J. M. González-Paramo, –del Estado se demanda cada vez más un grado de eficiencia aceptable–. –De recortes y reformas en el Estado de bienestar: el papel de la gestión pública–. González-Paramo, Las estructuras del Estado del bienestar en Europa. Dirigida por S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado y L. González Seara. Civitas. Escuela Libre Editorial. Madrid, 2000, p. 526. Se ha señalado, igualmente, al respecto, que –el ciudadano de las sociedades desarrolladas no pide a la Administración sólo protección o seguridad, sino también productos y servicios de calidad–. Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos. Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos, Madrid, MAP, 2000, pp. 26-27.

y de calidad. Se cuestiona, por ello, la capacidad de la gestión pública para cumplir sus fines, pues es un gestor poco avezado que gasta demasiado y logra bastante poco a cambio y, lo que es más, la calidad de sus prestaciones deja mucho que desear.[316]

No es ciertamente la única opinión al respecto, hay quien discrepa abiertamente de este juicio, y defiende la bondad de la gestión pública. Utilizando, para ello, como elemento central de su posición, la consideración de que la eficiencia se debe medir no sólo en términos económicos, sino que debe valorarse también el grado de satisfacción del interés público. Pues, uno y otro parámetro no vienen necesariamente unidos. De tal forma que, en ocasiones, la empresa privada puede actuar en mejores condiciones económicas que el sector público, pero proporcionando un peor servicio a los intereses generales.[317]

Opiniones aparte, lo cierto es que esta falta de eficacia va a llevar a que se someta a la intervención pública a un control de eficiencia, que trata de determinar en que medida realiza correctamente sus funciones.

Tradicionalmente se había considerado que la acción pública era necesaria siempre que se daba lo que se denomina –un fallo de mercado–, esto es, una situación en la que los mecanismos competitivos del mercado no alcanzan por sí mismos una solución óptima.[318] De tal forma que, cuando existía una defi-

316 Señala, así, G. Ariño Ortiz que la –ineficacia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios es mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (...), la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa, en el fondo, su libertad; la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN–. –Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones–. Ariño Ortiz, en Cremades, J. (coord.), Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley, 1997, p. 758. En la misma línea, señala J. Rodríguez-Arana Muñoz que –en nuestro tiempo, una vez superada la fiebre del intervencionismo, asistimos a una clara insatisfacción en relación con el sector público y las empresas públicas. Insatisfacción que no hunde sus raíces en razones de naturaleza ideológica, sino que, más bien, supone un convencimiento generalizado de duda acerca de las prestaciones públicas. No Sólo Sobre Su Continuidad O Regularidad, Sino Sobre Algo Que Es Más Importante: La Calidad–. Rodríguez-Arana Muñoz, La privatización de la empresa publica, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 99.

317 Serrano Triana, A., La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar, Madrid, IELSS, 1983, pp. 61-66 y 117-130. Olías De Lima, B., –La privatización de los servicios públicos y los criterios de eficiencia–, en Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?, Madrid, Izquierda Unida, 1993, pp. 83-90. Roldán Martín, A., –Los nuevos contornos del servicio público–, en Ortega Martín (dir.), Derecho administrativo económico, Madrid, CGPJ, 2000, p. 48.

318 Valdivieso del Real ha definido, así, los fallos de mercado como aquellas –situaciones donde las condiciones para optimizar el bienestar no se cumplen

ciencia de este tipo, se hacía necesariamente precisa una actuación correctora de los poderes públicos que viniera a eliminarla o corregirla.

Ahora, sin embargo, se parte de un enfoque más realista, que parte de la existencia también de lo que se designa como –fallos del no mercado–, esto es, deficiencias que generan su vez la intervención pública. Este factor obliga a realizar un juicio comparativo de los supuestos beneficios que va a generar esa intervención pública, con los resultados que genera el mercado, a fin de determinar cual de ellos ofrece una solución más adecuada.[319]

Juicio en el que la acción pública no siempre resulta triunfadora, pues en algunos casos se considera que el recurso a la competencia puede convertirse en una forma más adecuada de resolver un fallo de mercado.[320]

Por otra parte, el contraste con la realidad ha determinado la caída del viejo mito que concebía a la Administración como una entidad incólume a los intereses egoístas, que actuaba de forma ciega y totalmente objetiva, como si estuviera por encima del bien y del mal, al servicio del interés público.[321]

Parece demostrada la imposibilidad real de identificar en forma absoluta en que consiste ese interés público o general. Tanto desde la perspectiva europea tradicional, que concibe tal interés como algo superior y distinto a los intereses privados (se suele hablar en tal caso de interés público); como desde la

---

por el libre juego del mercado–. Valdivieso del Real, Op. Cit., nota 190, p. 11. Para R. Baldwin y M. Cave, hay un fallo de mercado cuando el simple funcionamiento de éste, por cualquier razón, fracasa en la producción de una conducta o resultado conforme al interés público. Baldwin y Cave, Understanding Regulation, Oxford, 2002, p. 9. E. Burkard entiende que existe fallo de mercado cuando los mercados no constituyen el medio más eficaz de distribución y coordinación social. Burkard, –L'État régulateur en Europe–, en Revue Française de Science Politique, 49-2, 1999, p. 207.

319 En tal sentido, señala Ch. Wolf que en el momento de optar por el mercado o la intervención pública, hay que elegir –entre mercados imperfectos y gobiernos imperfectos–, lo que –si no es una elección entre dos males si es, en el mejor de los casos, decidir entre alternativas que por supuesto tienen defectos–. De lo que se deduce que la simple existencia de un fallo de mercado no es suficiente para justificar la intervención pública, pues una –formulación política adecuada exige que se comparen las deficiencias observadas en los resultados del mercado con los posibles esfuerzos emprendidos por el sector público para ponerles remedio–. W olf, Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas, trad. de J. F. Cainzos de la segunda edición inglesa de 1993, Madrid, IEF, 1995, pp. 27-31.

320 Fernández Ordóñez, M. A., –La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia–, en Anuario de la Competencia 1996, 1998, pp. 60-63.

321 Chevalier, J., –Le place du service public d'ans l'univers juridique contemporain–, en Le service public en devenir, L'Harmattan, 2000, p. 32.

perspectiva típica americana, que concibe éste como la suma de interese particulares (en cuyo caso se utiliza preferentemente el término interés general).[322]

En el primer caso resulta difícil identificar en que consiste ese supuesto interés distinto que, en la práctica, suele encubrir casi siempre un conjunto soterrado de intereses privados.[323]

Desde la segunda concepción se encuentran tantas dificultades como en la anterior, pues resulta cuestionable la posibilidad de poner en marcha un proceso que permita llegar desde esos intereses privados a ese pretendido interés general. La falta de representatividad de los mecanismos electorales generales y la acción perturbadora de los individuos y grupos que quieren beneficiarse de la acción pública a su favor, hacen difícil que dicho objetivo pueda tener un desenlace favorable.[324]

A lo que se añade, por otra parte, la evidencia de que los servidores y autoridades públicas no actúan siempre movidos por el objetivo de dar satisfacción a los intereses públicos, sino que están dotados de un conjunto de intereses egoístas, que hacen que, en ocasiones, su acción se desvié de su finalidad legítima, la consecución de ese interés general, para dar satisfacción a sus intereses propios.[325]

Se ha puesto así de manifiesto la falta de realismo de los planteamientos tradicionales, militantes de una cierta mistificación de lo público, para descubrir que bajo la acción administrativa se encuentran un conjunto de intereses privados, que la condicionan de forma determinante, convirtiéndola en un instrumento para hacer valer sus fines. Gráficamente ha descrito este fenómeno Nieto, señalando que la –Administración moderna semeja al gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas que, sin perjuicio del verbalismo de sus declaraciones dogmáticas, esconde instrumen-

322 Véase sobre esta distinción, Montero Pascual, J. J., –Titularidad privada de los servicios de interés económico general–, en Cremades (coord.), Op. Cit., nota 193, pp. 1218-1219.

323 Lane, J. E., The Public Sector, 3a. ed., Sage, 2000, p. 9.

324 Donahue, J. D., La decisión de privatizar, trad. de González Videla, Barcelona, 1991, pp. 43-57.

325 Lasheras, M. A., La regulación económica de los servicios públicos, Barcelona, Ariel, 1999, p. 25. De La Cruz Ferrer, J., Principios de regulación económica en la Unión Europea, Madrid, IEE, 2002, p. 180. Señala M. PIRIE, que –se habla del sector público como si expresara elecciones públicamente tomadas, cuando en realidad no hace sino revelar las prioridades de los legisladores y los burócratas. La propiedad y el capital llamado publico es administrado por estas personas como si fuera de su propiedad–. PIRIE, –Teoría y práctica de la privatización–, en Revista del Instituto de Estudios Económicos 1985-1, p. 5.

tos que, debidamente manejados, colocan a los particulares en una situación de prevalencia–.[326]

Otro factor decisivo para explicar la tendencia a la privatización es el desmesurado tamaño adquirido en los últimos tiempos por el sector público. El Estado se ha convertido en un gigante desproporcionado que abarca un enorme espacio en las relaciones sociales: es el mayor empleador, consumidor, contratante, etc. En definitiva, poco queda, en realidad, en la Sociedad del Estado Social, fuera del alcance de los largos brazos del Estado.[327]

Esto, además, no es tan sólo un problema de tamaño, sino que trae consigo una dificultad añadida: la complejidad. Consecuencia irrefutable, pues a medida que se produce ese crecimiento del sector público, éste se convierte en una realidad más compleja y difícil de gobernar.[328]

Todo ello genera diversos problemas que conducen irremisiblemente a la privatización. Por un lado, el Estado lleva demasiado peso, más del que puede asumir, y debe, por ello, soltar lastre, pues sino corre el riesgo de desbordarse, lo que podría dar lugar a una quiebra del Estado de Bienestar.[329]

Por otro, se señala que el sector público está asfixiando la iniciativa privada, impidiendo que las fuerzas sociales asuman la realización de actividades que deberían de corresponderle.[330]

---

326 Nieto, Op. Cit., nota 181, p. 893.

327 En tal sentido, señala Pirie que en –el Reino Unido, como en cualquier otro país, el Gobierno es la unidad de mayor tamaño del sistema. Es el mayor consumidor, el empleador de mano de obra más grande y, con mucho, el que más gasta–. Pirie, Op. Cit., nota 202, pp. 4-5. Valdivieso Del Real entiende que se –ha llegado a un crecimiento tal del Estado, tanto en empresas públicas como en su actividad estatal, a través de todo el ámbito económico-social, que, en estos momentos, en todos los países europeos, la actividad del Estado y de otras instituciones públicas alcanza prácticamente la mitad del Producto Interior Bruto–. Valdivieso Del Real, Op. Cit., nota 190, p. 81.

328 Como señala J. A. Olmeda Gómez, a medida que el sector público crece, se asiste –al aumento de la complejidad de su estructura en términos funcionales, tecnológicos y organizativos–. Olmeda Gómez, Ciencia de la Administración I, reimpresión de la 1a. ed., Madrid, UNED, 2000, p. 242.

329 Como señala Rodríguez-Arana Muñoz, –la Administración prestacional e intervencionista que conocemos se ve abocada a una reforma que le permita adaptarse al cambio de sus funciones y roles tradicionales ya que, por un lado, debe responder a las expectativas de una ciudadanía que no debe renunciar a los logros prestacionales del Estado social y democrático de Derecho y, por otro, ha de adaptarse a una realidad económica que exige drásticos recortes, reformas de estructuras y una profunda racionalización de la gestión, en la búsqueda de la eficiencia del sector público–. Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 18.

330 En tal sentido: Pirie, Op. Cit., nota 202, p. 5.

A ello se añade que este crecimiento enfermizo de lo público esta restando energías al propio Estado, que incapaz de asumir la cantidad informe de actividades que han quedado bajo su responsabilidad, se dispersa, cumpliendo mal aquellas actividades que sólo el puede prestar.[331]

Estos problemas son, además, tanto más graves si se tiene en cuenta que no tienen un carácter coyuntural, sino que se encuentran en la esencia de la configuración propia del Estado social. Este modelo de Estado da lugar a una espiral creciente de gasto público, en cuanto parte del presupuesto de que los poderes públicos deben remover, mediante una actuación positiva, todos los obstáculos que impiden que la igualdad sea real y efectiva. Esto determina un progresivo proceso de demanda por parte de los distintos grupos sociales de prestaciones sociales y servicios de todo tipo, que conllevan un correlativo crecimiento de los presupuestos, que entran así en una dinámica de incremento sin fin.[332]

Y lo que es aún peor, señalan estos autores, dicho crecimiento se ha convertido en un elemento desconectado, en realidad, de las auténticas necesidades de los ciudadanos, que son utilizados como disculpa para un aumento descontrolado del gasto público, que lejos de dar respuesta a sus demandas, persigue dar satisfacción a otros intereses, y no proporciona mejora alguna en la calidad de los servicios públicos.[333]

---

331 Roth, G., The private provision of public services, Oxford University Press, 1987, p. 5.

332 Como señala Desdentado Daroca, esta –desproporción entre las demandas crecientes de provisiones materiales de la sociedad y la capacidad del sistema para hacer frente a las mismas se traduce en una situación de "ingobernabilidad" que no tiene un carácter coyuntural, sino que, por el contrario, responde a elementos estructurales del propio Estado social y democrático de Derecho. Por un lado, el surgimiento del Estado social ha ido acompañado de la conversión de las sociedades occidentales en sociedades de expectativas, que esperan que el Estado confiera efectividad a los derechos materiales mediante las correspondientes prestaciones y en las que predomina la idea de que, siguiendo un criterio de igualdad compensatoria, aquel que tiene menos ha de obtener más del Estado. Todo ello determina una clara tendencia al gasto público–. Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, pp. 68-69.

333 Señala Rodríguez-Arana Muñoz que –el sistema ha fracasado en su propia dinámica: a pesar de aumentar la presión fiscal y de, lógicamente, aumentar el gasto público, resulta que los servicios públicos no eran desproporcionados al gasto. ¿Por qué? Sencillamente, porque hemos seguido viviendo en una Administración para quien el ciudadano es una justificación para crecer y crecer y porque, desgraciadamente, no ha calado un ambiente de auténtico y verdadero servicio del aparato público a la sociedad–. A lo que añade que –el problema que hay que resolver es el de la desproporción entre gasto público y calidad de servicios que se está produciendo–. Rodríguez- Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, pp. 23-24.

Desde aquí se propugna la necesidad de privatizar algunos servicios, que los sujetos privados están en condiciones de asumir, con lo que se lograría liberar a los presupuestos públicos de un importante volumen de gasto.[334] Es más, algunos inclusos proponen esa devolución incluso cuando el sector público esté mejor capacitado para prestar esos servicios o prestaciones, pues sólo así podrá centrarse en cumplir aquellas funciones que le son más propias, y sólo él puede proporcionar.[335]

Si bien, también existen voces críticas, que cuestionan esta solución, en cuanto consideran que al privatizar el Estado pierde de forma definitiva patrimonio y, con ello, capacidad para influir en la economía, lo que puede resultar problemático en épocas de crisis económica.[336]

También importante para comprender este auge de lo privado es la clara evidencia de las limitaciones del Estado Social para dar satisfacción a sus finalidades últimas. Nadie puede negar el importante papel jugado en la consecución de la igualdad real, que ha permitido un avance espectacular en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Pero esto no ha impedido que las diferencias entre ricos y pobres sigan creciendo, y lo que es mucho peor, la pervivencia, e incluso crecimiento, de sectores marginados y considerables bolsas de pobreza.[337]

Decisivo para la definitiva eclosión de la acción privatizadora, tanto en Europa como Hispanoamérica, ha sido, igualmente, la acción de algunas organizaciones internacionales.

En Europa ese papel lo ha jugado, sin duda, la Unión Europea[338] que, en su afán por crear un mercado interior europeo, ve en el sector público un

---

334 Troncoso Reigada, A., Privatización, empresa pública y Constitución, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 100-103.

335 Roth, Op. Cit., nota 208, p. 5.

336 En tal sentido, señala Roldán Martín que con la privatización el Estado –pierde definitivamente patrimonio, de modo que no puede volver a usar esta fuente de financiación en lo sucesivo. Se reduce su influencia como agente económico directo, lo que si en época de pujanza económica es irrelevante e incluso deseable para evitar el efecto de saturación o desplazamiento de la iniciativa privada, en época de crisis está por ver que sea una decisión adecuada–. Roldán Martín, Op. Cit., nota 194, p. 49.

337 Señala Rodríguez-Arana Muñoz que –el Estado providencia, en su versión clásica, ha fracasado en su misión principal de redistribuir la riqueza de forma equitativa, hasta el punto de que tras tres décadas de actividades redistributivas no sólo no han disminuido las desigualdades, sino que, por paradójico que parezca, ha aumentado la distancia entre ricos y pobres. Esta desigualdad ha generado grupos de población excluidos y marginados de la sociedad–. Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, pp. 32.

338 Karpenschif, M., –La privatisation des entreprises publiques: una practique encouragée sous suveillance communautaire–, en Revue Française de Droit Administratif 2002-I, pp. 95-103.

elemento perturbador, al que se observa con una cierta desconfianza, pues se teme que utilice sus potestades públicas para beneficiar a los empresarios y productos nacionales. Frente a ello, el mercado y la competencia son un Reino en el que sólo rige el color del dinero, que no entiende de nacionalidades, y no dudará en despreciar al empresario nacional para asumir una mejor oferta procedente de un operador de otro Estado miembro. Desde este presupuesto, su preferencia por la iniciativa privada y el mercado, por más que se haya querido encubrir en ocasiones, es manifiesta.

En América latina ese papel lo han desarrollado las instituciones de crédito internacional. Éstas han venido condicionando el mantenimiento del crédito externo a la adopción de políticas privatizadoras y liberalizadoras. Una sugerencia que la inmensa mayoría de los países latinos no están en condiciones de rechazar, dado el elevado nivel de deuda externa que pesa sobre sus cabezas.[339]

No es ajena tampoco a las tendencias privatizadoras, la espectacular evolución tecnológica experimentada durante los últimos años, que encontraba en muchos casos en los monopolios públicos un obstáculo insalvable para su desarrollo.[340]

Por último, tampoco se puede olvidar la relevancia que ha tenido para la puesta en marcha de este proceso la propia acción de la empresa privada que, ante el creciente papel del Estado en el mundo empresarial, empezó a disputar a éste la prestación de actividades económicas.[341]

---

339 Así lo explica Evans respecto a Centroamérica y el Caribe: –los cambios acaecidos en la economía mundial a partir de los años 70 empujaron a los países en desarrollo hacia una posición en la que las instituciones financieras internacionales tuvieron cada vez mayores injerencias en la definición de sus políticas económicas–. Por diversos motivos explica que estos países adolecen de un elevado nivel de deuda externa. –Es aquí donde aparece un serio problema para el sector público: las organizaciones internacionales estaban dispuestas a suministrar más dinero, pero sólo bajo la condición de que los gobiernos adoptasen políticas económicas aprobadas por ellas, y esas políticas han incluido recortes del sector público–. Evans, Op. Cit., nota 46, pp. 2 y 3.

340 Como señala J. L. Meilan Gil, la –liberalización, en suma, no es sólo el reflejo del desarrollo de la capacidad del mercado para atender las necesidades y demandas de la sociedad, sino también de la evolución tecnológica, mucho más rápida que cuando nacieron los servicios públicos como respuesta jurídica a aquéllas. Los monopolios tienden a estar ligados a tecnologías estables y duraderas, incompatibles con el rápido progreso tecnológico–. Meilan Gil, Progreso tecnológico y servicio público, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 121.

341 Souvirón Morenilla, J. M., La actividad de la Administración y el servicio público, Granada, Comares, 1998, p. 140. La misma opinión respecto al sector eléctrico es destacada por BAUBY, P., –Dérégulation et re-regulation: les transformations du service public de l'électricite–, en Le service public en devenir, L'Harmattan, 2000, p. 206.

Por lo demás, como ya habíamos adelantado, las modalidades y formas en las que esa privatización se ha llevado a efecto son muy diversas. Si bien, dos manifestaciones de esta tendencia deben ser destacadas.

La primera de ellas supone la transferencia de la propiedad de bienes desde el sector público al sector privado.[342] No menos importante durante los últimos años ha sido una operación de índole diferente, pero igualmente enmarcable en lo que se califica en sentido amplio como privatización, consistente en la conversión de mercados públicos antes monopolizados en mercados competitivos, en los que empresas, públicas o privadas, pero en todo caso en persecución de un beneficio empresarial, compiten conforme a las reglas de mercado, si bien sometidas a regulación por parte de los poderes públicos, que trata de lograr un doble objetivo: a) salvaguardar la competencia, evitando que el monopolio público se convierta en un monopolio privado; b) asegurar la satisfacción de las necesidades de interés público existentes en dicho sector.[343]

Aunque dichos procesos no se confunden, pues se trata de dos fenómenos claramente diferenciados, que no tienen que venir necesariamente de la mano,[344] privatización y liberalización se han entrecruzado durante los últimos años.[345]

Estas manifestaciones de la tendencia privatizadora tienen, además, la importancia añadida de ser, como señala Souvirón Morenilla, expresivos de –la renuncia del Estado a su papel de agente directo de la actividad empresarial y una distinta concepción sobre su función ordenadora de las relaciones sociales y económicas–.[346]

Por lo que algunos han hablado de la aparición de un nuevo modelo de Estado, que algunos han caracterizado como Estado Subsidiario (Cassagne[347]) y otros, en forma crítica, como Estado reducido (Linde Paniagua).[348]

En cualquier caso, como señala Rodríguez Rodríguez, los efectos de este movimiento hacia lo privado no deben ser magnificados, pues no han tenido

342 Souvirón Morenilla, Op. Cit., nota 191, p. 2.

343 Véase Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 62.

344 Roldán Martín, Op. Cit., nota 194, p. 27.

345 Linde Paniagua, Op. Cit., nota 179, p. 36.

346 Souvirón Morenilla, Op. Cit., nota 191, p. 3.

347 Casagne, J. C., –Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina–, en Revista de Administración Pública 54, enero-abril de 2001, p. 442.

348 Linde Paniagua, Op. Cit., nota 179, p. 44.

entidad suficiente como para liquidar el Estado intervencionista, dejando éste reducido a los viejos esquemas liberales.[349]

III. La huida del Derecho administrativo

En el Derecho administrativo tradicional los entes públicos adoptaban siempre formas públicas de personificación. A lo que se añadía, además, que esos sujetos se regían en todo caso por el Derecho administrativo, tanto en el ámbito externo como en el interno.[350]

Con el paso del tiempo, sin embargo, esta perfecta equivalencia entre actividad administrativa, forma de personificación y régimen jurídico se va a resquebrajar. De tal forma que la actividad administrativa no se va a realizar en todo caso por personas públicas y sujeta a un régimen administrativo, sino que, en ocasiones, la Administración actúa sometiéndose a las mismas normas jurídicas que rigen la actividad de los particulares,[351] o incluso reniega de su propia naturaleza pública y actúa bajo los ropajes de una personificación jurídica privada.[352]

349 Señala Rodríguez Rodríguez, que –la realidad de las primeras décadas de neoliberalismo nos muestra que el efecto sobre el derecho público y concretamente sobre el derecho administrativo, no es tan catastrófico como podría pensarse inicialmente (...) a pesar de la pretensión extrema de algunos de sus ideólogos y promotores, la práctica nos muestra que el auge del neoliberalismo no ha llegado ni parece acercarse al presunto objetivo de hacer desaparecer el Estado intervensionista y al regreso simple y llano del Estado liberal clásico–. Rodríguez Rodríguez, Libardo, –Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XXI–, en FERNÁNDEZ Ruíz, Jorge (coord.), Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 98.

350 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 408.

351 Como señala Parejo Alfonso, a –partir de la Segunda Guerra Mundial, las nacionalizaciones provocadas por la misma pusieron, finalmente, total y masivamente al descubierto que la forma de la gestión de los servicios por la propia Administración es una cuestión puramente instrumental: ésta puede operar tanto en régimen de Derecho público como en el de Derecho privado–. –Esta evolución supuso la necesidad de la extensión del principio, admitido hasta entonces sólo como excepción, como supuesto anormal: el de la aplicación del Derecho privado a la actividad de la Administración–. –De esta forma quedó consumada, por imperio inapelable de la propia realidad jurídica y práctica, la quiebra de la ecuación, piedra singular de la doctrina del servicio público, servicio público-gestión en régimen de Derecho público–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 99.

352 Señala irónicamente Parada Vázquez que en –función de estos disfraces, el espectáculo del conjunto de los Entes del sector público se asemeja cada vez más a un carnaval–. Parada Vázquez, José Ramón, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 49-50.

Esta transmutación encuentra su justificación en la confluencia de dos factores. Por un lado, es fruto de la asunción por parte del Estado de nuevas labores, fundamentalmente económicas, que demandan nuevas formas de actuación, más adecuadas a la nueva naturaleza de estas tareas que el sector público ha tomado como propias. Como señala Rivero Ortega,

> que la Administración recurra al Derecho privado es una secuela más de la ampliación de los fines del Estado y de su hambre de nuevas formas para cumplimentarlos, que no ha sido convenientemente satisfecha por el Derecho público. Se trata de un fenómeno con precedentes remotos, pero cuyo origen puede localizarse en el momento de la aparición del Estado intervencionista, caracterizado por el protagonismo que asume en el terreno de la economía.[353]

Por otra parte, es también resultado de la inadecuación del régimen administrativo para regir esas funciones. El Derecho administrativo se manifiesta como un Derecho especialmente rígido, plagado de controles y formalismos que lastrarían demasiado la actuación de una Administración que, tras la eclosión del Estado Social, ha entrado plenamente en el desarrollo de actividades puramente económicas.[354]

La suma de estos factores ha llevado a que la Administración busque en el Derecho privado aquello que el Derecho administrativo no ha sabido proporcionarle, un régimen más flexible, que permita realizar con mayor eficacia las nuevas funciones que están ahora también llamadas a realizar los Poderes públicos.[355]

---

353 Rivero Ortega, Op. Cit., nota 79, pp. 13-14.

354 Como señala Desdentado Daroca, este proceso –se ampara en una supuesta inutilidad del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Y no sólo eso, sino incluso un obstáculo o rémora para lograr dicho fin. Se considera que los procedimientos administrativos ordinarios son rígidos e inadecuados; los continuos controles, un factor que resta eficacia; el régimen funcionarial, la causa de la fuga de las mejores cabezas al sector privado; y la regulación de los contratos y de los procedimientos de selección de contratistas lentos y carentes de la necesaria flexibilidad–. La crisis de identidad... Pág. 105. En la misma línea, Rivero Ortega señala que el –precio que la Administración tiene que pagar por sus prerrogativas es cada día más alto y se convierte en un lastre imposible de sobrellevar cuando pretende responder a las múltiples exigencias del Estado Social. En estas circunstancias la renuncia a las prerrogativas para alcanzar la libertad es una tentación demasiado fuerte, pues la Administración no necesita el ejercicio de las clásicas potestades para situarse en una posición de supremacía con respecto a los particulares–. Administraciones públicas y... Pág. 15.

355 Clavero ARÉVALO, –Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas–, en Documentación Administrativa 58, octubre de 1962, pp. 20-25. Palomar Olmeda, Alberto, –Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad

Sin embargo, este recurso al Derecho privado se ha manifestado no sólo en el campo que le es más propio, esto es, aquel en que la Administración actúa desarrollando una actividad puramente económica, operando en las mismas condiciones que lo haría una empresa privada. Terreno en el que no parece que se pueda dudar de la legitimidad del uso del Derecho privado por la Administración.[356] Sino que se ha hecho también presente, en ocasiones, en actuaciones que implican una auténtica realización de funciones administrativas propiamente dichas, ámbito donde la legitimidad de esta practica es discutible.[357]

Esto supone entrar en el escabroso campo de la huida del Derecho administrativo. Sin duda una de las cuestiones que han generado un mayor debate dentro de nuestra disciplina durante los últimos años.

El empleo de esta gráfica expresión pretende mostrar que, cuando hay ejercicio de funciones públicas, el uso de un régimen común al que rige para los sujetos privados adquiere un cierto carácter fraudulento.[358] Lo que conlleva, en ocasiones, una relajación en los controles públicos y una merma de la ga-

---

de la Administración–, en Revista Internacional de Ciencias Administrativas 57-4, 1990, pp. 141-142.

356 Parada Vázquez, José Ramón, Derecho administrativo II, decimocuarta ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 254. Del Saz Cordero, Op. Cit., nota 63, p. 65. Calvo Charro, M., –La Administración institucional. Los organismos públicos–, en La Administración Pública Española. 532. Sala Arquer, J. M., –Huida del Derecho privado y huida del Derecho–, en Revista Española de Derecho Administrativo 75, julio-septiembre de 1992, pp. 412-413. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 394.

357 En tal sentido, señala L. Parejo Alfonso que el –legislador carece de completa libertad a la hora de la delimitación subjetiva de la Administración pública y objetividad de la actividad administrativa. La Constitución define un marco suficientemente preciso: Administración pública y actividad administrativa es (arts. 103, 106 y 128, en relación con el 149. 1. 18) todo lo que no es sujeto ejerciente de actividad económica ordinaria (entregada a los sujetos ordinarios del Derecho) y en régimen de concurrencia con éstos y, por tanto, actividad de este tipo. Así, pues, con la sola excepción de estos últimos sujetos y actividades (que responden a una expresa y excepcional habilitación jurídica privada) todos los restantes sujetos y actividades reconducibles al interés general están constitucionalmente sometidos a un estatuto único público (lo que nada dice aún sobre su flexibilidad y contenido concreto)–. –Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común–. Parejo Alfonso, La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Madrid, 1993, p. 38.

358 La doctrina ha hablado así de un abuso en el recurso al Derecho privado. González-Varas Ibañez, S., El Derecho administrativo privado, Madrid, Montecorvo, 1996, pp. 122-124. E incluso de una utilización patológica de éste. Sala Arquer, Op. Cit., nota 233, p. 399.

rantía de los administrados,[359] así como importantes perturbaciones en el discurrir de la acción pública.[360]

Para precisar con mayor claridad este concepto, conviene hacer una observación adicional. Pues parece oportuno señalar que quedarían fuera del mismo los supuestos de privatización material, esto es, aquellos casos en que la Administración deja de intervenir en un determinado sector, cediendo el mismo a los particulares. De tal forma que, cuando hablamos de fuga del Derecho administrativo, no referimos exclusivamente a los supuestos de privatización formal, esto es, cuando el sector público sigue estando presente en ese ámbito, pero sujetando su actividad al Derecho privado en vez de al Derecho administrativo.[361]

La doctrina, por regla general, se ha mostrado crítica con este fenómeno, y ha puesto de manifiesto que, por más que la Administración deba servir al valor de la eficacia, también debe servir otros objetivos, no de menor entidad, consagrados constitucionalmente, como el principio de legalidad, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad de concurrencia, la publicidad y la transparencia, etc. Todos estos objetivos quedan indiscutiblemente mejor servidos por un Derecho específicamente diseñado al efecto, como lo es el Derecho administrativo, que por el Derecho privado, que responde a otro contexto y necesidades. Siendo, por ello, este último, en ocasiones, inadecuado para regir la actividad de la Administración.[362]

Sin embargo, esa uniformidad doctrinal no alcanza a la búsqueda de soluciones a los problemas que plantea. Así, algunos atacan la propia legitimidad del mismo, y postulan que éste es contrario al ordenamiento jurídico, lo que implica proclamar su inconstitucionalidad, pues, en cuanto procede de una decisión del legislador, esa contrariedad debe proceder de la propia Constitución, y no de la vulneración de meras leyes ordinarias.

---

359 Del Saz Cordero, Op. Cit., nota 63, p. 62.

360 Como indica A. Sánchez Blanco, la huida del Derecho Administrativo genera un importante cúmulo de perturbaciones: –quiebra de conceptos, ruptura de la coherencia organizativa y anulación de las técnicas de control de la actividad de las Administraciones públicas–, además de ser una –fuente inagotable de instrumentalización y desviación de los intereses públicos–. –Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas–. Sánchez Blanco, Revista de Administración Pública 132, septiembre-diciembre de 1993, pp. 84-85.

361 Del Saz Cordero, Op. Cit., nota 63, p. 61. Como señala Desdentado Daroca, este –proceso de pseudoprivatización de la Administración, (...) no supone, en modo alguno, un repliegue de la actividad administrativa, sino únicamente su disfraz mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado–. Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p. 105.

362 Ídem, pp. 107-109.

Para estos autores la posibilidad de optar por la utilización de un régimen de Derecho privado o de Derecho público para regir la actividad de la Administración choca con un límite constitucional. Pues existiría en nuestra Norma Fundamental una reserva de Derecho administrativo. Esto es, cuando la Constitución sujeta a la Administración al Derecho no es un sometimiento a un Derecho cualquiera, sino al Derecho administrativo; y cuando afirma las facultades de control de los tribunales sobre la actuación administrativa, no se refiere a cualquier tribunal, sino a los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.[363]

Otros, sin embargo, consideran que no es precisa la desaparición del recurso al Derecho privado por parte de la Administración. Para ello se apoyan en que el ordenamiento jurídico ofrece suficientes vías para reconducir el mismo a los parámetros fijados por el texto constitucional, sin necesidad de recurrir obligatoriamente al Derecho administrativo, o a los tribunales administrativos, pues otras ramas del Derecho y otros órdenes jurisdiccionales también ofrecen garantías suficientes al respecto. Es, por ello, al legislador, dotado en este ámbito de un margen importante de decisión, y no a la Constitución, que no debe ser interpretada desde las concepciones de un determinado momento histórico, al que le corresponde determinar el régimen jurídico y los tribunales a los que se somete la Administración.[364]

---

363 Esta posición ha sido defendida por Del Saz Cordero, Del Saz Cordero, Op. Cit., nota 63, p. 65. A la que sigue un sector importante de la doctrina. Parada Vázquez, José Ramón, Derecho Administrativo I, undécima ed., Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 30-32. Fuera de nuestro país esta tesis ha sido aceptada por Brewer-Carías, Op. Cit., nota 147, pp. 26-27.

364 Esta postura ha sido defendida por I. Borrajo Iniesta, según el cual no existe una reserva de Derecho administrativo, porque –el legislador dispone de una amplísima libertad de configuración en todo lo que no atañe directamente a los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos; potestad que es especialmente amplia en todo lo concerniente a la organización y el régimen de actuación de las Administraciones públicas, y que alcanza incluso a permitirle arrojar al desván de los trastos el acervo de técnicas jurídicas que han sido acuñadas por la experiencia histórica, y que han sido depuradas por el esfuerzo intelectual de los juristas.

Resulta extraordinariamente peligroso interpretar el texto constitucional a través de las lentes de lo que existe, entender que la Constitución garantiza el ordenamiento vigente, petrificándolo frente a las innovaciones que puedan introducir las Cortes Generales o los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, que son las instituciones elegidas para mantener o modificar la principal fuente de normas de nuestro sistema jurídico: la ley–.

Esto no supone para este autor que la Constitución no vincule al legislador en este aspecto. Pero sirve, siempre según su opinión, para refutar la existencia de una reserva de Derecho administrativo. Pues –la lucha del Derecho contra la arbitrariedad del poder, contra sus inmunidades y asimismo contra sus inactividades y desfallecimientos en la procura de los intereses generales, ha de ser llevada a cabo en el contexto que ofrecen las leyes, y no

Argumentación a la que añaden algunos un elemento de peso, la Administración debe actuar siempre conforme al régimen jurídico que resulta más adecuado para dar satisfacción a los intereses públicos y, en ocasiones, no lo es el Derecho administrativo, sino otras ramas del Derecho.[365]

---

contra ellas. (...) El dogma jurídico no debe contradecir a la ley, salvo que sea inevitable (...). Por añadidura, el dogma central de nuestro Derecho consiste en que la ley es aprobada por instituciones democráticamente elegidas y que –a pesar de lo que a veces puede parecer –no siempre yerran–.

Desde aquí postula que en una situación de huida del Derecho administrativo se puede seguir dando cumplimiento a los mandatos constitucionales. Opinión que apoya en tres postulados:

En primer lugar, –el sometimiento al Derecho privado no equivale necesariamente a la huida de todo Derecho y de todo control; las técnicas para sujetar el poder al Derecho que ofrecen los Códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes: pues la normativa que resulta aplicable a los entes administrativo no es la que consagra la libertad de los propietarios, sino la que sujeta a los administradores de intereses ajenos–.

En segundo lugar, la –huida al Derecho privado es, en cierta medida, inútil: la Administración no puede dejar de ser quien es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajos jurídicos; y, sobre todo, siempre subsistirá un dato capital, cu ya relevancia es preciso rescatar de los archivos del antiguo Derecho: quien maneja caudales públicos no aparece ante la ley como quien gestiona propiedades privadas, sea cual sea su status subjetivo–.

En tercer lugar, es –inaceptable identificar el control judicial de la Administración pública con el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales como para los intereses generales, por los jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del Derecho–. Borrajo Iniesta, –El intento de huir del Derecho administrativo–, en Revista Española de Derecho Administrativo 78, abril-junio de 1993, pp. 234-236.

365 En tal sentido Rodríguez-Arana, que considera que –la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil–. A lo que añade que –lo determinante no es la naturaleza del ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El art. 103 se refiere al sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cual, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión concreta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las Ciencias Sociales, con todos los respetos, ya paso de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho privado. Eso sí,

Hay, por último, en tercer lugar, una postura intermedia, que considera que no existe una reserva general de Derecho administrativo en la Constitución, pero sí reservas parciales. Según esta tesis, hay, por un lado, algunas materias en las que rigen determinados límites y principios a la actividad de la Administración, como por ejemplo el principio de mérito y capacidad en la selección de personal o el trámite de audiencia al interesado para dictar actos administrativos. Si en estos casos se sujeta a la Administración al Derecho privado, éste deberá incluir mecanismos que den satisfacción a esas exigencias, pues en caso contrario será inconstitucional su utilización. Por otra parte, hay determinadas actividades que implican ejercicio de autoridad y deben, por tanto, tener carácter público y estar sujetas al Derecho administrativo (Leguina Villa, Desdentado Daroca).[366]

IV. La Administración neutral: las Administraciones independientes

En el Derecho clásico la Administración se concebía como una entidad subordinada y dirigida por el Gobierno. Éste, además, en cuanto dotado de una legitimidad representativa indirecta, era el que daba legitimidad a la acción de la Administración, que carecía por sí sola de dicha legitimidad. Configurándose, en definitiva, la Administración como una organización de carácter estrictamente instrumental, que actúa bajo la dependencia del Gobierno.

En los últimos años, sin embargo, hemos asistido a la proliferación de un conjunto de entidades administrativas que cuestionan seriamente estos postulados tradicionales y, con ello, el modelo de Administración pública que los acompaña. Nos estamos refiriendo, obviamente, a las Administraciones Independientes, que han supuesto un severo correctivo a las tesis antes ex-

cuando la Administración acuda al Derecho privado debe explicar porqué lo hace porque, evidentemente, el Derecho Común sigue siendo el Derecho Administrativo. Rodríguez-Arana Muñóz, Jaime, Op. Cit., nota 64, pp. 93-94.

366 Leguina Villa, J., –Algunas notas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo–, en Revista Jurídica de Navarra 19, 1995, p. 11 y sigs. Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p. 116 y sig.

puestas,[367] como una consecuencia más del conjunto de transformaciones que en los últimos años está experimentando el Derecho público.[368]

Estas entidades no son, en puridad, una novedad para el Derecho administrativo, pues cuentan con una amplia tradición en el Derecho estadounidense, pero si son una rotunda novedad para la mayor parte de los países europeos y latinoamericanos, en los que estas figuras eran totalmente desconocidas.

La razón de ser de su importación parece situarse en un profundo desencanto por el funcionamiento del sector público y, particularmente, por la politización de la vida pública, que lleva a la búsqueda de una gestión pública neutralizada, en el sentido de no contaminada por políticas partidistas,[369] que permita una desideologización del ejercicio del poder.[370]

---

367 Señala Desdentado Daroca que estamos –asistiendo (...) a una crisis del modelo clásico de Administración Pública y a una transformación esencial de su naturaleza. De acuerdo con la concepción de la Administración Pública surgida del constitucionalismo liberal, en la que se han inspirado los sistemas constitucionales occidentales de la actualidad, ésta es una organización profesionalizada y jerarquizada de carácter puramente instrumental o servicial de la comunidad, dirigida a la satisfacción de los intereses generales. La Administración no es representante del pueblo y su voluntad no posee, por tanto una legitimidad propia. Por su composición, su función y su naturaleza no democrática, la Administración ha de configurarse, necesariamente, como un ente dependiente. De ahí, precisamente, que esté sometida al control y a la dirección del Gobierno. El origen de éste y su subordinación al mismo es lo que confiere a la Administración una legitimidad democrática indirecta de la que de otro modo carecería. Y, por otro lado, la dirección de la Administración permite a las Cámaras exigir al Gobierno las responsabilidades políticas pertinentes por el funcionamiento de la misma–. Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, pp. 136-137.

368 Señala E. García Llovet, que –nos encontramos en presencia no de un fenómeno casual, sino causal, que responde al proceso de transformación de todo el Derecho Público, de los poderes públicos del Estado y, en definitiva, de las formas y medios de ejecución del poder en las sociedades occidentales–. García Llovet, –Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho–, en Revista de Administración Pública 131, mayo-agosto de 1993.

369 Como señala A. Betancor Rodríguez, el Estado es –percibido por los ciudadanos como un gigante torpe y lento, cumplidor ineficaz de sus obligaciones para con la sociedad, ofensivo para sus derechos y libertades y que interviene en la sociedad de acuerdo con criterios político- partidistas lo que le convierte en una suerte de manipulador–. Betancor Rodríguez, Andrés, Las Administraciones Independientes, Madrid, Tecnos, 1994, p. 118. En el mismo sentido, señala Desdentado Daroca que la –creación de las Administraciones Independientes parece responder a un nuevo sentimiento que recorre las sociedades occidentales: la desconfianza respecto al funcionamiento del sistema democrático y de los Gobiernos–. Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p. 137.

370 García Llovet, Op. Cit., nota 245, p. 93.

Pero también vienen a dar respuesta a las demandas que vienen solicitando desde hace tiempo un cierto repliegue del sector público,[371] en cuanto a través de ellas se actúa un nuevo modo de acción pública, la regulación, que supone, sino necesariamente una intervención pública menos intensa, si un retroceso de la actividad pública directa, para limitarse a reconducir la acción de sujetos normalmente privados, o que, al menos, actúan como tales.

El concepto de Administración Independiente es susceptible tan sólo de una precisión limitada, pues bajo esta rúbrica se engloban, en realidad, entidades muy diversas. Hasta el punto de poderse afirmar que no existen dos Administraciones Independientes iguales.[372] Si bien esto no impide, en ningún modo, su delimitación conceptual, pues presentan suficientes rasgos comunes para cimentar una construcción teórica unitaria.[373]

El punto clave para su definición es su mal llamada independencia, pues en realidad se debería hablar tan sólo de autonomía.[374] La razón de esta confusión reside en que dicha autonomía tiene un carácter reforzado, con el objetivo de que la Administración independiente se convierta, como ya dijimos, en un ente neutralizado políticamente. De tal forma que, como señala Jiménez de Cisneros Cid, se constituyen en organismos –ajenos –o al menos razonablemente distanciados- a la lucha política–.[375]

371 Ídem.

372 Álvarez García, y Duarte Martínez, Administración pública y electricidad, Madrid, Civitas, 1997, p. 98.

373 En tal sentido, señala García Llovet que –en la tipología de entes que nos ocupa hay una serie de características comunes que si bien acaso no permiten configurar un modelo acabado, si desde luego proporcionan unos parámetros de reconocimiento, unas pautas de identificación y, en otro nivel, un corpus de técnicas y principios de funcionamiento comunes–. García Llovet, Op. Cit., nota 245, p. 94.

374 Betancor Rodríguez, A., –L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes–, en Etudes et Documents 52, 2001, pp. 414-415. Álvarez García, y Duarte Martínez, Op. Cit., nota 246, pp. 100-101. Parejo Alfonso, Luciano, –Prologo– al libro de Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 246.

375 Jiménez De Cisneros Cid, Op. Cit., nota 142, p. 340. En el mismo sentido, García De Enterría y Fernández Rodríguez señalan que su creación responde al propósito consciente –de neutralizar políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 418. Como señala M. Sánchez Morón, lo –que se pretende con esa formula organizativa es, sencillamente, evitar o reducir las interferencias políticas en la realización de ciertas actividades públicas que precisan ejercerse, por razones dispares, con estricta neutralidad–. Sánchez Morón, Derecho administrativo, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 409.

Esa neutralidad debe ir, en realidad, más allá del ámbito puramente político, extendiéndose también a cualquier grupo de presión, lo que comprende tanto los poderes burocráticos como los económicos.[376]

La otra nota que caracteriza estas entidades es su carácter técnico o profesional, pues, al menos presuntamente, van a desarrollar su acción sobre la base de criterios técnicos.[377]

De esta forma se les dota de una nueva legitimidad, distinta a la tradicional legitimación representativa: la legitimidad técnica.[378]

Todo ello no debe entenderse que se enmarque en una operación de adelgazamiento de la intervención pública en un sector. En realidad, con este tipo de entidades lo único que se pretende es la transformación del modo en que esa intervención se va a llevar a cabo, logrando que esta asuma un carácter imparcial, pero sin que esto implique necesariamente una limitación de su extensión.[379]

Para conseguir esa autonomía y neutralidad técnica que les es característica, se les va a dotar de un conjunto de garantías especiales, de las que normalmente no están dotadas las Administraciones Públicas. Estas medidas no son suficientes, sin embargo, como ya dijimos, para dotarlas de una auténtica independencia, como la que disfruta, por ejemplo, un tribunal de justicia. Son, por ello, una suerte de categoría intermedia, que sin dejar de ser Administración Pública se aproxima, en algunos aspectos, a la independencia característica de los órganos judiciales.

Antes de examinar estas garantías debe hacerse una advertencia previa. Estamos hablando de unas notas que con carácter general se entiende deben existir en estas instituciones, pero que no se dan necesariamente en todas ellas.

---

376 Gnes, M., –The Italian Independent Administrative Authorities: the Transplatation of an American Experience–, en European Public Law 1997-3, p. 35.

377 377 Gallego Anabitarte y Rodríguez Santiago, –La nueva regulación del mercado del gas natural–, en Revista de Administración Pública 148, enero-abril de 1999, pp. 58-59. Como señala López-Jurado Escribano, se constituyen en –una suerte de gobierno por expertos–. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 46.

378 Como señala Betancor Rodríguez, las –Administraciones independientes son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública neutralizada–. Pero también de –la búsqueda de otro tipo de legitimidad para la gestión pública: la legitimación técnica–. Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 246, p. 29.

379 Sala Arquer, J. M., –El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes–, en Revista Española de Derecho Administrativo 42, abril-junio de 1984, p. 409.

En realidad, al descender al supuesto concreto, se encuentran múltiples peculiaridades y diferencias entre las entidades que reciben esta calificación.[380]

En primer lugar, se va a otorgar a sus directivos un estatuto especial que, sin equipararse a la inamovilidad judicial, se aproxima en algunos aspectos a ella. Así, sólo podrán ser removidos de sus cargos, durante el tiempo que dure su mandato, si concurre alguna de las causas tasadas establecidas expresamente por su normativa reguladora.[381]

A fin de evitar que el Gobierno o el grupo parlamentario mayoritario que lo sustenta pueda controlar dichas instituciones, se establece un periodo de mandato para sus dirigentes que no coincida con la legislatura y, por tanto, el mandato del gobierno.[382]

También se establecen un conjunto de garantías en relación a su nombramiento. Así, en primer lugar, para garantizar su autonomía, se suele prever la intervención en su nombramiento de otros poderes del Estado, particularmente del legislativo.[383]

Están dotadas de personalidad jurídica propia, lo que les distingue de los órganos administrativos.[384]

Para impedir que el ejecutivo pueda controlarlos estrangulados económicamente, están dotados de determinadas garantías en el ámbito financiero. Concretamente, deben de gozar de una financiación adecuada, que les permita desarrollar sus funciones. Así como de autonomía suficiente para gestionar

380 Señala al respecto García Llovet, que siempre –encontraremos alguna o algunas Administraciones Independientes, o entes que creemos merecedores de tal clasificación, que escapan a alguno de los parámetros de reconocimiento; parece necesario asumir, una vez más, que los modelos no se plasman en la realidad más que por aproximación. Sólo algunas, muy contadas, de las actividades satisfacen plenamente los parám etros que fijaremos. La respuesta puede estar en plantearnos no un modelo cerrado, sino una escala de gradación de independencia de las Administraciones Independientes–. García Llovet, Op. Cit., nota 245, p. 94.

381 Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p.135. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 49. Fernández Ordóñez, M. A., –Reflexión preliminar–, en Lasheras, M.A., La regulación económica de los servicios públicos, Barcelona, Ariel 1999, p. 213.

382 Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p. 105. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 49.

383 Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p.135.

384 García Gómez De Mercado, F., Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 43. Torno Mas, J., La autoridades reguladoras de lo audiovisual, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 73. Betancor Rodríguez, A., –Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos–, en La Administración Pública Española, Madrid, INAP, 2002, p. 608.

su presupuesto.[385] Además es preciso que cuenten con un cierto patrimonio e ingresos propios.[386]

Asimismo, para garantizar su competencia técnica y profesional, asegurando que se trata de auténticos expertos con prestigio contrastado, se suele exigir que concurran en sus directivos determinadas competencias y capacidades profesionales,[387] que le permitan tener y actuar desde un criterio propio.[388]

Esto va a llevar a que sean casi siempre profesionales que han desarrollado una larga carrera en el sector del que se trate. Lo que genera el riesgo de que pierdan su neutralidad a favor de las empresas que operan en dicho ámbito, pues, más tarde o más temprano, deberán volver a trabajar en ellas. Lo que incrementa el riesgo de que su voluntad sea captada por éstas, durante el tiempo que desarrolla sus servicios en la Agencia.[389]

Para evitar que así ocurra, se suele establecer un periodo de cuarentena, esto es, un lapso de tiempo en el que los miembros de las Administraciones Independientes no podrán prestar servicios en el sector en el que desarrollan sus funciones.[390]

A efectos de garantizar su neutralidad se les sujeta, igualmente, a un exigente régimen de incompatibilidades,[391] con el que se pretende garantizar su imparcialidad tanto frente a los sujetos privados, como ante las estructuras del poder político.[392]

Aunque no es la única opción posible, pues en algunos casos se les ha dado un carácter unipersonal, se suele considerar más adecuado que tengan composición colegiada. Lo que facilita que el órgano posea la pluralidad de perspectivas y habilidades que se entiende que requieren estos entes para desarrollar correctamente su función.[393]

---

385 Fernández Ordóñez, Op. Cit., nota 258, p. 6.

386 Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 261, p. 614.

387 Ariño Ortiz, G., –Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional–, en Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo, Madrid, 1993, t. I, p. 70. Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p. 135.

388 Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 261, p. 607.

389 Ariño Ortiz, Op. Cit., p. 65 y 70.

390 Cananea, G., –La réglementation des services publics en Italie–, en Revue Internationale des Sciences Administratives, número 68, marzo de 2002, p. 98. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 49.

391 Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 261, p. 611.

392 García Llovet, Op. Cit., nota 245, p. 105.

393 Prosser,T., Law and the regulators, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 299. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 48. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 103. Señala al respecto Betancor Rodríguez, que –es más difícil sostener la independencia y aún más realizarla cuando el ente

No obstante, eso no debe permitir que su composición sea el resultado de una transacción, mediante la cual se convierta el nombramiento de sus miembros en un reparto entre los partidos políticos conforme a cuotas de poder. Lo que dejaría en entredicho tanto su verdadera neutralidad como su carácter técnico.[394]

Ni siquiera debería permitirse que los miembros de la Comisión fuesen representantes de los distintos sectores implicados en el ámbito donde la Agencia desarrolla sus funciones. Pues esto podría llevar a que se resolviesen los posibles conflictos dentro del órgano, en una negociación cerrada, sin la necesaria participación y transparencia.[395]

Si bien si parece adecuado, en cuanto permite tener en cuenta los diversos intereses existentes en el sector, que la Agencia cuente en su organización con órganos en los que estén representados los diversos actores que operan en el mismo.[396]

No debería de poder renovarse el mandato de sus directivos, pues esto permite ejercer sobre sus miembros una presión considerable cuando llega la hora de decidir sobre su renovación.[397]

Desde el punto de vista funcional, es imprescindible que tengan atribuidas un ámbito competencial de forma propia y exclusiva.[398]

---

tiene una organización simple (un órgano unipersonal ejecutivo) que cuando es una organización compleja–. Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 261, p. 608.

394 En tal sentido, López-Jurado Escribano señala que esta práctica es censurable. A lo que añade, resignadamente, que si –se respeta el criterio de la debida preparación profesional de los consejeros, esta práctica resulta menos repudiable que si se emplea para convertir esas Comisiones en una suerte de cementerio de elefantes, o de prebenda con la que se pagan anteriores servicios prestados a una determinada formación política–. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, pp. 48-49.

395 Prosser, Op. Cit., nota 270, p. 299.

396 Señala Betancor Rodríguez que –la independencia está relacionada con la existencia de órganos de representación de todos los intereses presentes en el ámbito de actuación del ente, porque esta representación permite la escenificación de todos los intereses y su correlativo equilibrio, contexto adecuado para garantizar la independencia del ente–. Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 261, p. 608.

397 Fernández Ordóñez, Op. Cit., nota 258, p. 6. García Llovet, Op. Cit., nota 245, p. 106.

398 Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p.134.

Su tarea característica es la supervisión de un ámbito sectorial concreto y determinado.[399] Concretamente sectores en los que operan sujetos esencialmente privados, estando presentes intereses públicos especialmente relevantes.[400]

Para cumplir esas funciones se les atribuye una amplia gama de poderes y facultades, de naturaleza muy heterogénea. De entre ellas debe destacarse, por su importancia, el otorgamiento de importantes atribuciones en materia de obtención de información, sin las cuales difícilmente van a poder cumplir su labor.[401]

No deberán, además, poder solicitar ni recibir ordenes, instrucciones o directivas por parte del Gobierno.[402] Ni éste ni otros órganos superiores de la Administración deben poder, tampoco, fiscalizar sus decisiones, esto es, éstas no deben poder ser impugnadas a través de recurso de alzada.[403]

Sin embargo, sentado su carácter administrativo, es evidente que sus decisiones, como las de cualquier Administración pública, están sujetas a control judicial.[404] No se puede negar, no obstante, que ese control judicial plantea especiales dificultades, que no están presentes en otras entidades administrativas. Ya hemos visto que operan en sectores especialmente tecnificados, que exigen conocimientos muy específicos y manejan un alto grado de información sobre el sector. Esto va a dificultar su control por parte de un juez que carezca de esa específica formación e información respecto al sector regulado, por lo que la mejor doctrina reclama que se garantice la preparación técnica de los órganos judiciales llamados a realizar dicho control.[405]

Pero aun contando con esa preparación especializada, el juez va poder realizar un control judicial limitado de esas decisiones, pues va a tener que respetar la existencia de una considerable discrecionalidad técnica del regulador.[406]

---

399 López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 47. García Llovet, Op. Cit., nota 245, p. 100.

400 Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 261, p. 606. Señala al respecto W. A. Robson que la –misión de la Comisión reguladora es normalmente el control o supervisión de las empresas relacionadas con un interés público y que funcionan en base a un beneficio privado–. Robson, Industria nacionalizada y propiedad pública, trad. de J. Petit Fontsere, Madrid, Tecnos, 1964, p. 116.

401 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, pp. 1197-1201.

402 Desdentado Daroca, Op. Cit., nota 183, p. 134. Betancor Rodríguez, Andrés, Op. Cit., nota 261, P. 608.

403 López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 49.

404 Cananea, Op. Cit., nota 267, p. 99.

405 Ariño Ortiz, G., –Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico–, en El nuevo servicio público, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 53.

406 Cananea, Op. Cit., nota 267, p. 99.

La irrupción de estas entidades no ha sido ni mucho menos pacífica, mas bien lo contrario, han generado un grado de discusión importante. Son muchos los que rechazan este fenómeno, por considerar que viene a romper reglas estructurales del Derecho administrativo.

También son muchos, no obstante, los que defienden su necesidad, en cuanto vienen a constituir un contrapunto a la vieja Administración burocrática y jerarquizada, que dinamizará la transparencia y neutralidad de toda la Administración.[407]

En cualquier caso, todo parece indicar que estas nuevas entidades han llegado para quedarse, por lo que toda reflexión sobre la Administración pública y el Derecho administrativo debe construirse teniéndolas presentes.

V. Nueva posición del ciudadano, participación y retroceso de las técnicas unilaterales de la Administración

Uno de las más radicales transformaciones que ha experimentado el Derecho administrativo de nuestros días se ha manifestado en la posición del ciudadano ante la Administración.[408] La toma de conciencia de que esta última no es tanto un poder, como un instrumento al servicio del administrado, que se justifica y cobra sentido en la medida en que da satisfacción eficaz a las necesidades de éste, lleva irremisiblemente a la conversión del ciudadano en el punto central desde el que se deben de construir y concebir todas las políticas publicas.[409]

---

407 En tal sentido, señala López-Jurado Escribano que la función principal que vienen a desarrollar estas agencias es –servir de contrapeso –de nuevo los check and balances como mecanismo de control y acierto en el ejercicio del poder a la Administración territorial jerárquica en la regulación de estos sectores, propiciando la transparencia de las decisiones que en ellos se adopten y de las prácticas de las empresas que en ellos actúan. La importancia de los informes, de los arbitrajes, de los procedimientos que estas Agencias tramitan está –más que en su relevancia práctica inmediata- en el efecto indirecto sobre la corrección del ejercicio de otras potestades públicas. Pues dotan de transparencia a todo el sistema, alertando a la opinión pública sobre la gestión que se hace de los poderes que ejercen el Estado y las Comunidades Autónomas, en los sectores regulados–. López-Jurado Escribano, Op. Cit., nota 184, p. 51.

408 Ya hace tiempo advirtió Muñoz Machado de la existencia de –mutaciones muy sustanciales en la construcción técnica de las principales instituciones de Derecho administrativo que se han ido formando como respuestas técnicas jurídicas a problemas concretos que, aunque sigan vigentes, están siendo desbordadas por las nuevas formas de entender las relaciones entre el Estado y los ciudadanos–. Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 93, p. 533-534.

409 Como señala Rodríguez-Arana Muñoz, –los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano y en función de sus nece-

Esto ha dado pie para que se consolide una nueva cultura administrativa, que se cimienta sobre la idea de servicio, y deja en un segundo plano la idea de autoridad, de poder que manda. Como fruto de ello, la Administración abandona en parte, la posición de superioridad y primacía que había mantenido en etapas históricas anteriores, y asume una posición de mayor proximidad respecto al administrado.[410]

Si bien hay quien enjuicia este proceso de forma negativa, en cuanto ve en él un debilitamiento de la Administración, que configura un sector público anémico, carente de la autoridad y el impulso suficiente para hacer prevalecer el interés público, y plegada a la satisfacción de los intereses privados.[411]

En cualquier caso, de este nuevo marco de relación Administración- administrado se derivan toda una serie de consecuencias, que han dado un nuevo rostro al Derecho público.

Por un lado, la persona que entra en relación con la Administración ya no puede ser concebido como un sujeto sometido a un poder que manda, ya no es súbdito, es ahora un sujeto activo de derechos.[412] Prueba de ello es el desplazamiento de la tradicional denominación de éste como administrado. Término en el que se puede percibir una cierta idea de subordinación, por la expresión políticamente más correcta de ciudadano. Mero artificio verbal en opinión de algunos, carente de toda repercusión práctica,[413] pero dotado, en

---

sidades colectivas. Éste es, en mi opinión, el puntuns dolens de cualquier proceso de reforma o modernización administrativa: que se tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano–. Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 16.

410 Como señala V. Vázquez de Prada, se trata de conseguir un –acercamiento de la Administración-administrados, descendiendo aquélla de su alto dosel y perdiendo, al menos, sus apariencias de heredera de los antiguos poderes absolutistas–. Vázquez de Prada, –Nuevas perspectivas en la relación Administración Pública-Administrados–, en Documentación Administrativa 186, abril-junio de 1980, p. 174.

411 En tal sentido Del Saz Cordero, que, tras subrayar la debilidad del Derecho administrativo en las relaciones de la Administración con los particulares, señala que el –Derecho administrativo de nuestro tiempo ofrece evidentes pruebas de que el interés privado se superpone al interés público en la regulación sustancial de sus más fundamentales instituciones–. Del Saz Cordero, Op. Cit., nota 63, pp. 68-69.

412 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 93, p. 86.

413 En tal sentido, señala Parada Vázquez que el –término administrado era preferible al de ciudadano por ser más preciso y para evitar connotaciones políticas de este término y porque el término administrado comprende también a los extranjeros que no disfrutan de los mismos derechos políticos que los nacionales–. A lo que añade que, el cambio de la expresión administrado por el de ciudadano –es pura retórica, triste bizantinismo, ¡parole, parole!, y que sustituir la expresión de administrado por el de ciudadano para referirse a los que para bien o para mal entran en relación jurídico-administrativa

cualquier caso, de un claro valor expresivo de una notable transformación en la comprensión del papel y sentido de la Administración pública.

En otro orden de cosas, aunque en la misma dirección, se sitúa el hecho de que se vea cada vez más en ese ciudadano que entra en relación con la Administración un –cliente–, al que se debe dar una atención más personalizada y atenta a sus necesidades.[414] Haciendo, de este modo, de la Administración, que constituía una entidad, en cierto modo, cerrada a las demandas individuales de los ciudadanos y grupos en los que éstos se integran, una entidad receptiva, que trata de abrir cauces para conocer y dar satisfacción a esas necesidades.[415]

Con ello, se pasa a un nuevo marco de acción para la Administración Pública, en el que se convierte en un objetivo fundamental la búsqueda de la calidad en la gestión administrativa.[416] Elemento más que significativo de una Administración que quiere orientarse, más que nunca, al servicio al ciudadano.

Si bien, obviamente, ni esa idea de –calidad– que opera en el sector público puede equipararse sin más a la que rige en el sector privado,[417] ni el ciudadano

---

con un Ente público, ni nos lleva muy lejos, ni va a mejorar los servicios públicos o las garantías del ciudadano-administrado–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 229, pp. 136-137. De forma más matizada A. Embid Irujo considera que no –habría (...) hoy inconveniente en seguir hablando en leyes puramente procedimentales de derechos del administrado, pues el concepto, como tal, no arrastra consigo ninguna desvalorización del sujeto y cubre, sin necesidades de interpretación forzada, a cualesquiera que se relacionen con la Administración Pública–. Embid Irujo, El ciudadano y la Administración, Madrid, MAP, 1994, p. 41.

414 En tal sentido, señalan J. Subirats y R. Goma, que hoy –parece abrirse paso como nuevo concepto interpretativo de las relaciones individuo y Estado, o entre individuo y administraciones públicas, el término de cliente que pretende reforzar la binariedad de una relación que, desde las transformaciones de la segunda posguerra y la generalización del intervencionismo estatal y de los derechos sociales, configuraba al Estado como una fuente de protección y servicios, pero poco propicios a diferenciaciones o tratamientos individualizados de situaciones previamente estandarizadas–. Subirats y Goma, –Gestión pública y reforma administrativa en los noventa: nuevos retos y oportunidades–, en Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?, Madrid, Izquierda Unida, 1993, pp. 69-70.

415 Segarra Ortiz, Op. Cit., nota 172, p. 13. Señalan Subirats y Goma que la consideración del usuario como cliente implica –una relación más activa, co-productiva, entre representantes de la administración y de sus políticas y ciudadano afectado o beneficiado por las mismas–. Subirats y Goma, Op. Cit., nota 291, pp. 69-70.

416 Segarra Ortiz, Op. Cit., nota 172, p. 14.

417 Véase al respecto las consideraciones de Martín Mateo, R., en Gestión y Evaluación de la Calidad en los servicios públicos, Madrid, MAP, 1996, p. 38 y sigs.

puede ser nunca, en sentido estricto, un simple cliente como el de las empresas privadas.[418]

De este nuevo marco de relaciones también se deriva un fenómeno muy relevante, tanto desde el punto de vista práctico, como teórico, en cuanto viene a modificar de forma considerable toda una serie de teorías y estructuras jurídicas básicas:[419] el notable y creciente peso que están adquiriendo las fórmulas de participación del administrado en las tareas públicas.

Aunque el término participación es muy ambiguo y de difícil precisión, designa un movimiento o tendencia que, por más que aglutine concepciones muy diferentes y técnicas muy diversas, esta claramente identificado en sus líneas esenciales,[420] que son las que a nosotros nos interesan aquí.

Cuando hablamos de tal nos estamos refiriendo a los fenómenos de participación distintos de la participación política, que el ciudadano realiza no en cuanto titular de intereses particulares propios, sino como miembro de una comunidad, en defensa de intereses de carácter colectivo.[421]

---

418 Señala F. Sainz Moreno, que los –ciudadanos no son clientes de una empresa, sino titulares de facultades, derechos y deberes públicos–. –Sólo en sentido figurado, puede decirse, como con frecuencia se hace, que los ciudadanos deben ser tratados como clientes de la Administración Pública. Esa imagen tenía más sentido cuando un importante sector de la actividad económica era gestionado por la Administración. Ello se hacía con la intención de mejorar el trato recibido por los ciudadanos al equipararlos con la situación de los clientes de las empresas privadas que si no están satisfechos de las prestaciones que reciben pueden cambiar de empresa. Hoy, sin embargo, esa similitud entre una y otra situación no debe crear equívocos. El ciudadano tiene derechos, deberes y facultades determinados por las normas que regulan la actividad administrativa y no por las reglas de mercado, incluso en aquellos supuestos en los que puede optar por un servicio público o por una entidad privada–. Sainz Moreno, –El valor de la Administración pública en la sociedad actual–, en Estudios para la reforma de la Administración Pública, Madrid, INAP, 2004, pp. 109-110.

419 Señala T. Font I Llovet, que –el dato de la participación no es irrelevante, sino todo lo contrario, para la construcción, o reconstrucción, de los conceptos dogmáticos y de las instituciones que constituyen un determinado sistema jurídico, viéndose oportuno, y a veces necesario, revisar muchos de tales conceptos desde la nueva perspectiva de la participación–. Font I Llovet, –Algunas funciones de la idea de participación–, en Revista Española de Derecho Administrativo 45, enero- marzo, 1985, p. 52.

420 Santamaría Pastor, J. A., Op. Cit., nota 26, p. 248.

421 García De Enterría, Enrique, –La participación del administrado en las funciones administrativas–, en Homenaje a Segismundo Royo-Villanova, Madrid, Editorial Moneda y Crédito, 1977, p. 305.

La eclosión de la participación se ha producido de forma relativamente reciente,[422] en un movimiento que tiene sus orígenes a finales de los años sesenta, fruto de las transformaciones que experimenta en dicho momento la cultura política occidental, si bien su plasmación normativa, tanto a nivel legal como constitucional, se consolida durante los años setenta.[423]

En esencia es el resultado de una cierta crisis y perdida de credibilidad de los mecanismos representativos y de las estructuras políticas tradicionales, que generan en el ciudadano una cierta desconfianza acerca de la bondad de su funcionamiento.[424]

De aquí se deriva un déficit de legitimidad para la acción pública, que ya no puede encontrar fundamento únicamente en un principio representativo que se percibe como algo excesivamente irreal, y que suscita fuertes suspicacias. Requiere, por ello, también de una legitimación adicional que proporcionan los mecanismos de participación directa de la ciudadanía.[425]

---

422 Señalan M. A. Bruno Dos Santos, P. M. Fernández Lamela y M. A. López Olvera, que poco –interés tenía en otros tiempos la participación de las personas en la toma de decisiones por parte del Gobierno. La idea de soberanía del Estado y la representatividad, en manos únicamente de los poderes públicos, fue el sendero que tornó por mucho tiempo inaccesible a la ciudadanía tanto la participación en la toma de decisiones como el acceso a la información pública–. Bruno Dos Santos, –La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al Decreto 1172/03–, en Rap nº 315, p. 91 y sigs.

423 Prats I Catala, S., –La participación y descentralización en el marco de la Nueva Ley de Régimen Local–, en Documentación Administrativa 199, octubre-diciembre, 1983, pp. 529-530.

424 Santamaría Pastor: Fundamentos de... Pág. 247. Señala Parejo Alfonso que la participación ciudadana –se explica y encuentra su causa principal en el proceso de constante degradación de la credibilidad de las estructuras estatales a ojos del ciudadano y, consecuentemente de la confianza del mismo en la capacidad de dichas estructuras, en su conjunto, para afrontar, analizar y resolver con racionalidad y eficacia los cada vez más complicados e intrincados problemas sociales y comunitarios–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 178.

425 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, p. 88. Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 16. Como señala J. Danós Ordóñez, lo –que con la participación ciudadana en la administración se pretende es proporcionar apoyo (nueva legitimidad) a una administración tradicional, cerrada, separada de la sociedad, para superar dicha segregación entre Estado y sociedad, de modo que los destinatarios de la acción pública puedan expresar directamente sus demandas y controlar las decisiones que adopten las autoridades, principalmente en aquellos campos donde predomine el carácter discrecional de las mismas–. Danós Ordóñez, –La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas del Perú–, en Cienfuegos Salgado, David, y López Olvera, Miguel Angel (coord.), Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política, p. 141.

Bien entendido que se trata de una legitimación de carácter complementario, que no viene a sustituir a los mecanismos de representación política tradicionales, que se siguen, obviamente, considerando imprescindibles.[426] En otras palabras, se entiende que la tradicional democracia representativa es condición necesaria, pero no suficiente para la legitimación del poder.[427]

Los administrados, singularmente o a través de los grupos en los que se integran, aspiran ahora a una mayor implicación en la toma de decisiones y desarrollo de las funciones públicas. De tal forma que su papel no puede quedar ya reducido a la simple emisión del voto en unas elecciones. Ahora se quiere tomar parte activa en dichos procesos.[428] Lo que conduce a que su contribución a la vida pública se prolongue más allá del sistema electoral, alcanzando también al ámbito de lo administrativo, en cuyas estructuras se inserta para hacer oír su voz.[429]

Con ello, el ciudadano, titular originario de la soberanía, ya no renuncia a ella totalmente, sino que retiene una parte de la misma.[430] Al elegir a sus representantes políticos ya no les está dotando de un mandato incondicionado, por el que se entregue ciegamente a su gestión, sino que mantiene parcialmente activos sus poderes políticos ciudadanos, para cooperar y controlar más estrechamente el desarrollo de las tareas públicas.

Esta acción participativa de la ciudadanía no viene a eliminar tampoco, ni mucho menos, al aparato burocrático tradicional, sino más bien a reforzar los mecanismos de control de su acción.[431]

Nótese que esta colaboración de los ciudadanos y los grupos en los que se incluyen no es una mera actuación en defensa de sus intereses particulares,

---

426 Díaz De Liaño Y Argüelles, F., –Poder municipal y democracia–, en Documentación Administrativa, núm. 183, julio-septiembre de 1979, p. 47. Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, p. 532.

427 Prats I Catala, Op. Cit., nota 300, p. 530.

428 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 140. Prats I Catala, Op. Cit., nota 300, p. 530. Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, p. 531. Como señala E. Rojas Franco, participación –ciudadana significa, no tomar una posición pasiva, sino activa en las diferentes funciones que tiene a su cargo el Estado–. Rojas Franco, –Participación ciudadana en el Derecho administrativo costarricense–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm. 5, 2005, p. 124.

429 Santamaría Pastor: Fundamentos de... Pág. 247.

430 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, p. 88.

431 Como señala M. Sánchez Morón, –una verdadera estrategia participativa de signo democrático debe dirigirse no hacia una aniquilación del aparato administrativo, sino a profundizar en los medios y formas de control efectivo del mismo–. Sánchez Morón, –El principio de participación en la Constitución Europea–, en Revista de Administración Pública, núm. 89, mayo-agosto, 1979, p. 200.

sino que viene a defender los intereses colectivos de la Comunidad en la que viven.[432] Éste es el punto clave desde el que la idea de participación cobra cuerpo, en cuanto pone de manifiesto la constatación de la insuficiencia del concepto tradicional de interés público como interés superior y distinto al de los administrados.

Se descubre ahora que la heterogeneidad del tejido social, en que conviven grupos muy diversos, con intereses también muy diversos, genera la existencia de una pluralidad de intereses públicos, en ocasiones contradictorios entre sí, que pone de manifiesto que la identificación de un pretendido interés público, único y general no es más que un concepto mistificante.[433]

Partiendo de estos presupuestos, pocas dudas caben de que, como ya puso de manifiesto Nieto hace tiempo:

> los intereses sociales no están organizados bipolarmente entre los individuales (atribuidos de pleno al Derecho administrativo) y los públicos (atribuidos a la política, como consecuencia de la asunción que de ellos ha realizado la Administración del Estado), sino que también hay que tener en cuenta los intereses colectivos, entendidos como aquellos que afectan a una comunidad o grupo concretos (los vecinos, los usuarios de un servicio público, los consumidores). Intereses que, aunque tengan una vertiente individual, sólo tienen verdadero sentido desde una perspectiva colectiva (cada vecino tiene, naturalmente, interés individual en contar con una zona verde o escuela para disfrutar de ella personalmente, y lo mismo sucede con el consumidor a la hora de comprar una botella de leche, pero es claro que la defensa natural de ese interés colectivo no puede hacerse desde la vertiente individual: ¿es que va a pleitear un usuario cada vez que se le interrumpe el suministro de luz?.[434]

Esto supone una transformación notable de los postulados en los que se basaba el Derecho administrativo tradicional, pues supone negar a la Administración pública el monopolio para la definición del interés público.[435] Debiendo ahora entrar en un proceso de intercomunicación con los ciudadanos para su concreción.[436]

A fundamentar este planteamiento coadyuva también la desmitificación de la Administración pública como ciego servidor del interés público. Como vimos en su momento, ya no es admisible la consideración del funcionario público como un sujeto desinteresado que actúa siempre al servicio de la utilidad pública, sino que se toma constancia de que los empleados públicos tam-

---

432 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, p. 532.

433 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 178, pp. 130-132.

434 Nieto, Op. Cit., nota 181, pp. 896-897.

435 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 148. Muñoz Machado, Op. Cit., nota 93, p. 531.

436 436Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 18.

bién poseen sus propios intereses egoístas, que condicionan la acción pública, haciendo que en ocasiones se desvíe de sus verdaderos objetivos.

La participación en este contexto se convierte en una vía para corregir esas posibles desviaciones, en cuanto va a permitir a los ciudadanos y los grupos en que se integran hacer valer sus propias opiniones acerca de la dirección, objetivos y medios que debe revestir la acción pública. Decisión que ya no va a quedar exclusivamente en manos de los burócratas y los grandes grupos de presión. El desarrollo de las políticas públicas deja, con ello, de ser un oscuro proceso, fruto de la acción oculta de una burocracia inspirada por intereses soterrados y desconocidos; para convertirse en el resultado de una acción transparente, que tenga en cuenta las diferentes concepciones e intereses existentes en la Sociedad. Contribuyendo, con ello, a dotar de una mayor objetividad a la actividad administrativa.[437]

Y lo que es incluso más importante, en cuanto facilita una gestión de los asuntos públicos receptiva a todos los intereses y necesidades de los individuos y grupos que integran el sustrato social, la participación se convierte en instrumento imprescindible para la democracia.[438] Lo que permite afirmar a Domínguez- Berrueta de Juan y Nevado-Batalla Moreno, que –su implantación y desarrollo positivo en cauces específicos es una manifestación del nivel de democratización de la sociedad/Administración–.[439]

La participación es, además, un instrumento que viene a otorgar una mayor transparencia al actuar público, pues difícilmente p uede darse una sin la otra, ya que estar informado es un presupuesto previo para poder participar.[440]

---

437 Señala al respecto Prats I Catala, que la –participación (...) constituye un factor compensatorio de las desviaciones que los partidos, la burocracia y los grupos de presión pueden introducir en el interés general, representa un instrumento y garantía de la objetividad de la Administración–. A lo que añade que la participación –asegura que la definición concreta del interés público que ésta realiza se hace teniendo en cuenta todos los intereses afectados, y no sólo los de quienes por hallarse en una posición social hegemónica pueden actuar como verdaderos grupos de presión–. Prats I Catala, Op. Cit., nota 300, p. 537.

438 Pallares Moreno, R., –La participación ciudadana en la conservación y protección del medio natural–, en Documentación Administrativa, núm. 194, abril-junio, 1982, p. 127. Señala M. R. Brito que el –principio de participación puede ser estimado regla de derecho inherente al Estado Social Democrático de Derecho –por cuanto postula la inserción- acceso de personas e instituciones públicas y privadas concurrentes en el bien común–. Brito, –El principio de participación en el Derecho Administrativo Uruguayo–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm. 5, 2005, p. 43.

439 Domínguez-Berrueta De Juan, M. y Nevado-Batalla Moreno, P., Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo, p. 368.

440 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 308, p. 201.

Téngase en cuenta, no obstante, que la participación no es tampoco un dechado de virtudes, de la que no pueda derivarse ningún inconveniente. Hay también efectos negativos en ella, que provocan que una parte de la doctrina cuestione el acierto de la enorme difusión que se le está dando en el momento presente.[441]

Siguiendo a Danós Ordóñez podemos sistematizar en torno a tres grandes puntos estas desventajas:

a) los funcionarios pueden verse tentados de instrumentar las posiciones de grupos sociales para escabullir la adopción de decisiones y no asumir sus responsabilidades; b) la exageración de las prácticas de la participación puede perjudicar la eficacia de la actuación administrativa si los procedimientos se complican innecesariamente o se agudizan los conflictos entre grupos sociales; c) puede suceder que ante la mayor o menor capacidad de influencia y presión de determinados sectores sociales activos y organizados de la población (grandes organizaciones económicas, sindicales y profesionales), se generen distorsiones que desvíen a la administración de la recta ponderación del interés general.[442]

Por último, esta nueva manera de entender las relaciones entre Administración y administrado, lleva también al desmoronamiento de la vieja imagen autoritaria que antes era inherente a la primera. La Administración pública ya no es sólo, aunque siga siéndolo en parte, un poder que manda, que se impone unilateralmente a los ciudadanos. Ahora, cada vez más, tiende a sustituir estos métodos de actuación por fórmulas de colaboración y de actuación concertada.[443]

Se impone, de esta manera, una concepción diferente respecto al papel de la Administración, que ya no es un poder ciego e insensible que esté frente a

441 En tal sentido J. C. Cassagne, que destaca que –los inconvenientes que surgen a partir de su implantación conducen a preguntarnos si estas ventajas justifican el desmesurado desarrollo que, a impulsos de la moda jurídica, viene propugnando el derecho positivo–. Cassagne, –La participación pública en el control de los servicios públicos: derechos individuales y colectivos: la participación de las asociaciones defensoras de los usuarios, el procedimiento de audiencias públicas, y las facultades reglamentarias de los entes reguladores y la delegación legislativa–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm. 5, 2005, p. 196.

442 Danós Ordóñez, Op. Cit., nota 302, p. 142.

443 Muñoz Machado, Santiago, Op. Cit., nota 143, pp. 86-87. Señala E. Moreu Carbonell que –hemos superado la etapa en que el Derecho administrativo se caracterizaba por su carácter imperativo y unilateral, para desarrollarse actualmente por los cauces de la participación y el consenso–. Moreu Carbonell, La Administración anunciante. Régimen jurídico de la Publicidad Institucional, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 73.

los ciudadanos, sino un servidor público que trata de obtener en la medida de lo posible la colaboración de éstos.[444]

Si bien esa mutación ha sido, también, enjuiciada de forma critica por una parte de la doctrina, que ve en ella un símbolo de debilidad de una Administración que debe ahora, privada de su autoridad, negociar como cualquier sujeto privado.[445]

444 En tal sentido, señala Rodríguez-Arana MUÑOZ que –la Administración, al gestionar los intereses colectivos, no tiene que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la Sociedad–. Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 8, p. 18.

445 En tal sentido Del Saz Cordero, que señala que, –en este contexto de debilidad general del Derecho administrativo no es de extrañar que se prefiera sustituir la técnica unilateral, la decisión ejecutoria por el acuerdo de voluntades–. –En definitiva, hoy, como a cualquier particular, también a la Administración se la obliga a sentarse a negociar–. Del Saz Cordero, Op. Cit., nota 63, pp. 69-71.

CAPÍTULO OCTAVO.
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA

I. El ordenamiento jurídico

Denominamos ordenamiento jurídico al conjunto de normas que rigen en un determinado momento en una determinada Sociedad446.[446] Esto supone que es algo más que un simple agregado de normas, es una unidad dotada de sentido, que funciona de forma ordenada y coherente, en definitiva, un sistema.[447]

Este carácter de todo organizado hace que el ordenamiento jurídico sea algo más que la simple suma del conjunto de normas que lo componen,[448] pues lleva implícito un plusvalor que les añade el hecho de conformar una unidad operativa.[449]

446 Boquera Oliver considera que el –Ordenamiento jurídico es el conjunto de normas primarias que regula la conducta de los miembros de una comunidad–. Boquera Oliver Op. Cit., nota 131, p. 119.

447 Como señala J. A. Santamaría Pastor, –las normas que formalmente se hallan en vigor en las organizaciones estatales contemporáneas son, en verdad, muy numerosas. Y, aunque esta masa de elementos normativos no responde a unos principios de ordenación y armonía enteramente exactos y rigurosos, sería incierto afirmar que constituyen un montón informe y carente de estructura. Antes bien, las normas jurídicas no operan aisladas y separadamente las unas respecto de las otras, sino de manera agrupada, formando conjuntos y subconjuntos ordenados en torno a algún punto específico de afinidad: en definitiva, integradas en estructuras articuladas o subsistemas, todos los cuales se engarzan, a su vez, en una red superior, que denominamos sistema normativo–. De –la misma manera que el hombre sólo es comprensible desde la óptica de su integración en la sociedad, la norma jurídica sólo es aprensible y operativa en virtud de su pertenencia a un sistema. Porque el sistema normativo es, en efecto, un sistema–. Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General I, Madrid, Iustel, 2005, pp. 171-172.

448 Balaguer Callejón, F., en Balaguer Callejón, F (coord.), Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Tecnos, 2005, vol. I, p. 79.

449 Apunta L. Parejo Alfonso que –el ordenamiento jurídico, a pesar de la pluralidad de sus fuentes y, por tanto, de la heterogeneidad de las normas que lo componen, así como del volumen, tecnicismo, contingencia y variabilidad de éstos, no es sólo puro y simple agregado de las normas que en cada momento lo integran, carente, por ello, de cualquier orden u organización que no sean los inducidos por las propias normas. Desde Santi Romano es conocido que el ordenamiento es básicamente organización y estructura, precede lógicamente a las normas singulares y articula éstas justamente en un siste-

De aquí se deriva, entre otras muchas consecuencias, la necesidad de fijar criterios que permitan el funcionamiento efectivo de ese sistema, determinando en cada supuesto jurídico concreto que plantea la vida real, cual es la norma o normas jurídicas aplicables a éste.

Dicha tarea es, como es sabido, de una enorme complejidad, pues es frecuente en la practica, que se planteen conflictos normativos, esto es, supuestos en los que más de una norma es susceptible de ser aplicada a un mismo problema jurídico,[450] obligando a seleccionar aquélla o aquéllas que deben prevalecer respecto a las demás.

Sin agotar el tratamiento de la cuestión, vamos a examinar cuales son los criterios básicos que se deben manejar a dichos efectos en el ordenamiento jurídico de Nicaragua. No son otros, por supuesto, que el principio de jerarquía, el principio de competencia y el cronológico.

1. Principio de jerarquía

El primer criterio que se tiene que tener presente en la resolución de los conflictos jurídicos es, obviamente, el principio de jerarquía normativa. Elemento básico en todo ordenamiento jurídico, que agrupa la totalidad de las normas existentes en mismo en una escala jerárquica, en la que los distintos tipos de

ma, es decir, las identifica y determina como elementos de éste, dotándoles de una posición, un sentido y un alcance determinados en su seno. Por ello mismo, el ordenamiento no se confunde con las normas, es algo distinto a ellas, que asegura la unidad y la permanencia del sistema, así como su funcionamiento dinámico –las relaciones entre las normas y la renovación de las mismas- no obstante el cambio de éstas–. Parejo Alfonso, Derecho Administrativo, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 228-229.

450 Como señala J. Rodríguez-Zapata, los –ordenamientos jurídicos son entidades dinámicas y vivas, en las que se mezcla el Derecho establecido, el Derecho que se establece y el Derecho por establecer. Las fuentes del Derecho son el mecanismo que produce constantemente el recambio continuo y natural de las normas, por el que Derecho nuevo va reemplazando al Derecho viejo. La presencia de una pluralidad de normas procedentes de fuentes distintas y en constante modificación implica la posibilidad de antinomias, o contradicciones entre ellas–. Rodríguez-Zapata, Teoría y práctica del Derecho Constitucional, Madrid, Tecnos, 1996, p. 105.

normas asumen un diferente valor,[451] conforme a un criterio formal, con independencia del contenido material de las normas.[452]

Sobre esta base van a operar dos reglas básicas: a) las normas superiores no pueden modificar, derogar o tener un contenido contrario a las normas superiores, siendo, en caso contrario, invalidas; b) las normas superiores pueden modificar, derogar o tener un contenido contrario a las normas inferiores.[453]

La escala jerárquica a la que va a dar lugar el juego de este principio se articula en torno a tres escalones, que serían, comenzando por los de mayor rango y terminando por los de menor: Constitución, ley y reglamento.

Al aplicar esta ordenación jerárquica debe tenerse, además, en cuenta que, si bien los diferentes tipos de leyes no están vinculados entre sí por relaciones de jerarquía, como en su momento veremos, si lo están, sin embargo, los reglamentos, que se relación entre sí de modo jerárquico según su rango.

2. Principio de competencia

El principio de competencia, a diferencia del de jerarquía, no se basa en relaciones de superioridad/inferioridad, sino en la fijación de ámbitos competenciales, esto es, en el establecimiento determinados ámbitos materiales cuya normación se deberá producir de una determinada forma con exclusión de todas las demás.

A partir de aquí la doctrina se diversifica, pues algunos autores dan un alcance más amplio al principio de competencia, que comprendería la reserva material que se realiza a favor tanto de un órgano, como de un subsistema normativo o de un determinado tipo de fuente.[454] Mientras que otros consideran, desde una posición más restrictiva, que el principio de competencia rige sólo para los dos primeros supuestos, invocando para el tercero lo que denominan –principio de procedimiento–.[455]

---

451 Señala Santamaría Pastor que la –primera y más elemental forma de resolver los conflictos entre normas consiste en otorgar a algunos tipos de ellas un valor o fuerza de obligar superior al de otras: esto es, en clasificar las normas en una escala de rangos en la que cada norma puede disponer sobre las de nivel inferior, en tanto que éstas han de respetar estrictamente el contenido de las de nivel superior. Es esta posición relativa de superioridad intrínseca de unas normas sobre otras lo que se conoce con el nombre de principio de jerarquía–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 324, p. 175.

452 De Otto, I., Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1988, p. 89.

453 Espín, E., en la obra colectiva Derecho Constitucional I. Tirant lo Blanch. Quinta edición. Valencia, 2003. Págs. 67-68.

454 Ibídem, pp. 69-70.

455 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 324, pp. 178-181.

3. Criterio cronológico

Este criterio se traduce en la preeminencia de la norma posterior, que deroga a la anterior contraria a la misma,[456] sin que esto suponga la invalidación de la norma anterior, que queda derogada, pero no anulada, como demuestra que seguirá aplicándose a las situaciones surgidas durante su vigencia, sin perjuicio de los efectos retroactivos que, en su caso, pueda tener la norma derogante.[457]

Esta regla debe someterse, no obstante, a algunas matizaciones.

Así, en primer lugar, la norma posterior especial no deroga la norma general contraria a la misma.[458]

En segundo lugar, esta regla opera sólo dentro del respeto a los principios de competencia y jerarquía antes citados.[459] Así, la norma posterior inferior no deroga a la anterior superior, sino que sería simplemente nula. Igualmente la norma posterior que actúa fuera de su ámbito de competencia no puede derogar la norma anterior competente.

II. La constitución como norma jurídica. primacía formal y material de la constitución

Se ha abierto paso en el Derecho constitucional moderno la consideración de que la Constitución no es una simple declaración de buenas intenciones o propósitos políticos, pues, como destaca Meilan Gil, por más que sea –expresión de un pacto político, la Constitución es una norma jurídica–.[460]

Así ocurre, sin duda, en Nicaragua. Siendo, en consecuencia, la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, lo que supone que ostenta supremacía formal o material, esto es, ninguna norma puede

456 Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 327, p. 104. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 324, pp. 181-182. Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, Derecho Político Español I. Constitución y Fuentes del Derecho, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 323.

457 Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, Op. Cit., pp. 323-324.

458 Rodríguez- Zapata, Op. Cit., nota 327, p. 105.

459 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 324, p. 182. Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez- Zapata, Op. Cit., pp. 323-324

460 Meilan Gil, –El principio de participación en la Constitución Española–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, num. 5, 2005, p. 29. Apuna H. H. Calderón Morales que la –Constitución como ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley Suprema–. Calderón Morales, –El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Guatemala–, en El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica, Quito, 2006, p. 55.

modificar o derogar la Constitución o parte de la misma (supremacía formal) y ninguna norma puede tener un contenido contrario a lo establecido en la Constitución (supremacía material).[461]

Así lo establece clara y expresamente la propia Norma Fundamental en su art. 182, al señalar que la –Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones–.

Esa superioridad normativa encuentra justificación tanto en un criterio formal como en uno material. Formalmente es Norma Suprema porque emana de un poder normativo de mayor entidad que el ordinario (poder constituyente); desde el punto de vista material, encuentra su mayor fuerza en la esencialidad de su contenido, pues recoge los valores básicos sobre los que se basa la convivencia social, proclama y garantiza los derechos de los ciudadanos y recoge las estructuras fundamentales a las que se atribuye el poder público.[462]

Este carácter básico es el que exige que la Constitución no sea una norma exhaustiva y que ofrezca una regulación cerrada y agotadora de la vida social, sino que debe limitarse a establecerse un marco esencial, lo suficientemente preciso como para dotar a la sociedad de un cariz y perfil propio, pero suficientemente amplio para acoger las diversas tendencias políticas que puedan imponerse en cada momento. Debe, en definitiva, permitir un ámbito de maniobra al poder normativo ordinario, esto es, al que en cada momento asuma por voluntad popular el poder político, apto para poder desarrollar su programa político conforme a su propia ideología.

El mecanismo procesal a través del cual se hace efectiva esta supremacía es el recurso por inconstitucionalidad, que se podrá interponer por cualquier ciudadano y contra cualquier ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito en la Constitución Política (art. 187 CN).

Esta superioridad jerárquica va mucho más allá de la simple invulnerabilidad de sus preceptos por las normas inferiores, alcanzando a generar un deber

461 Como señala I. Escobar Fornos, la Constitución –es la ley de mayor jerarquía del Estado, la que representa la superlegalidad y, como consecuencia, no tienen validez las leyes, reglamentos, decretos o cualquier disposición o acto que se le oponga–. Escobar Fornos, La Reforma Constitucional, Managua, Hispamer, 2004, p. 10. En sentido similar, señala López Olvera que la –Constitución (...) es la Ley Fundamental, la Carta Magna, la Ley de Leyes, la Ley Suprema, de un Estado. Ningún poder (Legislativo, Administrativo o Jurisdiccional), puede estar por encima de sus disposiciones, de sus mandatos–. López Olvera, Miguel Ángel, –Las fuentes del derecho administrativo–, en Revista de la Facultad de Derecho de México nº 239.

462 Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 333, p. 312.

de inspiración positiva, esto es, viola la Constitución la simple ignorancia de su contenido, que debe informar toda la práctica jurídica.[463]

De aquí se deriva, entre otras cosas, la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico nicaragüense a la luz de los preceptos constitucionales, pues éstos son la referencia última de toda norma jurídica, y el elemento inspirador que debe estar presente en la realización de cualquier operación jurídica.[464] Convirtiéndose, así, la Norma Fundamental en el elemento clave que convierte el ordenamiento jurídico en una unidad, dotada de coherencia.[465]

De este principio se derivan dos reglas básicas de especial trascendencia para la aplicación del Derecho. En primer lugar, obliga a que entre las diversas interpretaciones posibles de una ley se deba optar siempre por aquella que sea más acorde con los valores y principios recogidos en la Constitución.[466]

En segundo lugar, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley debe indagarse si existe alguna interpretación conforme a la Constitución, en cuyo caso se salvará la constitucionalidad de aquélla, imponiéndose esa interpretación.[467]

También consecuencia de la supremacía constitucional es que sea la Norma Máxima quien regule, al menos en sus aspectos esenciales, el proceso de

---

463 López Olvera, Miguel Ángel, Op. Cit., nota 338.

464 Apunta Danós Ordóñez que el –carácter normativo de la Constitución determina que todo el ordenamiento deba interpretarse tomando en cuenta, y en lo posible haciendo compatible, con los preceptos constitucionales. La interpretación de las disposiciones jurídico-administrativas debe partir de la Constitución como parámetro interpretativo obligatorio cuyas prescripciones son el contexto necesario para la correcta aplicación de todas las normas jurídicas. El operador del derecho, ya se trate del legislador, el juez, los funcionarios de la Administración Pública o los particulares, deben buscar permanentemente referencia en los preceptos constitucionales de pautas inspiradoras o directrices orientadoras para fundamentar un razonamiento jurídico–. –Panorama general del Derecho administrativo en el Perú–. Danós Ordóñez, en González-Varas Ibáñez (dir.), El Derecho administrativo Iberoamericano, Granada, España, 2005, p. 544.

465 Como señalan A. Alonso de Antonio y J. A. Alonso de Antonio, el –principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución se fundamenta en la propia naturaleza de la Constitución como norma jurídica suprema. De este modo todas las normas forman parte de un ordenamiento unitario y sistemático, cuya unidad está proporcionada por la propia Constitución, tanto en el sentido de unidad formal (criterios de jerarquía y procedimiento) como especialmente de unidad material, es decir, valores y principios–. Derecho Constitucional Español, 2a. ed., Madrid, 1998, p. 85.

466 Ibídem, p. 87.

467 Ibídem, pp. 86-87.

producción del Derecho, regulando los poderes normativos de los distintos entes estatales dotados de éste.[468]

La Constitución, en cuanto norma básica que rige los designios de una Sociedad, tiende a configurarse como una norma dotada de una especial estabilidad, que no debe ser, en consecuencia objeto de reforma más que con carácter excepcional, pues su permanencia asienta e incrementa su prestigio y su autoridad.

No ha sido ésta en la práctica la situación de la Constitución de Nicaragua, que ha sido objeto hasta la fecha de un número considerable de reformas desde su promulgación. Mutabilidad que debe ser enjuiciada críticamente, en nuestra opinión.

Es cierto que la reforma constitucional es una circunstancia totalmente normal en cualquier país democrático, dado que difícilmente un texto legal va a poder sentar soluciones jurídicas validas para dar respuesta a todas las cuestiones que la vida social, siempre mutable e imprevisible, pueda plantear.[469]

Sin embargo, el elevado número de reformas sufridas por la Norma Básica de Nicaragua y su entidad nos parecen excesivas, por lo que entendemos que mantener esa tendencia reformadora podría perjudicar y dificultar que ésta adquiera la solidez y fuerza que requiere para cumplir la alta función que está llamada a desempeñar.

---

468 Apunta Parejo Alfonso que esta –supremacía se expresa primariamente en la predeterminación inicial y básica –aunque no exclusiva- de todo el ulterior proceso de producción normativa (hasta llegar al último escalón de la norma del caso concreto o acto, según la imagen acuñada por H. Kelsen...), mediante la definición de las potestades y competencias de los distintos órganos estatales, el procedimiento para su ejercicio, las formas que han de aportar las decisiones de éstos, etc.–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 326, p. 238.

469 Como señala Alzaga Villaamil, la –aceleración de la historia y los profundos cambios que viven las sociedades contemporáneas no dejan de afectar a los regímenes políticos. Las Constituciones, incluso las elaboradas desde la más sabia reflexión de sus progenitores, incorporan necesariamente valores que responden meramente a aquel momento histórico, soluciones en las que se depositó más confianza de la que la práctica acreditó que eran acreedoras; ciertamente, no pueden nunca prever el juego real que van a dar las instituciones y los órganos plasmados sobre el papel y puede decirse que son meras hijas de las preocupaciones y prioridades que presiden el momento de su elaboración, sin que puedan intuir ciertas necesidades futuras que sólo la práctica podrá ulteriormente de manifiesto. Consiguientemente, las Constituciones, por rígidas que sean (y por mucho que se considere, con acierto, que la estabilidad constitucional es un valor a defender, lo cual tiene su parte lógica), deben, como la generalidad del ordenamiento jurídico, estar cuidadosamente atentas a las necesidades de adaptación que se presenten, pues sólo los libros sagrados se han escrito para permanecer inmutables miles de años–. Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 333, p.184.

Se suele distinguir entre Constituciones rígidas y flexibles, según estén sujetas a procedimientos especialmente onerosos de reforma, distintos de los ordinarios, y específicamente previstos en ellas o no.[470]

La Constitución de Nicaragua se cuenta en este segundo caso, por lo que tiene que ser considerada, sin duda alguna, como una Constitución rígida, pues sólo puede ser derogada o modificada a través de los procedimientos expresamente previstos por ella misma a tal efecto. Elemento que tiene que ser valorado positivamente, pues al incorporar sus propios procedimientos de reforma, se hace posible la adaptación de la normativa fundamental sin quebrar la continuidad jurídica,[471] lográndose, con ello, compatibilizar la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias con la estabilidad que precisa una norma fundamental.[472]

En Nicaragua se distinguen dos procedimientos diferentes, dependiendo de que se trate de una reforma total o parcial de la Norma Máxima.

No es muy claro y preciso el criterio que permita deslindar cuando nos encontramos ante una reforma parcial y una total. No obstante, parece evidente que debe entenderse como total no sólo la revisión que afecte a la totalidad de la Norma Máxima, sino también toda aquella que afecte a una parte sustancial de la misma o que implique un cambio radical del régimen político, económico o social.[473]

El procedimiento para la reforma parcial comienza con una iniciativa de reforma parcial, que debe adoptar el Presidente de la República o un tercio de los

---

470 Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 327, p. 112. Escobar Fornos, Op. Cit., nota 338, p. 20. Como señala Balaguer Callejón, la –rigidez constitucional supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador–. Balaguer Callejón, Op. Cit., nota 325, p. 116.

471 Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 333, p. 184.

472 Como señala De Otto, la –rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio. La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente. Pero la rigidez reduce en mayor medida esta mutabilidad en favor de la estabilidad, sustrayendo la Constitución a la libre disposición de los órganos sujetos a ella. De otro modo –con una reforma absolutamente flexible– no desaparecería la superioridad de la Constitución respecto de las restantes normas, pero el legislador tendría libre disposición acerca de su contenido y esa superioridad vería mermado su alcance práctico. A la hora de regular la reforma constitucional, por tanto, es preciso atender al doble objetivo de conciliar estabilidad y cambio–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 59.

473 Escobar Fornos, Op. Cit., nota 338, p. 22.

diputados de la Asamblea Nacional (art. 191 CN). En ella se deberá señalar el o los artículos que se pretenden reformar con expresión de motivos (art. 192 CN).

Esa iniciativa deberá ser enviada a una comisión especial que dictaminará en un plazo no mayor de sesenta días (art. 192 CN). El proyecto de reforma recibirá a continuación el trámite previsto para la formación de la ley, si bien deberá ser discutida en dos legislaturas (art. 192 CN).

La aprobación de la reforma requerirá del voto favorable del sesenta por ciento de los diputados (art. 194 CN). Aprobada ésta será promulgada por el Presidente de la República, que carece de derecho al veto en este caso (art. 194 CN).

En cuanto a la reforma total, la iniciativa de reforma corresponde a la mitad más uno de los diputados de la Asamblea Nacional (art. 191 CN). A partir de aquí seguirá los mismos trámites que se prevén para la reforma parcial en todo lo que sea conducente a su presentación y dictamen. Una vez aprobada la iniciativa de reforma total, la Asamblea Nacional fijará un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional Constituyente, conservando hasta la instalación de ésta su mandato la Asamblea Nacional (art. 193 CN).

La vieja Constitución conservara la vigencia hasta la aprobación de la nueva por la Asamblea Nacional Constituyente (art. 193 CN).

La aprobación de la iniciativa de reforma total requerirá los dos tercios del total de los diputados (art. 194 CN).

Las reformas de la Constitución, totales o parciales, no necesitan sanción del poder ejecutivo (art. 141 CN). En caso de que Presidente de la República no promulgara ni publicara el proyecto de la reforma, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial, la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (art. 141 CN).

III. La ley

1. Concepto y características

Al término ley se le pueden asimilar significados diversos. Así, frente a un concepto amplio de la misma, por el que se entendería toda norma escrita (concepto material de ley); se utiliza un concepto técnico más restringido, por el que se conoce al producto jurídico emanado del Poder Legislativo que, en cuanto tal, asume un valor determinado en el sistema de fuentes del Derecho (ley formal).[474] Es obviamente este segundo el que a nosotros interesa y en el que nos vamos a centrar.

474 Señala J. C. Cassagne que en –sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter gene-

Tomado en este sentido, la ley no se define, en realidad, por su carácter normativo, pues no tiene ni siquiera que darse éste, sino por su especial valor: por ser una norma subordinada a la Constitución pero dotada, sin embargo de superioridad jerárquica respecto al Reglamento.

Esta específica posición en el sistema de fuentes del Derecho deriva de su vinculación a la voluntad popular, en cuanto producto normativo elaborado por el Parlamento, directamente elegido por los ciudadanos y, por tanto, representante directo de éstos. Frente a ello el reglamento, dotado de una mera legitimación indirecta, al proceder del Gobierno y la Administración, asume una posición secundaria. Mientras que la Constitución, expresión directa de la voluntad soberana, en cuanto emanada de un poder constituyente y no meramente constituido, como ocurre con la ley, asume una posición de superioridad respecto a esta última.[475]

Es erróneo considerar que la ley es necesariamente una norma general, esto es, una regla jurídica que se incorpora al ordenamiento jurídico innovando éste,[476] de tal forma que, en lo sucesivo, el supuesto de hecho al que se refiere será normado por esa ley, pues, aunque una parte de la doctrina se ha mostrado contraria a las mismas,[477] en la práctica se reconoce también la existencia

---

ral y obligatorio, mientras que, de acuerdo al criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del órgano legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido–. Cassagne, –El Derecho administrativo argentino–, en González- Varas Ibáñez (dir.), El Derecho administrativo Iberoamericano, Granada, España, 2005, p. 27. En la misma línea, Dromi señala que –la ley jurídica es entendida en dos sentidos: 1º) En sentido material, es toda disposición general y abstracta, tomada para todos los casos idénticos, cualquiera que sea el órgano del cual emane y el procedimiento seguido para su establecimiento. 2º) En sentido formal, es toda disposición establecida conforme al procedimiento reglado de la Constitución para la formación y sanción de las leyes, cualquiera que sea el carácter y objeto de la misma–. Dromi, Op. Cit., nota 117, p. 173.

475 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que la –explicación es lógica y política a un tiempo ya que una vez admitido que la soberanía radica en el pueblo (como principio político) resulta necesario que la norma emanada directamente del mismo (esto es, la Constitución) tenga reconocido un valor superior sobre todas las restantes. A su vez, la norma emanada por el Parlamento (es decir, la Ley formal) en la medida en que es el legítimo titular del poder al estar integrado por los representantes elegidos por el pueblo, habrá de tener una jerarquía mayor que las demás normas, pero inferior a la de la propia Constitución (ya que la voluntad soberana del pueblo no actúa directamente, sino a través de una representación–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 87-88.

476 Como señalan Villar Palasí; Villar Ezcurra, cualquier –acto emanado del Parlamento tiene el carácter de Ley formal, siendo irrelevante que incorpore una norma o no–. Ibídem, p. 95.

477 Así, Garrido Falla, que señala que –el Derecho administrativo admite como una de las reglas del principio de legalidad, la llamada inderogabilidad por

de leyes singulares o de caso único, que prestan a lo que materialmente serían auténticos actos administrativos, la fuerza formal de la ley.[478]

Aunque el supuesto más usual sea que la ley sea norma general, el ordenamiento jurídico nicaragüense da cabida a lo que la doctrina ha venido calificando como leyes concretas o leyes de caso único.[479]

Lo dicho no supone que el campo de operación de esas leyes singulares sea ilimitado. Debe recordarse que el art. 27 CN establece que todas –las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección–. Esta elemental regla de igualdad restringe el ámbito de incidencia de las leyes singulares o de caso único a aquellas situaciones en las que concurran circunstancias objetivas que justifiquen ese trato desigual, sin que en ningún caso se pueda

---

vía singular de los reglamentos. Esta teoría es aplicable a la ley desde el momento en que cede su primacía como fuente del Derecho a la Constitución y, además, en ésta se encuentra un precepto tan significativo como el art. 14 que proclama la igualdad ante la ley. ¿Por qué hasta qué punto se puede hablar de igualdad ante la ley si se admite que el poder legislativo puede, en un caso concreto, dictar una ley para resolverlo impidiendo así la aplicación de la ley general que, como regla, hubiese sido aplicable a dicho caso concreto?–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, p. 208.

478 Señalan E. García De Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, que la ley puede –ser, y es lo corriente, un mandato preceptivo general, pero puede ser también un mandato singular o excepcional. El dogma de la generalidad de la Ley podrá expresar una directiva política, podrá venir impuesto normalmente por el principio de igualdad, pero carece de consistencia como requisito técnico. De hecho son usuales y, por supuesto, valen como Ley, que es lo que importa, preceptos singulares y específicos, para supuestos únicos o para sujetos también concretos–. –En este sentido puede sostenerse que todo acto que adopta la forma de Ley es una Ley en cuanto a su eficacia, en cuanto a la fuerza de Ley–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo I, duodécima ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2005, p. 124. En la misma línea M. Sánchez Morón señala que la ley no tiene –que limitarse siempre a adoptar mandatos generales, aunque esto sea la regla general, pues (...) son admisibles las leyes-medidas e inclusive, excepcionalmente, las leyes singulares o de caso único, si bien en este caso siempre que exista una justificación suficiente, basada en la singularidad de la situación afrontada por la ley y siempre que no se limiten los derechos fundamentales–. Sánchez Morón, Derecho administrativo. Parte General, Madrid, Tecnos, 2005, p. 160

479 En el mismo sentido Flavio Escorcia, que las define como aquellas leyes –que no tienen el carácter de la generalidad por tener un contenido muy concreto, específico y limitado. Pueden señalarse aquellas leyes desde el punto de vista formal, por emanar del Poder Legislativo, pero mediante ellas se autoriza una actividad concreta: autorizar a la administración central para enajenar o gravar sus bienes, a transar, o las que establecen pensiones extraordinarias, o para la privatización de algún servicio público o empresa del Estado–. Aporta, además, este autor, un amplio listado ejemplificativo de leyes de este tipo. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 107-108.

traducir en una disminución de garantías para el afectado o en el nacimiento de una situación discriminatoria no justificada.[480] Ahora bien, estas limitaciones no provienen del propio concepto de ley, sino que, como puede verse, son simples exigencias derivadas del principio de igualdad.[481]

Nota definitoria de la ley es su carácter de concreción normativa de la voluntad general, expresada por el pueblo a través de sus representantes. Esto determina que no pueda ser concebida como una mera ejecución de la Constitución. Si ésta, como vimos, debe dejar un margen amplio para el juego de las distintas opciones políticas que en cada momento prevalezcan en la sociedad, la ley va a ser el instrumento a través del que esa voluntad general se convierta en cada caso en norma jurídica, por lo que podrá moverse libremente dentro de ese espacio que necesariamente crea la Norma Fundamental.[482]

---

480 En tal sentido Alzaga Villaamil, que señala que desvincular –el valor de la igualdad del concepto de ley es un tecnicismo formalista, que, en nuestra opinión, no resiste un análisis riguroso con las herramientas interpretativas del Derecho político. Hay que empezar por recordar que igualdad y ley han configurado un binomio, no precisamente secundario, que afecta a la naturaleza jurídica de la ley y que es clave en el pensamiento configurador del Estado de Derecho desde la Revolución francesa–. –Obviamente, no repugna al principio de igualdad que la ley trate como diferentes situaciones que son desiguales y esa consideración abre la puerta a la posibilidad excepcional de la ley singular para normar casos o situaciones singulares en términos que no impliquen discriminación–. –Una ley singular que deroga para un caso concreto una ley general será inconstitucional, bien si suprime el desarrollo legislativo general de las garantías que al respecto prevea la Constitución; bien si introduce un trato discriminatorio no justificable, contraviniendo, consecuentemente, el principio de igualdad–. Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez- Zapata, Op. Cit., nota 333, pp. 363-365.

481 Biglino Campos, P., –Constitución democrática y Ley–, en Balado y García Regueiro (dir.), La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario, Barcelona, Bosch, 2003, p. 707.

482 Como señala Sánchez Morón, la –Constitución (...) fija los límites, formales y sustantivos, de la ley. Pero eso no significa que la ley sea simplemente una norma de desarrollo de la Constitución o el instrumento normativo de realización de un pretendido programa constitucional. Por el contrario, en el marco de la Constitución (...) el legislador tiene un amplio margen de libertad para innovar el ordenamiento jurídico, adoptando las opciones de política legislativa que considere oportunas–. A lo que añade que a través de la ley –se traducen a mandatos jurídicos las opciones políticas fundamentales en cada momento–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 161 y 158. En la misma línea, apuntan Villar Palasí y Villar Ezcurra que en –la medida en que sin proceder a una reforma constitucional tienen cabida en el Ordenamiento jurídico leyes de muy diversa significación, e incluso contradictorias entre sí, es obvio que, éstas no se encuentran vinculadas positivamente a la Constitución (en el sentido de que el Parlamento sólo puede hacer aquello para lo cual le habilita expresamente la Constitución), sino negativamente (el Parlamento puede hacer y decidir sobre cualquier materia siempre que no

Elemento del que se deriva a su vez importantes consecuencias a la hora de su control judicial. Pues la verificación de la constitucionalidad de la ley no puede ir más allá de la mera fiscalización negativa de que no vulnera la Norma Suprema, estándole vedado un control positivo de las decisiones de oportunidad tomadas por el poder legislativo en cada concreto momento, pues constituyen éstas un ámbito que queda remitido a aquellos a quienes la voluntad popular entregue en cada momento el poder político.[483]

2. Clases de leyes

En el Derecho de Nicaragua se deben distinguir, tomando en lo esencial la tipología elaborada por Flavio Escorcia, tres grandes tipos de leyes: leyes constitucionales, leyes especiales y leyes ordinarias.[484]

Las leyes ordinarias pueden definirse desde el punto de vista negativo, como aquellas que no son ni constitucionales ni especiales. Pero no se gana gran cosa con dicha definición. Es más correcto, por ello, categorizarlas como aquellas cuya aprobación se lleva a cabo siguiendo el procedimiento legislativo ordinario previsto en los arts. 140-143 CN.

Se convierten con ello en la categoría o tipo básico de ley, del que se desglosan determinados textos legales, cuya aprobación sujeta la Constitución a requisitos especiales. Dentro de las leyes no ordinarias se pueden distinguir a su vez dos tipos, uno específico, calificado por la propia Constitución como constitucionales; y otro, genérico, en el que se agruparían todos los supuestos de leyes no ordinarias que no son constitucionales, que vamos a designar, siguiendo la tipología ya mencionada de Flavio Escorcia, como leyes especiales.

Las leyes constitucionales se caracterizan porque su reforma exige que se siga el procedimiento establecido para la reforma parcial de la Constitución, con la excepción del requisito de las dos legislaturas (art. 195 CN). No necesitan sanción del Poder Ejecutivo[485] (art. 141 CN). Son leyes constitucionales la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo (art. 184 CN).

---

vulnere los límites constitucionales–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 89. Véase también Sánchez Goyanes, Op. Cit., nota 153, p. 39.

483 Como señala Sánchez Morón, el –único control jurisdiccional que cabe ejercer (...) sobre la obra del legislador es puramente negativo o anulatorio (...). Más allá de eso, el acierto o desacierto político del legislador no puede ser objeto de control jurisdiccional, sino tan sólo de la crítica política y de la valoración de la opinión pública y, en último extremo, del cuerpo electoral–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 161.

484 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 105.

485 Al igual que ocurría con las reformas constitucionales, en caso de que Presidente de la República no promulgara ni publicara el proyecto de la reforma, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial,

Las leyes especiales vendrían a constituir una categoría residual en la que se incluyen todos aquellos supuestos en los que, sin exigirse los requisitos que determinan la calificación como ley constitucional, se impone un procedimiento de aprobación que presenta alguna peculiaridad respecto al exigido para aprobar leyes ordinarias.[486] En realidad, no son una categoría uniforme, pues el rasgo específico que las convierte en especial varía según el supuesto de que se trate.

Lo más usual es que ese elemento específico sea la exigencia de una mayoría cualificada para su aprobación. Así, por ejemplo, la Ley de Municipios, cuya aprobación y reforma requiere del voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados (art. 177 CN); o la ley reguladora del régimen de autonomía de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, que requiere para su aprobación y reforma de la mayoría establecida para la reforma de las leyes constitucionales (art. 181 CN).

Sin embargo, en ocasiones, la peculiaridad es de otra naturaleza, como por ejemplo, la Ley de Presupuesto General de la República, que se convierte en especial por corresponder exclusivamente al Presidente de la República la iniciativa legislativa para su aprobación (art. 113 CN).

Aunque hay quien ha manifestado opinión contraria,[487] se suele considerar que las leyes constituyen un único escalón jerárquico dentro del sistema de fuentes del Derecho, por lo que no se relacionan entre sí por vínculos de jerarquía, sino de competencia.[488] Así ocurre, en cualquier caso, en Nicaragua,

---

la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (art. 141 CN).

486 Flavio Escorcia las define, por ello, como aquellas –que requieren para su aprobación o reforma, de una votación calificada o de una tramitación especial–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 105.

487 En tal sentido, Garrido Falla, respecto a las leyes orgánicas españolas, supuesto que, como veremos, se vendría a equiparar a la problemática de las leyes constitucionales y especiales nicaragüenses, ha considerado que –la especial protección que la Constitución presta a la vigencia de estas leyes las sitúa, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes del Derecho, en un escalón superior a la ley ordinaria–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, p. 205. En contra de esta tesis se han manifestado Villar Palasí y Villar Ezcurra, señalando que –estas dos clases de leyes nunca pueden llegar a colisionar entre sí por venir referidas a ámbitos y materias diferentes. Son regulaciones paralelas, con igual valor jerárquico de tal forma que es impensable una colisión que oponga directamente una Ley orgánica con otra que no tenga este carácter–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 111.

488 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 162. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 111. Como señala Balaguer Callejón, el –rango de ley implica una posición específica de esas normas en la jerarquía normativa. Las normas con rango de ley son inferiores a la Constitución y superiores al reglamento. No hay, por lo demás, diferencias jerárquicas internas entre las normas legales. Cierto que algunas de ellas pueden aplicarse con preferencia

donde la relación entre leyes ordinarias y leyes especiales y constitucionales no es jerárquica, sino de competencia.[489] De aquí se derivan una serie de consecuencias importantes:

Como punto de partida, debe tenerse presente que siempre que la Constitución prevé la regulación de una materia por una ley especial o constitucional, está generando una reserva material de ley, esto es, un ámbito material que sólo podrá ser regulado por ese determinado tipo de norma (la ley constitucional o la ley especial de la que se trate), con exclusión de todas las demás.

De aquí se deriva la imposibilidad de que ley ordinaria, ley constitucional y ley especial se entrecrucen entre sí, pues cada una tiene su ámbito propio de actuación, sin poder extenderse al de la otra.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las consecuencias de una invasión indebida por cada uno de este tipo de fuentes del ámbito de la otra, es diferente dependiendo del supuesto del que se trate.

Cuando es una ley ordinaria la que regula materia atribuida a ley especial o constitucional, es necesariamente nula, pues no cumple con los requisitos exigidos para su aprobación.

Sin embargo, cuando es una ley especial o constitucional la que regula una materia no reservada a ella, esa ley es valida, pues se cumplen los requisitos formales para la aprobación de una ley ordinaria, por lo que no tendría sentido invalidarla.

Si bien debe tenerse en cuenta que esa ley será ley ordinaria y no ley especial o constitucional, por lo que en lo sucesivo podrá ser modificada o derogada siguiendo los requisitos que se exigen para la aprobación de una ley ordinaria. Esto convierte los conceptos de leyes constitucionales y especiales en conceptos materiales y no formales, en otras palabras, sólo serán ámbitos sujetos a regulación por estas leyes los que la Constitución establezca que deben regirse por ellas.

Téngase en cuenta que, en caso contrario, se estaría dejando en manos del legislador la posibilidad de reservar la regulación de una materia a ley especial o constitucional. Eso llevaría a la petrificación del ordenamiento jurídico, pues si en un determinado momento el partido político en el poder gozase de una amplia mayoría, podía tener la tentación de regular algunas materias regulables por ley ordinaria conforme a requisitos más rigurosos, dificultando la posterior regulación de la misma por el grupo político que le sucediera, en su caso, en el gobierno.[490]

---

a otras en virtud de disposiciones constitucionales que regulan la competencia normativa. Pero esa aplicación no se produce en virtud de una relación jerárquica–. Balaguer Callejón, Op. Cit., nota 325, p. 139.

489 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 105.

490 Véase Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 326, p. 260.

De aquí se deriva otra consecuencia importante, el ámbito reservado a ley especial o constitucional debe ser objeto de interpretación estricta, pues lo contrario podría dificultar en exceso los cambios en el poder político.[491]

3. Procedimiento legislativo ordinario

Se denomina procedimiento legislativo al conjunto de actuaciones y trámites precisos para la elaboración de una ley.[492] Comienza con la puesta en marcha de la iniciativa legislativa, entendiendo por tal la facultad de formular y presentar un texto legislativo, que va a poner en marcha dicho procedimiento y, en caso de ser finalmente aprobado, se va a convertir en ley.

En Nicaragua ostentan iniciativa legislativa: a) cada uno de los diputados de la Asamblea Nacional; b) El presidente de la República; c) La Corte Suprema de Justicia, el Consejo Supremo Electoral, los consejos regionales autónomos y los consejos municipales, en materias propias de su competencia; d) los ciudadanos, salvo para las leyes orgánicas, tributarias o de carácter internacional y las de amnistía y de indultos, mediante iniciativa respaldada por un número no menor de cinco mil firmas (art. 140 CN).

La iniciativa de ley deberá ser presentada con su correspondiente exposición de motivos en la Secretaría de la Asamblea Nacional (art. 141 CN). Una vez leídas ante el plenario de la Asamblea Nacional, pasaran directamente a comisión (art. 141 CN).

---

491 García De Enterría y Fernández Rodríguez argumentan en relación con las leyes orgánicas españolas, que –la introducción en el espacio constitucional de un legislador extraordinario ratione materiae constituye, obviamente, una excepción al principio democrático, según el cual es hoy la resolución momentánea de la mayoría simple del órgano parlamentario. Del estricto respeto a este principio depende, como es evidente, que el sistema entero permanezca siempre abierto al cambio y que sea posible en todo momento la alternancia en el poder en condiciones de igualdad, requisitos ambos que son la esencia misma de todo régimen democrático. Es, pues, obligado interpretar restrictivamente el ámbito material reservado a las leyes orgánicas, cuya existencia tiende a petrificar el ordenamiento en beneficio de las actuales mayorías y en perjuicio de las que puedan constituirse en el futuro–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 355, p. 136. Dicha doctrina entendemos es plenamente aplicable a las leyes especiales o constitucionales nicaragüenses. Véase también, Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 326, p. 260. En el mismo sentido, en este caso respecto a las leyes orgánicas del Perú, pero igualmente aplicable a las leyes especiales y constitucionales de Nicaragua. Danós Ordóñez, Op. Cit., nota 302, pp. 546-547.

492 Según De Otto –se entiende por procedimiento legislativo o de elaboración de las leyes todo el conjunto de los actos que conducen a la creación de la ley, desde la iniciativa que pone en marcha el procedimiento hasta la publicación de la ley–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 106.

Recibido el dictamen de la comisión dictaminadora, éste será leído ante el plenario y será sometido a debate en lo general; si es aprobado, será sometido a debate en lo particular (art. 141 CN).[493]

Los proyectos de ley requieren para su aprobación voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados presentes, salvo que la Constitución exija otra cosa (art. 141 CN). Teniendo en cuenta que, para que la Asamblea Nacional se constituya válidamente precisa de un quórum de la mitad más uno del total de los diputados que la integran (art. 141 CN).

Una vez aprobado el proyecto de ley por la Asamblea Nacional, será enviado al Presidente de la República para su sanción, promulgación y publicación, salvo aquellos que no requieren tales trámites[494] (art. 141 CN).

En caso de que el Presidente de la República no sancionare, promulgare ni publicare la ley en un plazo de quince días, el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en La Gaceta, Diario Oficial, la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (art. 141 CN).

El Presidente de la República puede vetar total o parcialmente un proyecto de ley dentro de los quince días siguientes a aquél en que lo haya recibido (art. 142 CN). Si el veto es parcial, podrá introducir modificaciones o supresiones al articulado de la ley (art. 142 CN).

Un proyecto de ley vetado total o parcialmente por el Presidente de la República deberá regresar a la Asamblea Nacional con expresión de los motivos del veto; ésta podrá rechazarlo con el voto de la mitad más uno del total de sus diputados, en cuyo caso el Presidente de la Asamblea Nacional mandará publicar la ley (art. 143 CN).

En ocasiones se utiliza en el Derecho nicaragüense el término ley orgánica. Denominación equívoca pues no se anuda a ella, como parece entenderse a primera vista, un determinado régimen jurídico, sino que son leyes como cualesquiera otras,[495] salvo por el hecho, que añade a un más confusión a la

493 En caso de iniciativa urgente del Presidente de la República, la Junta Directiva podrá someterla de inmediato a discusión del plenario si se hubiera entregado el proyecto a los diputados con cuarenta y ocho horas de anticipación (art. 141 CN).

Los proyectos de códigos y de leyes extensas, a criterio del plenario pueden ser considerados y aprobados por capítulos (art. 141 CN).

494 Así, por ejemplo, no necesitan sanción del poder ejecutivo las leyes constitucionales (art. 141 CN).

495 Como señala Flavio Escorcia, en –realidad este tipo de leyes no requieren de ninguna especialidad en el procedimiento o en el porcentaje de votos para su aprobación, son leyes ordinarias a las que de manera tradicional se les ha denominado orgánicas por regular la organización de algún órgano del

regulación de esta figura, de que no podrán ser objeto de iniciativa legislativa popular (art. 140 LJ).

IV. Reglamento

1. Concepto

El reglamento es una norma de carácter general dictada por el Gobierno o la Administración, que se caracteriza por tener rango inferior a la ley, y estar, por tanto, subordinada a ésta,[496] no pudiendo tener un contenido contrario a la misma, pues en tal caso sería nula.[497]

Existen dos grandes corrientes a la hora de fijar la naturaleza del reglamento. En algunas tradiciones jurídicas se enfatiza su elemento formal, esto es, su procedencia del ejecutivo y no del legislador, en detrimento de su aspecto material, es decir, su carácter normativo que lo diferencia de las resoluciones sin-

Estado–. A lo que añade que –no existe ningún criterio para determinar si una ley ha de ser orgánica o no, depende de lo que entienda el legislador del momento–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, pp. 106-107.

496 Como apunta J. González Pérez, el –reglamento, la disposición administrativa, aun siendo norma, es siempre norma subordinada y complementaria de la ley. Ocupa un rango inferior en la jerarquía normativa, con las consecuencias a ello inherentes–. González Pérez y González Navarro, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 1348.

497 Garrido Falla lo define como –toda disposición jurídica dictada por la Administración pública y con valor subordinado a la ley–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, p. 235. Según García De Enterría y Fernández Rodríguez se –llama Reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 181. Martín Mateo entiende por tal –disposiciones administrativas de carácter general y con rango inferior a la ley–. Martín Mateo, Manual de Derecho Administrativo, 23a. ed., Navarra, Thomson- Aranzadi, 2004, p. 98. Flavio Escorcia considera que –el Reglamento es una norma o conjunto de normas jurídicas de carácter abstracto e impersonal, que expide el Poder Ejecutivo, en uso de una facultad que le es atribuida por la Constitución o una ley y que tiene por objeto, facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo–. Escorcia, Flavio, Op. Cit., nota 2, p. 110. Sánchez Morón considera que reglamento es –toda norma jurídica aprobada por el Gobierno o por la Administración (...) de rango inferior a la ley y controlable por los Tribunales de Justicia, en particular del orden contencioso-administrativo–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 179. Para De Otto, con –el término reglamento se alude a las normas jurídicas dictadas por la Administración o, más en general, por órganos del Estado o del poder público que no ostentan la potestad legislativa–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 214. Villar Palasí y Villar Ezcurra, señalan que se –entiende por Reglamento toda norma emanada de la Administración pública con rango inferior a Ley–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 201.

gulares. Perspectiva desde la que se considera al reglamento como un determinado tipo de acto administrativo (acto administrativo de carácter general).[498]

498 Señala J. C. Santofimio Gamboa que en –Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general–. A lo que añade que –el tema del llamado Acto Administrativo de carácter general surge para la teoría del acto de manera tangencial, a partir del desarrollo del concepto material de ley, de donde se desprende la hipótesis de que las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de ésta. Este asunto que en algunos ordenamientos jurídicos, se resuelve por la vía de la concepción, según la cual, estas manifestaciones constituirían verdaderas expresiones legislativas. En otros como el nuestro, rechazamos esta postura calificando a las mismas, como fenómenos propios y exclusivos de la administración en ejercicio de sus poderes y atribuciones de carácter público, es decir, orgánica y funcionalmente diferentes a la ley, por tanto manifestaciones generales y abstractas propias de la administración y de ninguna manera del legislador–. –Panorama general del Derecho administrativo en Colombia–. Santofimio Gamboa, en González-Varas Ibáñez (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM, 2005, p. 223. En la misma línea, señala Vedel que el –Derecho francés (...) concede más importancia a las distinciones y a los criterio formales que a las distinciones y a los criterios materiales. Las diferencias que separan la ley del reglamento son más importantes que las semejanzas que los aproximan–. –En realidad, el reglamento tiene un régimen jurídico más próximo al de las decisiones no reglamentarias que al de la ley. El acto reglamentario no es más que una variedad de la decisión ejecutoria; es uno más entre los actos administrativos; no participa para nada de la soberanía ni de la infabilidad jurídica de la ley–. Vedel, Georges, Op. Cit., nota 100, p. 150. Por su parte, C. E. Delpiazzo señala que –en el Derecho positivo uruguayo , su caracterización es de un tipo de acto administrativo según resulta de claras normas constitucionales, legales y reglamentarias; se trata del acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales, por oposición al acto administrativo en sentido estricto como el acto de la Administración que produce efectos subjetivos–. Delpiazzo, –Panorama general del Derecho administrativo Uruguayo–, en González-Varas Ibáñez (dir.), en El Derecho Administrativo Iberoamericano, INAP/UIM, Granada, 2005, p. 698. Brewer Carías señala que, –en relación con los actos administrativos, además de aquellos con efectos particulares, están los que tienen efectos generales, es decir, contenido normativo. Entre estos últimos, están los Reglamentos que en Venezuela son actos administrativos–. Panorama general... Pág. 758. Este tipo de tesis han sido también por autores procedentes de realidades jurídicas en las que el Derecho positivo no da respaldo a esta solución. Así, en España, J. M. Boquera Oliver, que considera que –las manifestaciones de poder administrativo no pueden dar lugar a dos realidades de naturaleza jurídica diferente según sean generadas, es decir, vayan dirigidas a grupos indeterminados de sujetos, o sean singulares; ni tampoco según sean permanentes o no lo sean. La generalidad o singularidad de las declaraciones de voluntad de los titulares del poder administrativo distingue dos categorías o especies dentro del género acto administrativo, pero no da origen a dos géneros jurídicos diferentes. Categorías con peculiaridades importantes en cuanto a su régimen jurídico, pero

Frente a ello, en otras familias jurídicas se da una mayor trascendencia al elemento material antes citado, entendiendo, en consecuencia, al reglamento como una realidad de naturaleza esencialmente normativa, radicalmente diferente al acto administrativo.[499] Es esta última postura la que rige en Nicaragua, donde se parte de la consideración del reglamento y el acto administrativo como dos figuras jurídicas diferenciadas.

Esta diferenciación no se recoge expresamente en el Derecho nicaragüense, pero se puede inferir fácilmente del art. 14 LJ, que establece que se podrá impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa –los actos, resoluciones, disposiciones generales–. Esa referencia a las disposiciones generales, como algo distinto a los actos administrativos debe entenderse realizada, sin duda, a los reglamentos.

La distinción entre reglamento y acto administrativo es, por lo demás, una cuestión clásica del Derecho administrativo, habiéndose vertido considerable tinta para determinar los criterios sobre los que se debe realizar esa distinción. En la actualidad es, sin embargo, a nuestro juicio, una cuestión cerrada, pues el criterio ordinamental aporta un criterio firme y seguro para llevar a cabo esta distinción, que hace inútil la referencia a cualquier otro criterio distintivo.

Según esta tesis, el reglamento innova el ordenamiento jurídico, siendo susceptible de aplicación indefinida mientras continua su vigencia; mientras que el acto administrativo no innova el ordenamiento jurídico, sino que constituye una mera aplicación de éste, agotándose con su aplicación.[500]

---

de ningún modo tan diferentes como las fuentes del Derecho y lo actos jurídicos. La terminología podría acomodarse muy fácilmente a esta realidad. El género acto administrativo se distinguiría en dos especies: resoluciones, cuando el acto fuera singular, y disposiciones cuando el acto fuera general–. Boquera Oliver, Estudios sobre el acto administrativo, 6a. ed., Madrid, Civitas, 1990, p. 34.

499 En tal sentido, Martín Mateo señala que el –contener normas jurídicas distingue a los Reglamentos de los actos administrativos. No se trata de un acto general, sino de una norma, aunque algunos autores consideren, sin embargo, que los Reglamentos no son sino una especie de actos. Esto no es rigurosamente admisible por cuanto que el Reglamento presenta caracteres propios de la norma y distinta del acto–. Martín Mateo, Op. Cit., nota 374, p. 103.

500 Señalan García de Enterria y Fernández Rodríguez que la –distinción más obvia entre el Reglamento y el acto es que aquél forma parte del ordenamiento jurídico en tanto que el acto es algo ordenado, producido en el seno del ordenamiento y por éste previsto. Como simple aplicación del mismo. El Reglamento innova el ordenamiento (deroga otro Reglamento anterior, crea normas nuevas, habilita soluciones o actos hasta ese momento no previstos), el acto se limita a aplicar el ordenamiento a un supuesto dado o por dicho ordenamiento previsto–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 187. También partidarios de esta tesis, Serra Rojas, Andrés, Op. Cit., nota 160, p. 231. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, pp. 1349-1350. Martín Rebollo, L., –Disposiciones administra-

Debe reseñarse, no obstante, la dificultad práctica de diferenciar reglamento y acto administrativo en muchos casos. Como señala Meilan Gil, esa complejidad resulta de las características intrínsecas del Derecho administrativo, en el que la concreción del supuesto de hecho no se lleva a cabo usualmente de una sola vez, sino mediante una cadena de sucesivas concreciones normativa. Esto hace difícil delimitar hasta dónde llega la norma y cuando se inicia el acto en los supuestos intermedios. Aparecen así, en ocasiones, elementos desgajados de la norma que contribuyen a la concreción de su supuesto de hecho: son parte de la norma y participan de su naturaleza normativa, pero están fuera de ella. Es, por ello, conveniente huir de afirmaciones rígidas en este campo, pues norma y acto administrativo son a veces realidades difícilmente diferenciables.[501]

---

tivas y actos administrativos–, en Leguina Villa Y Sánchez Morón (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos, 1993, p. 158. Sánchez Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 185. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 235-236.

501 Señala Meilan Gil que esta –dificultad para fijar la línea divisoria entre norma y acto es muy propia del Derecho administrativo. Común a toda la creación del Derecho, dirá Kelsen, es el continuo paso de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto; pero lo peculiar del Derecho administrativo es el alargamiento de la cadena que va de la norma más genérica a la resolución o acto individual. Puede decirse que, así como en el Derecho civil está por una parte la Ley y por otra parte los actos de los particulares, en el Derecho administrativo hay toda una concreción sucesiva de normas a la que corresponden igualmente una sucesión de actos. Entre la norma y sus destinatarios se interpone la Administración.

En el Derecho administrativo la regulación del supuesto de hecho no se hace siempre de golpe, sino a base de una gradación sucesiva de normas, ordenadas según un criterio de mayor concreción.

Tampoco la aplicación se realiza siempre por un solo acto: muchas veces la resolución final va precedida de una serie de actos concatenados en un procedimiento. La naturaleza del acto viene determinada, en este caso, por la relación a un procedimiento.

El desarrollo se da, podríamos decir, forzando la terminología de Nawiasky intra normam, la aplicación se dará extra normam. El problema puede ser visto descendentemente –desde la norma más genérica– o ascendentemente –desde la resolución individual-. La zona intermedia es la discutida–.

–La norma entendida genéricamente como formulación hipotética que a la previsión abstracta de un supuesto de hecho fija unas consecuencias, no siempre se manifiesta externamente de una vez. Pocas veces, (…) la norma administrativa aparece encapsulada en una disposición única. Es preciso reconstruir la regla, uniendo distintas disposiciones de concreción gradual distinta.

La norma, entendida como regla jurídica completa, aparece así escindida en varias disposiciones; o lo que es lo mismo, algunos de sus elementos aparecen formalmente desgajados de la misma. Estos elementos tienen carácter

Este proceso de gradación gradual de la norma plantea el problema de la línea divisoria de la norma y el acto: ¿cuándo se está en presencia de una concreción que es todavía desarrollo de la norma o cuándo se está en presencia de una concreción que es ya aplicación de la misma a un caso, es decir, un acto administrativo?

El reglamento es un acto formalmente administrativo, dado que procede del ejecutivo, pero materialmente legislativo, por crear una situación jurídica general, expresión de la función normativa de la Administración Pública.[502]

De tal modo que, aunque los reglamentos sean productos normativos emanados de la propia Administración, son fuente del Derecho y, por lo tanto, vinculan a ésta, en cuanto forman parte del bloque de legalidad al que debe ajustar su actuación.[503]

Fruto de ello es el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, que impide que la Administración pueda excepcionar la aplicación de un reglamento mediante una resolución singular o acto administrativo, incluso aunque esa resolución inferior haya sido dictada por una autoridad de rango superior a la que dicto el reglamento.[504]

---

y entraña normativa. No son aplicación de la norma, sino desarrollo de la misma. Son elementos integrantes de la norma, aunque desgajados de ella, la completan–.

–La existencia de normas administrativas completas, de normas incompletas, de elementos normativos desgajados, de supuestos en los que la norma y acto se combinan de muy diversas maneras, (…) así como las distintas misiones de los actos, muestran la riqueza del Derecho administrativo en un punto de la teoría general, como son las fuentes, además de la originalidad y flexibilidad de sus técnicas. Frente a la simplicidad del Derecho civil –ley y autonomía de la voluntad– el Derecho administrativo ofrece una gama que revela una auténtica gradación de normatividad, que se continúa muchas veces en la esfera de los actos con su concatenación procedimental.

Esta riqueza y flexibilidad responde a la misión y naturaleza propias del Derecho administrativo. Por eso, la tarea científica en este campo debe evitar el empecinamiento en afirmaciones rígidas; o es acto o es norma–.

Es, por ello, preciso –estudiar los casos intermedios, sin reconducirlos absolutamente a alguno de los dos extremos, sin exigir que esos casos intermedios tengan las notas de figuras plenarias–. Meilan Gil, La distinción entre norma y acto administrativo, ENAP, 1967, pp. 45 y sigs.

502 Serra Rojas, Andrés, Op. Cit., nota 160, p. 233. Baez Martínez, R., Manual de Derecho Administrativo, México, Trillas, 1997, p. 17.

503 Cassagne, Op. Cit., nota 351, p. 29.

504 Barrio García y Pernas García, en Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), Derecho administrativo español, México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 82. Dorrego De Carlos, A. y Gutierrez Vicen, C., –Disposiciones y actos administrativos–, en Pendás García (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis, 1993, pp. 427-428. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1434.

Dicha construcción no cuenta con un reconocimiento expreso en el Derecho positivo de Nicaragua, pero en cuanto expresión de principios jurídicos básicos, debe considerarse indudablemente vigente en este ordenamiento jurídico.

No hay, en realidad, unanimidad a la hora de delimitar cual es el principio justificador, pues se ha argumentado desde líneas diferentes por los distintos sectores de la doctrina. Si bien, en ningún caso, cuestiona esto la afirmación anterior, pues los distintos fundamentos esgrimidos constituyen principios estructurales, vigentes sin ningún género de duda en el Derecho de Nicaragua.

Así, la línea mayoritaria ha venido considerando como fundamento de esta regla, aunque hay quien se ha pronunciado en contra de esta posición,[505] el principio de legalidad, que exige la sumisión de la Administración a todo el Derecho, incluyendo también los propios reglamentos que ella misma ha dictado.[506]

Para otros, sin embargo, el fundamento del principio que nos ocupa debe buscarse en el principio de igualdad, que impide que la Administración pueda

505 En tal sentido Yagüe Gil, que crítica la tesis que fundamenta en el principio de legalidad el principio de inderogabilidad singular, señalando que –este razonamiento es equivocado; sólo se puede entrar a calificar una diferencia de trato como justificada o injustificada si está admitida y reconocida en una disposición de carácter general –y entonces no se tratará de un problema de la resolución, sino de la disposición, y será, por lo tanto, un problema distinto al que nos ocupa -, pero lo que dice– este principio –es que por vía singular la excepción, es decir, la diferencia, nunca está justificada; la explicación material arranca, por lo tanto, del principio de igualdad y no del respeto abstracto y general que la Administración debe a sus propios Reglamentos–. Yagüe Gil, –De las disposiciones y actos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Carperi, 1993, p. 192.

506 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que la –explicación más correcta de la regla de la inderogabilidad singular de los Reglamentos se encuentra realmente en la construcción técnica (...) del principio de legalidad de la Administración. Ésta está sometida, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento y, por lo tanto, también a sus propios Reglamentos. Función capital del ordenamiento para la Administración es atribuirla potestades (con sus consiguientes limitaciones, naturalmente, pues no hay ninguna potestad ilimitada). Al estar sometida a sus Reglamentos y estos no prever –por hipótesis- la posibilidad de su dispensa, la llamada derogación singular sería en rigor una infracción del Reglamento mismo. Es cierto que la Administración tiene también atribuido el poder derogatorio del Reglamento (que forma parte de la potestad reglamentaria), pero el mismo no puede interpretarse, sin ofensa definitiva e insalvable al principio de legalidad, en el sentido de poder desconocer u olvidarse del Reglamento en los casos concretos–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 210-211. La misma opinión, Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 158. Sánchez Goyanes, Op. Cit., nota 153, p. 93.

aplicar a un determinado supuesto una solución diferente a la que ella misma a fijado para todos los demás supuestos.[507]

2. DISTINCIÓN LEY-REGLAMENTO

La diferencia entre ley y reglamento es de superioridad o grado. La primera en cuanto expresión del Poder Legislativo, representante de la voluntad popular, emana de un poder potencialmente ilimitado, sin perjuicio, obviamente de las vinculaciones constitucionales; mientras que el segundo emana de un poder radicalmente limitado, el Gobierno o la Administración, estrictamente subordinado al imperio de la Ley. De lo que se deriva, a su vez, que la ley es la encarnación de la voluntad popular; mientras que el reglamento es una mera regla técnica cuya labor viene reducida al desarrollo de la primera. La consecuencia de todo ello no puede ser otra que la supremacía de la primera respecto a la segunda.[508]

---

507 En tal sentido Yagüe Gil, que considera que el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos se fundamenta en el principio de igualdad. –En efecto, este principio quedaría vulnerado si se admitiera que cualquier órgano administrativo pudiera contradecir en un caso concreto lo que él mismo u otro órgano inferior (si es superior lo impide ya el principio de jerarquía normativa) han decidido para todos los demás casos, tanto si el trato singular es más favorable o más gravoso que el general–. Yagüe Gil, Op. Cit., nota 382, p. 192.

508 Señalan García De Enterría; Fernández Rodríguez que la –esencia de la Ley es su carácter supremo (dentro de la Constitución, claro está) en la creación del Derecho, pero es obvio que tal cualidad no puede reconocerse a una norma inferior; no es una cuestión de cantidad o escalonamiento, es de grado, de calidad. La Ley arranca la incondicionalidad de su contenido y la irresistibilidad de su eficacia por su legitimación en la voluntad de la Comunidad; el Reglamento no puede presentarse como voluntad de la comunidad, porque la Administración no es un representante de la comunidad, es una organización servicial de la misma, lo cual resulta algo en esencia distinto; en el Reglamento no se expresa por ello una hipotética voluntad general, sino que es una simple regla técnica, ocurrencia de los funcionarios, a la que órganos simplemente administrativos han dado expresión definitiva. La Ley es norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el Derecho o las relaciones existentes, puede (dentro de la Constitución) hacerlo todo menos cambiar un hombre en mujer. Nada de esto es propio de las determinaciones reglamentarias, que más bien se presentan como complementarias de las leyes, como ejecución (en un amplio sentido) de la Ley–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 181-182. En la misma línea, Sánchez Morón considera que la ley es norma superior –porque en su elaboración participa (formalmente, al menos) el conjunto de los representantes del pueblo y no sólo los miembros de la mayoría y porque, a diferencia del reglamento, esa elaboración está presidida por la publicidad y el debate político que caracterizan la vida parlamentaria. La supremacía jerárquica de la ley se explica, pues, en virtud del principio democrático. Pero no entendido ya a la manera del siglo XIX, sino por la mayor

La superioridad de la ley respecto al reglamento se manifiesta también en la capacidad de ésta para regular cualquier materia, con el único límite de respetar los preceptos constitucionales. Más allá de ello puede normar todo ámbito susceptible de regulación, sin que sea obstáculo para ello que haya sido objeto de regulación previa por norma reglamentaria, pues, desde su posición de superioridad la norma con rango de ley puede disponer a su antojo del reglamento, bien restringiendo su ámbito, derogándolo o modificándolo, o bien ampliándolo, deslegalizando una materia o remitiendo a él para que la regule.[509]

Si bien esto no puede llevar a considerar que la relación de ley y reglamento es una decisión de oportunidad en manos del legislador, ya que, a pesar de las dificultades de control, la articulación de dicha relación debe guiarse por el principio de que la ley regula lo esencial y el reglamento lo accesorio.[510]

---

proximidad del Parlamento a la ciudadanía y por los rasgos de transparencia y participación que caracterizan la tramitación parlamentaria de las normas jurídicas–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 160.

509 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que la –Ley frente al Reglamento (...) no tiene límites de actuación funcionalizables: puede sustituir o excluir un Reglamento para ordenar cualquier materia o hacer apelación expresa a él (...); puede derogarlo, pura y simplemente, o, por el contrario, elevarlo de rango, convirtiéndole en Ley y prestándole con ello su propia fuerza superior; puede restringir su ámbito de manifestación o, por el contrario, ampliarlo. No hay ningún ámbito que pertenezca en exclusiva al Reglamento y en que éste pueda actuar al margen o prescindiendo (no ya contradiciendo, por supuesto) de la Ley; incluso el ámbito organizativo interno de la Administración, que es el más propio de la potestad reglamentaria (...) puede ser total o parcialmente regulado por la Ley de modo que se restrinjan o incluso que se excluyan totalmente las posibilidades dejadas al Reglamento (...). La superioridad de la Ley sobre el Reglamento es una superioridad vertical, piramidal, de modo que abarca la totalidad de las posibilidades de actuación del Reglamento, como el oficial se supraordena a toda posible actuación militar del soldado–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 238. En el mismo sentido, señala Sánchez Morón que el legislador –tiene libertad absoluta para ocupar cualquier campo normativo y, en su caso, para regular por ley lo que hasta ese determinado momento puede haber sido regulado por reglamento. Puede así elevar el rango normativo de cualquier materia, de reglamentaria a legal, a partir de lo cual, existiendo norma con rango de ley, la potestad reglamentaria no puede desplegarse sino respetando dichas normas legales–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 196.

510 Señalan A. Gallego Anabitarte y A. Menéndez Rexach que –la ley no tiene límites en su regulación, pudiendo descender al grado de detalle que considere conveniente (…). Pero lo que no resulta admisible es la tesis de que la articulación del contenido de la Ley y el Reglamento es una cuestión de oportunidad, que depende en cada caso de la voluntad del legislador. Esto podría llevar en la práctica a respaldar la validez de unas leyes que regulasen sucintamente una materia y habilitasen implícitamente al reglamento

Frente a ello, el reglamento es una norma cuyo espacio está limitado, en cuanto hay determinadas materias cuya regulación le está vedada. Cuando así ocurre decimos que existe una reserva de ley, que puede ser de dos tipos: material y formal.

La reserva material de ley es aquella que viene impuesta por la propia Constitución, en cuanto es la propia Norma Máxima la que exige que una determinada materia sea regulada por ley, cerrando, con ello, el paso al reglamento.[511]

Esta acotación de materias que deben ser objeto de regulación por ley, debe entenderse siempre realizada a favor de ésta. Esto es, no se trata de llevar a cabo una partición de materias entre ley y reglamento, de tal forma que lo no atribuido a la primera quede encomendado a la segunda. El objetivo es otro muy distinto: establecer un ámbito invulnerable al reglamento, en el que éste no podrá entrar en ningún caso, mientras que la ley, sin embargo, tiene plena libertad para incidir en cualquier materia, siempre que respete los preceptos constitucionales.[512]

---

para desarrollar con gran amplitud esta sucinta regulación legal. Aunque el control sea difícil, por razones obvias, en un régimen parlamentario, hay que mantener el principio de que la ley debe regular lo esencial (y puede regular lo accesorio, aunque muchas veces no sea conveniente que entre en detalles que, por eso, se suelen calificar de reglamentarios, mientras que el reglamento de desarrollo sólo debe regular lo accesorio–. –Art. 97. Funciones del Gobierno–. Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach en Alzaga Villaamil (dir.), Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Madrid, Edersa, 1985, t. VIII, p. 72.

511 Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 327, p. 138. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 155. Señala Calonge Velázquez que hablamos de reserva de ley –cuando es la propia Constitución la que establece que una determinada materia sólo puede ser regulada por una ley dictada por el Parlamento, esto es, por una ley formal–. Calonge Velázquez, en Sánchez Goyanes (coord.), Curso de Derecho administrativo I, Madrid, Colex, 1997, p. 106. Por su parte, Villar Palasí; Villar Ezcurra señalan que se –entiende por reserva material la necesidad de que determinadas materias sean reguladas por Ley, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de llevar a cabo su regulación mediante un simple reglamento. Como fácilmente puede comprenderse para que esta reserva sea eficaz es preciso que venga impuesta desde la propia Constitución ya que, de otra forma, podría ser fácilmente enervada mediante otra Ley en sentido contrario que diese entrada a una regulación de fondo por vía reglamentaria–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 101.

512 Apuntan García De Enterría y Fernández Rodríguez que la reserva de Ley es –un principio montado en beneficio de la propia supremacía de la Ley y no en su perjuicio. En efecto, la Constitución reserva a la Ley una serie de objetos sustanciales y en el resto permite la intervención del Reglamento, aunque sometido a la superioridad que es propia de la Ley. No se trata, en modo alguno, de un reparto material del campo normativo; no se deduce en absoluto que las materias distintas de las reservadas a la Ley serán materias propias y exclusivas del Reglamento, donde la Ley no podía entrar. El Regla-

Se pueden encontrar en la Constitución de Nicaragua un gran número de ejemplos al respecto. Así, por citar sólo algunos de ellos, el art. 93 CN establece que los –delitos y faltas estrictamente militares, cometidos por miembros del ejercito y la policía, serán conocidos por los tribunales militares establecidos por la ley–; el art. 94 CN, al regular el Ejercito de Nicaragua y la Policía Nacional establece que la –organización, estructuras, actividades, escalafón, ascensos, jubilaciones y todo lo relativo al desarrollo operacional de estos organismos, se regirán por la ley de la materia–; el art. 99 CN establece que las –actividades de comercio exterior, seguros y reaseguros estatales y privados serán regulados por la ley–; el art. 115 CN establece que los –impuestos deben ser creados por ley que establezca su incidencia, tipo impositivo y las garantías a los contribuyentes–.

Esto no impide toda incidencia del reglamento, pues esté podrá complementar esa regulación legal, pero sólo en la medida en que la ley cumpla con su obligación de regular esa materia.[513]

En cuanto a la reserva formal de ley, es una mera consecuencia del principio de jerarquía normativa. Pues dada la superioridad jerárquica de la ley respecto al reglamento, que determina la imposibilidad de que éste derogue, modifique o tenga un contenido contrario a aquélla, el reglamento queda imposibilitado de regular cualquier cuestión regulada por ley. De esta forma, basta con que una norma con rango de ley regule cualquier cuestión para que se produzca su congelación de rango, pues en adelante sólo podrá ser regulada por ley.

---

mento sigue siendo una norma secundaria y subordinada a la Ley, no alternativa respecto a ella–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 238-239.

513 Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 327, p. 138.

Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 155. Rodríguez-Zapata, Op. Cit., nota 327, p. 139. Bermejo Vera, Derecho Administrativo Básico. Parte General., 6a. ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2005, p. 85. Calonge Velázquez, Op. Cit., nota 388, p. 106. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 111, p. 109. Señalan García De Enterría; Fernández Rodríguez que –el principio del contrarius actus obliga para dictar una norma nueva a darla un rango normativo por lo menos igual al de la norma o normas que pretenden sustituir o innovar, y ello en virtud del criterio general de que para dejar sin efecto un acto jurídico se requiere un acto contrario de la misma solemnidad. Regulada una determinada materia por la Ley, el rango normativo queda congelado y sólo una Ley podrá intervenir posteriormente en ese ámbito material. De esta manera, en cada momento histórico que se considere, todas las posibles materias están encasilladas en un rango determinado y, concretamente, muchas de ellas en el rango superior, en el nivel de las leyes. Por efecto de los principios expuestos, todas las materias encasilladas hoy en el nivel de la Ley, cualesquiera que sean su importancia objetiva y su consideración constitucional, sólo podrán ser intervenidas en el futuro por Leyes formales–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 251.

Hay, no obstante, quien se ha pronunciado en contra, argumentando que la jerarquía normativa implica únicamente la imposibilidad de dictar normas de rango inferior dotadas de un contenido contrario a la de rango superior, pero que nada impide que se pueda ocupar de esa materia, siempre que respete la norma superior.[514]

Las relaciones entre ley y reglamento pueden verse afectadas por la técnica de la delegación legislativa. Bajo esa denominación se engloban un conjunto de medidas que suponen una alteración para un supuesto concreto y determinado de las relaciones existentes entre ambas fuentes del Derecho, abriendo espacios de normación al reglamento. Se trata de supuesto coyunturales, esto es, no suponen una modificación definitiva de esos límites, pues la ley puede recuperar en cualquier momento el ámbito material del que se trate para regularlo ella misma. No suponen, además, menoscabo alguno para la superioridad de la ley, pues es ésta siempre quien toma la decisión de ampliar el ámbito de operación del reglamento y tiene siempre, como ya hemos dicho, la posibilidad de eliminarlo o restringirlo.[515]

Debemos distinguir dos grandes supuestos de delegación legislativa. El primero de ellos es la denominada remisión normativa, que supone una llamada de la ley al reglamento para que complemente la regulación en ella contenida o de una parte de la misma.[516]

---

514 En tal sentido De Otto, que señala que –la supremacía jerárquica de la ley sobre el reglamento prohíbe que éste contradiga aquélla, so pena de nulidad; de modo que cuando una ley regula una materia derogará las normas reglamentarias contrarias a las leyes. Pero eso no significa en absoluto que el reglamento no pueda ocuparse de esa materia en tanto respete lo que la ley haya dispuesto sobre ella, salvo, claro está, que haya una prohibición legal. De que una norma sea jerárquicamente inferior a otra no se desprende en modo alguno que no pueda regular la materia de la que ésta se ocupa, sino tan sólo que no puede contradecirla–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 227.

515 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que el sistema de relaciones Ley- Reglamento –puede alterarse por virtud de la técnica de la delegación o habilitación legislativa. La delegación puede suponer (...) o bien una renuncia por la propia Ley a su primacía, con la consiguiente llamada al Reglamento para que entre a innovar una regulación anterior formulada con rango de Ley; o bien una apertura al Reglamento de las materias inicialmente reservadas a la Ley, una extensión de la potestad reglamentaria más allá de su ámbito ordinario. Lo que es fundamental es notar que esa alteración es ocasional, con vistas a una operación concreta, pero dejando indemne el sistema general (...). Esa alteración ocasional, caso por caso, del sistema de relaciones Ley-Reglamento es justamente el contenido de la delegación legislativa, y expresa, simplemente una técnica de colaboración del Reglamento con la Ley a requerimiento de ésta–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 252.

516 Señalan García De Enterría; Fernández Rodríguez que hay –remisión normativa cuando una Ley reenvía a una normación ulterior, que ha de elaborar la Administración, la regulación de ciertos elementos que complementan la

Un ejemplo en el Derecho nicaragüense lo encontramos en el art. 24 LCE,[517] que establece que mediante –Reglamento de esta Ley se establecerá la forma en que el Registro de Proveedores coordinará sus actividades con las instancias que desarrollan procedimientos de contratación–. Con un carácter más general, el art. 114 del mismo texto legal, que establece que el –Presidente de la República dictará el Reglamento General de esta Ley, en el plazo establecido en la Constitución Política–.

Para un sector de la doctrina la remisión normativa no supone una ampliación del campo de acción del reglamento, sino que constituye una mera invitación al mismo para que haga uso de un poder de regulación que ya poseía. Esto no impide, no obstante, que pueda tener su incidencia, en cuanto puede contribuir a fijar el ámbito en el que puede operar, limitando en mayor medida la regulación reglamentaria o incluso cerrando la regulación de determinadas materias a ésta. Pero, en cualquier caso, nunca supone una autorización a regular ámbitos hasta entonces cerrados a su regulación.[518]

---

ordenación que la propia Ley establece–. –En el reenvío formal o remisión la norma reenviante se limita a disponer que un determinado supuesto de hecho sea regulado por la norma remitida, de cuyo contenido concreto se desentiende. Al no producirse ningún fenómeno de integración de la norma reenviada en la reenviante, ambas normas conservan su propia autonomía y su respectivo valor. De este modo, las normas dictadas por la Administración en ejecución de la remisión contenida en una Ley tienen el valor de simples Reglamentos–. Ídibem, p. 270.

517 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE) (Tomada de La Gaceta nº. 1-2, del 3 y 4 de enero del 2000).

518 Esta es la tesis defendida por De Otto, que señala que, habida –cuenta de que al reglamento sólo le está vedado aquello que está sujeto a reserva de ley, es claro que el sentido de la remisión no puede ser en modo alguno el de un permiso para hacer algo que de otro modo no se podría hacer. La potestad reglamentaria viene conferida por la propia Constitución y se puede utilizar siempre que no lo prohíba la Constitución o el legislador, cuyos productos, las leyes, se imponen incondicionalmente al Gobierno. Si no hay una reserva en cuanto a la regulación de que se trate, y tampoco lo impide una ley, el Gobierno puede por sí mismo regular cualquier materia sin necesidad de que el legislador se lo permita, pues el permiso está en la Constitución misma. Y si hay una reserva es claro que el legislador no puede levantarla y que el reglamento sólo podría incidir en la materia de que se trate en cuanto no entre en el concreto sector de la disciplina normativa que la Constitución ha querido que sea objeto tan sólo de regulación legal. En resumen: si no hay reserva el permiso es innecesario, y si la hay, ilícito–. –Esto no significa que las cláusulas de remisión normativa sean inútiles. Es verdad que en muchos casos han de considerarse como una "invitación" al poder reglamentario, que podría actuar sin ellas. Pero en otros cumplen una función de complemento de los límites a que está sujeto el reglamento por la jerarquía normativa, pues sirven para acotar más cuidadosamente el espacio que queda libre tras la regulación que la ley contiene. Así la remisión puede servir para orientar la regulación reglamentaria que, de otro modo, no tendría otros límites que

Para otros, sin embargo, a través de la remisión normativa no se opera una invitación al ejercicio de un poder normativo previamente atribuido, sino que es la remisión normativa la que abre la materia afectada a la regulación por parte del reglamento de la materia, ampliando de este modo su campo de actuación.[519]

---

los resultantes de los preceptos legales: en ocasiones se ordena que en el procedimiento de elaboración del reglamento se efectúen ciertas consultas, y en otras se delimita al contenido del reglamento señalándole directrices, o las materias concretas sobre las que ha de recaer o el alcance de la regulación complementaria que el reglamento debe aportar. Las cláusulas de remisión pueden servir también para distinguir el desarrollo de la preparación de ejecución, de modo que con ellas el legislador podría prohibir el primero y manifestar así claramente que considera cerrada la regulación propiamente dicha–. –Todo ello significa que, contra lo que puede parecer, la importancia de las cláusulas de remisión no está en su valor de autorización sino en su valor como límite de la potestad reglamentaria. Autorizando la reglamentación el legislador no añade nada cuando la propia Constitución no lo ha prohibido, pero encauzándola en un sentido u otro, o a este o aquel objeto, la somete a limitaciones distintas de las que la propia Constitución establece y válidas en cuanto impuestas por una norma superior al reglamento–. De Otto, Op. Cit., nota 329, pp. 236-237.

519 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez que señalan que en la –remisión normativa se producen, pues, dos fenómenos distintos: de un lado, la Ley delegante remite a un Reglamento para completar su propia regulación; por otro, la propia Ley delegante atribuye a la vez a la Administración la potestad de dictar dicho Reglamento. Con esto último nos oponemos a la teoría francesa predominante, que habla de que estas cláusulas delegativas, en el supuesto de Reglamentos ejecutivos de las Leyes, hay que explicarlas como una "invitación" que el legislativo hace al Ejecutivo para que éste utilice su poder reglamentario propio. Que el poder desarrollado en la norma delegada es siempre un poder propio de la Administración, el poder reglamentario, y no un poder supuestamente transferido por el legislativo, ya lo hemos justificado como una nota común a la figura general de la delegación; pero eso no quiere decir que la Ley delegante sea un simple recuerdo amistoso de algo que la Administración podría hacer sin tal Ley, una mera "invitación" cortés. Como en todo el fenómeno de la delegación legislativa, hay aquí una ampliación del ámbito propio de la potestad reglamentaria. Ello es perfectamente claro siempre que se trate de abrirle una materia reservada a la Ley, como es lo común, pero aun también es visible en la hipótesis de Leyes que se produzcan en el ámbito donde la potestad reglamentaria tiene su campo natural, pues se trata de requerir a un Reglamento para que complemente la Ley y, por consiguiente, para que la aplicación de la Ley quede eventualmente enmarcada y condicionada por una serie de preceptos reglamentarios que necesariamente implican un novum mayor o menor (si el novum no existiese, el Reglamento sería ocioso como se comprende). Por ello, y así lo acredita la práctica legislativa constante de confiar a la Administración las disposiciones ejecutivas de una Ley, no puede sostenerse que aun lege silente la Administración cuente siempre con la posibilidad de dictar Reglamentos de las Leyes, de interferir entre éstas y su aplicación

La remisión normativa puede incidir sobre un ámbito reservado materialmente a ley. Es pacífico en la doctrina que en dicho caso la ley no podrá disponer del mandato constitucional que le obliga a ella misma a regular esa materia, lo que reduce el alcance de la llamada al reglamento a aquellos ámbitos que no perturben dicha obligación. Esto permite al reglamento únicamente complementar aspectos puramente organizativos o procedimentales, así como resolver cuestiones puramente técnicas o que impliquen una decisión variable susceptible de mudar más allá de la estabilidad propia de la ley. Tratándose de cuestiones de fondo, sólo se podrán remitir a reglamento si la propia ley comprende los criterios y principios de los que se va a derivar la solución.[520]

Fuera del ámbito reservado materialmente a ley las posiciones doctrinales respecto a los límites a los que está sujeta la remisión normativa varían, pudiéndose encontrar posturas diferentes al respecto.

Algunos autores mantienen una postura restrictiva respecto al ámbito de actuación del reglamento. Considerando que para identificar esos límites es preciso distinguir entre aquellos supuestos en los que se realizan remisiones específicas para complementar preceptos aislados, de aquellos en que se rea-

---

una instancia normativa distinta; a lo sumo podrá interferirse como mucho un apoderamiento tácito (...) del conjunto normativo, o la posibilidad de un desarrollo reglamentario en cuanto a los aspectos administrativos internos (organización, procedimiento) pero no a los propiamente normativos, para esto último es para lo que juega la técnica de la remisión explícita–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 271-272.

520 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que donde haya reserva material de ley –la Ley ha de abordar por sí misma, si ha de observar el mandato constitucional, el núcleo o contenido esencial de dicha regulación, de modo que la remisión que pueda hacer a un Reglamento no implique una abdicación de regulación de dicho núcleo, o de sus criterios básicos, sino un verdadero complemento, complemento organizativo y procedimental por de pronto (...) y también, ya respecto a ordenación material, en aquellos aspectos que pueda requerirse una apreciación técnica o de circunstancias concretas variables que convenga separar de la regulación abstracta de la propia Ley, vocada a una mayor permanencia (...). En cualquier caso, la remisión debe contener una expresión de contenido delimitado y, cuando suponga entregar a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, la enunciación de los criterios y principios con los cuales puede llegarse a ella; no sería válida, pues, una simple entrega formal, que sería más bien una simple deslegalización que una remisión–. Curso de... I (2005). Pág. 272. En la misma línea, Sánchez Morón considera que –en el ámbito material reservado a la ley no cabe el reglamento independiente. No sólo eso, sino que tampoco es constitucionalmente aceptable una remisión en blanco o completa de la ley al reglamento. Por el contrario, la ley debe contener su propia regulación sustantiva, el reglamento sólo puede constituir un complemento indispensable de la regulación legal, por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las leyes–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 197.

liza una remisión genérica, para completar toda una ley o una parte completa de la misma.

En el primer caso, las posibilidades de control son más limitadas, pues falta una regulación paralela que permita contrastar que no ha habido exceso por parte del reglamento. Si bien, aún en este caso deberá comprobarse que no se han excedido los límites de la remisión, esto es, que no hay una vulneración de los principios y directivas que enmarcan esa remisión, pues siempre se podrán encontrar recogidas, en mayor o menor medida, éstas, bien de forma explícita o implícita.

En el segundo caso, hay un mayor margen para el control, pues el objeto del reglamento no puede ser otro que el desarrollo del texto de la ley, que proporciona un instrumento para verificar en que medida se ha llevado a cabo éste correctamente. Siendo para ello preciso que ese desarrollo sea el complemento indispensable de esa ley, lo que implica una doble consecuencia: por un lado, obliga a que el reglamento incluya todo lo indispensable para la correcta aplicación de la ley y su plena efectividad; por otro, no puede contener más que lo estrictamente indispensable para dar cumplimiento a estos fines.[521]

521 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que debe distinguirse a estos efectos entre –las remisiones singulares o específicas, para complementar preceptos aislados de una Ley, y las remisiones genéricas, en las que se confía al Reglamento el desarrollo o ejecución de una Ley completa o una parte institucional completa de la misma–. –En el caso de las remisiones singulares o específicas, la técnica de la remisión o reenvío formal implica (...) la aceptación ab initio por la Ley delegante de cualquier contenido de la norma reglamentaria remitida. Esto no significa que el control del contenido de la norma remitida sea imposible, sino sólo que la especial configuración de las remisiones singulares hace más útil la tipificación de un posible ultra vires, ya que no existe una regulación paralela con la que conformar el contenido de la norma reglamentaria. En el caso de las remisiones singulares la tipificación de un posible ultra vires, aparte ya de los demás vicios posibles de legalidad predicables de los Reglamentos, sólo se dará cuando las normas remitidas excedan del marco de la remisión. Esta referencia al marco sistemático de la remisión no es sólo un pío deseo o una frase vacía de contenido, sino el enunciado de un medio de contraste necesario y perfectamente actuable, una vez indagados los principios del sistema configurado previamente por la Ley remitente, sistema en el que forzosamente existen siempre directivas explícitas o implícitas, a las que la norma remitida debe acomodarse en todo caso, so pena de invalidez–. –En el supuesto de una remisión genérica al desarrollo y ejecución de una Ley en su conjunto, el problema se presenta con más agudeza. Por lo pronto, hay que decir que no puede aceptarse en principio cualquier contenido de la norma remitida. Esto no invalida la técnica remisoria en cuanto expresión de un reenvío formal, lo que ocurre es que el marco sistemático de la remisión es el "desarrollo" y "ejecución" de la Ley, concepto jurídico indeterminado, pero determinable en cada caso concreto mediante un proceso de interpretación legal. Será así posible precisar si el Reglamento complementa la Ley en el sentido por ésta deseado, o, más bien, la infringe abiertamente. También será posible deter-

Otros autores, sin embargo, invocando la realidad práctica, que consideran no coinciden con la tesis antes expuesta, proclaman que los reglamentos dictados en ejecución de las leyes no se limitan a ser el complemento indispensable de la ley, aclarando los preceptos de éstos y complementando aspectos organizativos y procedimientales, sino que contemplan también regulaciones materiales que vienen a complementar la regulación legal de la materia.[522]

Denominamos deslegalización a la ley que abre un determinado ámbito, hasta entonces regulado por ley, al reglamento, sin contener una regulación material de la misma. Es, por tanto, una norma que viene a eliminar la existencia de una previa reserva formal de ley. Como ya sabemos, ésta se produce cuando una norma con rango de ley regula cualquier materia, con lo que el principio de jerarquía exige para modificar esa materia en lo sucesivo una norma del mismo rango, una norma con rango de ley. La ley de deslegalización se limita a contrarrestar el efecto de esa ley anterior, permitiendo con ello la regulación de esa materia mediante reglamento.[523]

---

minar si, aun sin una infracción abierta de la Ley, el Reglamento ejecutivo debe ser siempre y solamente (...) el complemento indispensable de la Ley que desarrolla, y esto en el doble sentido siguiente: por un lado, el Reglamento ejecutivo debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la Ley misma que desarrolla, por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines (solo lo indispensable)–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 273-276.

522 En tal sentido Sánchez Morón, que considera que el reglamento ejecutivo no puede ser simple complemento de la ley, pues –ante la realidad, no puede dejar de reconocer que este tipo de reglamentos no sólo pueden aclarar o explicitar preceptos legales, detallar sus mandatos o establecer reglas de organización y funcionamiento necesarias para que la ley se aplique, sino que también puede completar lo dispuesto en la propia ley con otros preceptos sobre la materia que regula–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 190.

523 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que llamamos –deslegalización a la operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración–. –A través del principio del contrarius actus, cuando una materia está regulada por una Ley se produce lo que hemos llamado más atrás una "congelación de rango normativo" que regula dicha materia, de modo que sólo por otra Ley contraria podrá ser innovada dicha regulación. Una Ley de deslegalización opera como contrarius actus de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la norma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos–. –De este modo simples Reglamentos podrán innovar y, por tanto, derogar Leyes formales anteriores, operación que, obviamente no sería posible si no existiere la Ley degradatoria previa–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 277. De Otto apunta que se llama deslegalización a la operación consistente en que una ley permite que los preceptos legales existentes en una determinada materia

Se trata, por tanto, de una ley que carece de auténtico contenido normativo material, su eficacia se reduce a producir un efecto puramente formal: hacer desaparecer una reserva formal de ley.[524] Sin que esto suponga tampoco la derogación de la ley afectada, que sigue vigente. Si bien, como fruto de la deslegalización, va a poder ser modificada o derogada por un reglamento. Pero hasta que esa norma reglamentaria no se dicte, la ley continuará en vigor y seguirá recibiendo el tratamiento propio de una norma con rango de ley.[525]

Ese reglamento habilitado para incidir en la ley no pierde, por lo demás, su carácter estrictamente reglamentario. Es reglamento en el momento que se dicta, y lo sigue siendo en lo sucesivo. De lo que se deriva que podrá ser derogado en el futuro por normas de carácter reglamentario.[526]

No cabe deslegalización donde existe reserva material de ley, pues en dicho ámbito debe ser la propia Ley quien lleve a cabo materialmente la regulación de esa materia, exigencia que no queda salvada con una simple remisión formal al reglamento carente de verdadero contenido normativo.[527]

Se trata de una consecuencia ineludible, pues la creación de una reserva material de ley no pretende dar a la ley poder para decidir el tipo de norma que regule esa materia, sino que constituye un mandato claro y terminante

---

sean modificados o derogados por un reglamento. Lo que se viene a hacer en definitiva mediante la ley de deslegalización es privar de fuerza pasiva a las disposiciones legales vigentes, de modo que el reglamento podrá modificar o derogar disposiciones contenidas en leyes anteriores, cosa que no sería posible sin la deslegalización con que el legislador autoriza tal efecto–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 227. Véase también al respecto,–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 200.

524 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 278.

525 De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 228.

526 Apunta Entrena Cuesta que las –disposiciones que se dictan en el supuesto que nos ocupa son (...) meros reglamentos; que, en cuanto al pasado, tienen eficacia reglamentaria y, en cuanto al futuro, podrán ser modificados por otros reglamentos dictados por órganos de la misma o superior jerarquía que la de que dictó aquéllos. Lo que ocurre es que la materia a que tales reglamentos afectan, en virtud de la ley que faculta a la Administración para dictarlos, si estaba regulada en una Ley formal, queda automáticamente rebajada al rango de materia reglamentaria–. Entrena Cuesta, Rafael, Curso de Derecho Administrativo I/1, 9a. ed., Madrid, 1992, p. 151.

527 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que la –deslegalización como técnica abstracta y general no es compatible con el principio de las materias reservadas, el cual, sin embargo, se acomoda a los otros tipos de delegación, la delegación recepticia y la remisión (...) porque en ellas la Ley dispone materialmente del contenido normativo–. Curso de... I (2005). Pá García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p g. 279. También Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 200.

en virtud del cual el poder constituyente exige al legislador que sea el mismo quien regule esa cuestión, siguiendo el oportuno procedimiento legislativo.[528]

La deslegalización debe ser expresa y precisa, delimitando de forma más o menos acabada su extensión, no cabe una deslegalización de alcance general.[529]

Cabe la posibilidad de que la deslegalización sea sometida a algunas condiciones que limiten su ámbito de actuación. Así, podrá establecerse un plazo para su ejercicio, condicionarla al cumplimiento de una determinada finalidad, etc.[530]

3. Clases de reglamentos

Dependiendo de su relación con la ley se pueden distinguir tres tipos de reglamentos: ejecutivos o delegados, independientes o autónomos y de necesidad: a) reglamentos ejecutivos son aquellos que vienen vinculados a una ley, a cuyo desarrollo se orienta su existencia;[531] b) reglamentos independientes serían los que se dictan sin relacionarse con una ley previa; c) reglamentos de necesidad son los que de manera excepcional se pueden dictar para hacer frente a una situación especialmente urgente, pudiendo en atención a ello tener un contenido contrario a la ley, si bien de manera estrictamente provisional, mientras perdura esa situación de necesidad.[532]

Esta clasificación debe ser puesta en relación con otra, también importante desde el punto de vista práctico, que distingue, tomando como base la materia de la que tratan, entre reglamentos administrativos o de organización y regla-

528 Como apunta De Otto, la reserva material de ley –no puede degradarse mediante una deslegalización que conduciría, por abdicación de la ley, al mismo resultado que si la reserva no existiese: a la regulación de la materia reservada por normas infralegales. Y la razón de ello es bien clara: con la reserva de ley no se concede la facultad de decidir cuál será el rango de las normas que regulen el asunto de que se trate; lo que se pretende es que la regulación de la materia quede vedada a quien no sea el legislador mismo, que sólo los representantes de los ciudadanos puedan dictar las normas correspondientes. El efecto de la reserva es que la potestad legislativa resulta irrenunciable en la materia reservada–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 152.

529 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 278-279.

530 Ibídem, p. 279.

531 Como por ejemplo, el previsto en el art. 114 LCE, que establece que el –Presidente de la República dictará el Reglamento General de esta Ley, en el plazo establecido en la Constitución Política–.

532 Véase García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 213-218. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 64-65. Escuin Palop, Curso de Derecho Administrativo, 3a. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2005, pp. 97-98. Delgadillo Gutiérrez, Humberto, Op. Cit., nota 77, pp. 76-77. –. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 190-191.

mentos jurídicos. Serían los primeros aquellos que producen efectos exclusivamente dentro del ámbito de la organización administrativa o las relaciones especiales de sujeción; mientras que los segundos serían aquellos que se manifiestan en las relaciones generales de sujeción, esto es, en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos.[533]

De la conjugación de ambas sistematizaciones, un sector de la doctrina deriva una importante consecuencia práctica, la consideración de que reglamentos jurídicos y de organización deben encontrarse en una relación diferente respecto a la Ley. Los primeros, por ser normas en cierto modo de autodisposición, por los que la Administración regula su propia organización interna, se pueden dictar sin necesidad de una ley previa, bastando con que respeten la ley, en caso de que ésta exista. Mientras que los segundos, al producir efectos fuera del ámbito doméstico de la Administración, sólo podrán dictarse cuando exista una ley previa que habilite su existencia. En otras palabras, sólo podrán ser reglamentos independientes los reglamentos de organización, no los jurídicos.[534]

Tesis que es negada por otro sector de la doctrina, que considera que no hay más limitación a la regulación de una materia por reglamento que la que fija la

533 Véase Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 65. De Otto, Op. Cit., nota 329, p.218.

534 Apuntan García De Enterría y Fernández Rodríguez Que Un –Reglamento Independiente De La Ley Únicamente Cabe En el ámbito de las materias organizativas. El Reglamento independiente está excluido, sin embargo, en el ámbito externo de la Administración que implique definición "abstracta" de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la Ley–. –En el primer caso, Reglamento organizativos, la Administración ejercita una facultad de autodisposición sobre sí misma, para mejor cumplir los fines públicos que la Constitución le encomienda (...); cuenta, para ello, con una potestad natural inherente a su posición jurídica, que por ello no necesita justificar en cada caso por una Ley previa–. –En el caso segundo, Reglamento normativos ad extra, el Reglamento no puede ser independiente de la Ley, por la simple razón de que la creación de Derecho objetivo para los ciudadanos no puede independizarse de la Ley en el Estado moderno (salvo que la Constitución así lo precisara, como en el caso francés...)–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 217. En la misma línea, señala Parada Vázquez que –mientras que los reglamentos jurídicos, por afectar en último término a la propiedad y libertad o a los contenidos tradicionales del Derecho privado, sólo se admiten en desarrollo de una ley previa, o lo que es lo mismo, necesitan de una ley habilitante, los reglamentos administrativos, por el contrario, se entiende que inciden en un ámbito doméstico de la Administración y por ello sólo tienen que respetar el principio de reserva formal de ley, esto es, no contradecir su regulación, si existe esta norma superior–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 66-67.

reserva de ley, siendo perfectamente posible el juego del reglamento independiente en el ámbito externo a la organización administrativa.[535]

4. Atribución de la potestad reglamentaria

El reglamento es una manifestación normativa propia del Poder Ejecutivo. El poder reglamentario corresponde, en consecuencia, al Gobierno y la Administración. Huelga justificar la necesidad de la atribución de este poder normativo al ejecutivo, pues hoy en día es una realidad pacíficamente admitida su necesidad, consecuencia necesaria de la incapacidad del poder legislativo para dar respuesta a la elevada y multiforme demanda de normas jurídicas que exige toda sociedad. El poder reglamentario se hace así imprescindible para colaborar con el legislativo en la normación de las relaciones sociales, bien ocupándose de desarrollar aspectos procedimentales, técnicos o de organización o dando respuesta a cuestiones especialmente volátiles, que requieren de respuestas normativas más rápidas que las que proporciona el legislador.[536]

---

535 Esta es la opinión de De Otto, que señala que es cierto que –la potestad reglamentaria de la Administración está sujeta a límites más o menos amplios según los casos, pero esas diferencias no obedecen en modo alguno a cualidades intrínsecas de los objetos sobre los que verse el reglamento, sino a disposiciones constitucionales que establecen en ciertas materias reservas en favor del legislador y circunscriben así la potestad reglamentaria, sin que las diferencias resultante coincidan con las que se producirían de aplicarse el criterio de clasificación que distingue los reglamentos administrativos de los jurídicos–. Por lo que afirma que –el reglamento independiente es posible siempre que no quede excluido por las concretas reservas de ley–. Derecho... Págs. 219 y 233. También Parejo Alfonso, que señala que es –cierto (...) que la potestad legislativa del Parlamento no tiene límites implícitos, pero también lo es que su atribución constitucional no se hace en términos de exclusividad del poder de normación. Así lo demuestra en definitiva la institución de la reserva de Ley, en otro caso superflua, que –al contrario– lleva a la conclusión de que las materias no reservadas a la Ley son accesibles al Reglamento, mientras no sean ocupadas efectivamente por aquel tipo de norma superior. En último término, carece de sentido, en ausencia de cualquier apoyatura jurídico-positiva a la distinción, admitir la legitimidad de una actuación ejecutivo-administrativa concreta independiente (es decir, sin Ley previa, de la que constituya precisa aplicación) y negar dicha legitimidad a la actuación normativa, siendo, como son ambas, puras manifestaciones de un mismo poder público–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, pp. 156-157.

536 Señala Sánchez Morón que los Parlamentos –no pueden regular todo, por lo que necesitan la colaboración subordinada del reglamento (...) es preciso que el Gobierno y la Administración tengan la capacidad de dictar normas jurídicas, sea para desarrollar las leyes y complementarlas en aspectos secundarios (de organización y procedimiento, por ejemplo). Sea para abordar aspectos prolijos o meramente técnicos (...) o para responder con la necesaria flexibilidad y rapidez a cambios coyunturales de circunstancias (...), funciones normativas o reguladoras que difícilmente la ley puede abordar–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 180-181.

La Constitución de Nicaragua no otorga, sin embargo, expresamente ese poder al conjunto del Gobierno y de la Administración, sino tan sólo a un órgano concreto de la misma: el Presidente de la República. Así lo hace, concretamente, el art. 150. 10 CN, según el cual, es atribución del Presidente de la República reglamentar –las leyes que lo requieran–.

No puede entenderse esto en el sentido de que sólo goce de potestad reglamentaria el Presidente de la República, pues existen otros órganos que también disfrutan de dicho poder. Debe entenderse que se trata de la atribución originaria de la potestad reglamentaria, que sólo a este órgano le corresponde, pero que no impide que se pueda atribuir de forma derivada a otros órganos del ejecutivo.

El Derecho de Nicaragua reconoce potestad reglamentaria no sólo al Poder Ejecutivo, sino también al Legislativo, más concretamente a la Asamblea Nacional. Así se deduce, sin duda alguna, del art. 141 CN, que establece que las –leyes deberán ser reglamentadas cuando ellas expresamente así lo determinen. La Junta Directiva de la Asamblea Nacional encomendará la reglamentación de las leyes a la comisión respectiva, para su aprobación en el plenario, cuando el Presidente de la República no lo hiciere en el plazo establecido–.

Esta habilitación al Legislativo para dictar normas reglamentarias debe considerarse, en nuestra opinión, como una medida de carácter excepcional, que operara únicamente en el supuesto previsto por este precepto, esto es, ante un incumplimiento por parte del ejecutivo de un mandato legal expreso de reglamentar una ley.

Esto supone, en primer lugar, que la Asamblea no goza de un poder general para dictar reglamentos, potestad que corresponde exclusivamente al Presidente de la República. En nuestra opinión, este último puede dictar reglamentos en ejecución de la ley siempre que lo considere conveniente. Estando obligado a ello sólo si la ley lo establece expresamente, en cuyo caso, y sólo en este caso, la Asamblea Nacional podrá sustituirle en esta labor, si no lo hiciera en el plazo establecido.

Hay quien se ha preguntado si la norma reglamentaria emanada de la Asamblea Nacional es susceptible de ser derogada o modificada por una norma reglamentaria posterior procedente del ejecutivo o si, por el contrario, al proceder de un órgano distinto y seguir un procedimiento distinto al característico de los reglamentos de la Administración, adquiere inmunidad respecto a los mismos.[537]

537 En tal sentido, Flavio Escorcia señala que –la posibilidad real que tiene el Poder Legislativo de dictar reglamentos, podría dar lugar a una serie de problemas jurídicos que aún no se han planteado. Por ejemplo, habría que preguntarse si el reglamento emitido por el Legislativo puede ser derogado o modificado por otro dictado por el Ejecutivo o a la inversa, esto es, si un reglamento dictado por el Ejecutivo puede ser derogado o reformado por

Para dar respuesta a esta cuestión debe partirse de la funcionalidad del precepto. A nuestro juicio, debe entenderse como una medida de carácter excepcional, que trata de garantizar que los poderes de la Asamblea no van a verse burlados por la inactividad del Ejecutivo, permitiendo la sustitución de éste por la acción directa de la propia Asamblea. Pero no se atribuye, con ello, una competencia en sentido estricto a esta última, sino que se le permite tan sólo sustituir en su ejercicio a quien le corresponde (el Presidente de la República). De tal forma que el producto normativo adoptado tendrá el valor normativo que corresponde a las normas del titular de la competencia, con independencia de quien la ejercite.

Nótese que una interpretación contraria carecería de sentido. En Nicaragua, como vimos en su momento, no existe reserva de reglamento, por lo que la ley puede regular cualquier materia. Si lo que la Asamblea desea hacer es dictar una norma que no pueda ser modificada en el futuro por el Ejecutivo, lo único que tiene que hacer es dictar una ley, posibilidad que siempre está a su alcance. Téngase en cuenta que la existencia de una ley previa que remita al reglamento no es obstáculo para ello, pues la ley posterior la derogaría sin problema alguno.

Si la Constitución atribuye una competencia a la Asamblea, la de dictar un reglamento, es porque desea atribuirle un poder distinto al que ya tenía. No habría lógica alguna en que se le atribuyera el poder de dictar una norma reglamentaria de rango superior al poder reglamentario más alto (esto es, el del Presidente de la República), pues esto sería tanto como volver a atribuirle el poder que ya tiene.

Nótese, además, que el poder reglamentario tiene una funcionalidad diferente al legislativo. Como sabemos, el reglamento viene a dar respuesta a cuestiones menos elevadas, pero normalmente más volubles y variables, que necesitan en muchos casos de una respuesta normativa más rápida que la concede el poder legislativo. Crear un reglamento inmune al poder reglamentario ejecutivo, cuya reforma quedaría en manos de los procedimientos más parsimoniosos del Poder Legislativo, frustraría en muchos casos el cumplimiento de los objetivos específicos que se pretende con la regulación reglamentaria, retardando las soluciones urgentes que puede precisar la Sociedad.

Se ha discutido, igualmente, si el plazo fijado por la Constitución es un plazo indisponible para el legislador o si éste podría modificar éste estableciendo

---

otro reglamento dictado por el Legislativo. Como ya nos consta, el principio de autoridad formal de las normas jurídicas indica que éstas deben ser derogadas o modificadas por otras normas de la misma categoría, dictadas mediante un mismo procedimiento y por el mismo órgano–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 125.

uno mayor. Una parte de la doctrina ha considerado que esa ampliación sería inconstitucional, pues vulneraría la letra de la Constitución.[538]

No compartimos esa opinión, a nuestro juicio, partiendo de la funcionalidad de la norma, se debe entender que el legislador constituyente quiso fijar un plazo subsidiario que opere en caso de que el legislador no establezca nada al respecto. Sería extraño y carente de sentido que pudiendo la Asamblea no ordenar el desarrollo reglamentario al Presidente de la República, dejando en manos de éste la decisión de hacerlo o no, además con un carácter perentorio, no pudiera obligar a ese desarrollo en un plazo más amplio.

La interpretación contraria sería sumamente inconveniente, por otra parte, pues podría obligar a que se tuvieran que dictar reglamentos de forma apresurada, pues en algunos casos la complejidad o amplitud de la cuestión puede demandar que ese desarrollo requiera un plazo más amplio.

5. Límites de la validez de los reglamentos

El reglamento para ser valido debe ser dictado por órgano competente para ello.[539]

Es preciso, igualmente, que actúe con el debido respeto a las reservas de ley. Lo que supone que será inválido el reglamento que incida sobre materias sobre las que pese dicha reserva.[540] Entendiendo, obviamente, que lo que se prohíbe es el reglamento que pretenda por su propia iniciativa regular dicha materia, pero no al reglamento que lo haga en cumplimiento de un mandato legal y en los términos establecidos por éste.[541]

De este límite se deriva una doble exigencia. En primer lugar, un reglamento no podrá regular materia reservada formal o materialmente a ley. En segundo lugar, tampoco podrá exceder de los límites de la remisión normativa que le habilite a regular un determinado ámbito material.[542]

Otro requisito para la validez del reglamento es que respete el principio de jerarquía normativa.[543] No debe olvidarse la naturaleza normativa de éste, que le convierte en fuente del Derecho, determinando la vigencia de los principios

538 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 127.

539 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 67.

540 Apuntan Villar Palasí y Villar Ezcurra que las –materias reservadas a la Ley constituyen el límite más ostensible de la potestad reglamentaria ya que su mayor o menor extensión determinará el ámbito en el que pueden desenvolverse válidamente los reglamentos–. Pág. 245.

541 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 148.

542 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 204.

543 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 67. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, pp. 167-168.

que rigen la resolución de los conflictos normativos, que en su momento examinamos, entre los que se encuentra el principio jerárquico.[544]

Debiéndose tener en cuenta aquí que, a diferencia de lo que ocurre con las leyes, que no están sujetas entre sí a relaciones de jerarquía, los reglamentos se relacionan entre ellos mediante vínculos jurídicos, como lógica consecuencia de la subordinación jerárquica que informa la organización administrativa, de la que se deriva la jerarquía de las disposiciones de los órganos que la componen.[545] Esto supone que serán inválidos no sólo los reglamentos contrarios a la Ley o la Constitución, sino también aquellos contrarios a reglamentos de superior jerarquía.

Algunos autores señalan que es, además, preciso que incida sobre lo que denominan materia reglamentaria. Es la postura de aquellos que vimos que reclamaban un ámbito limitado para la actuación del reglamento, en virtud de su relación de inferioridad respecto a la ley. Frente a ello, quienes, como señalamos en su momento, rechazan la existencia de un ámbito limitado para la norma reglamentaria, considerando que puede regular cualquier materia no reservada a ley, rechazan, en consecuencia, la existencia de esta limitación.[546]

544 Como señala González Pérez, las –disposiciones generales, los reglamentos, aunque emanen de la Administración, al constituir manifestación de la potestad normativa, son fuente del Derecho, integran el cuadro normativo. Y, como tales, sometidos al principio de jerarquía–. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1368.

545 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que la existencia de relaciones de jerarquía entre los reglamentos –se trata, simplemente, de una consecuencia derivada de la subordinación jerárquica entre los órganos que integran la Administración lo que, a su vez, provoca la jerarquía de las disposiciones emanadas de los mismos–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 245.

546 En tal sentido, De Otto que niega la existencia de una materia reglamentaria señalando que –al atribuirse a la Administración la potestad reglamentaria no se le atribuye un poder para dictar normas sobre estas o aquellas materias o grupo de materias, sino que, como ocurre con el legislador, se le atribuye la potestad normadora sin más, sin distinción alguna de asuntos–. –Esto no quiere decir (..) que el reglamento no esté sujeto a límites y que pueda ocuparse de cualquier asunto, y ello por la doble razón de que algunas materias están reservadas a la ley y, además, ésta ostenta una superioridad jerárquica que le permite circunscribir por sí misma el campo de actuación del reglamento. Pero esto se debe exclusivamente a que el derecho positivo establece determinadas normas acerca de las relaciones entre la ley y reglamento, no a que del concepto de ley y del concepto de reglamento tal como resultan del derecho positivo derive que aquélla y éste tengan como campos propios determinadas materias–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 217.

Debe haberse dictado siguiendo el oportuno procedimiento administrativo.[547] Requisito especialmente importante, en cuanto la exigencia de un cauce formal predeterminado constituye una importante garantía del acierto y sujeción a la legalidad de la norma resultante, permitiendo, además, la participación ciudadana, e incrementando, en consecuencia, la legitimidad democrática de la misma.[548]

Desgraciadamente aquí, como en tantos otros aspectos, nos encontramos en el ordenamiento jurídico de Nicaragua con una laguna relevante. Falta no sólo una norma que regule de forma general el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, sino hasta una normativa general reguladora del procedimiento administrativo.

No justifica, sin embargo, en nuestra opinión, esta carencia, el incumplimiento de este requisito, que debe seguir constituyendo un elemento determinante de la validez del reglamento. Debiéndose considerar nulos aquellos reglamentos que sean aprobados sin la más mera tramitación procedimental.

Sería, en cualquier caso, más que conveniente que se fijara un procedimiento de aprobación de los reglamentos, cuya funcionalidad ha sido sintetizada de forma precisa por Sánchez Morón, que nos indica que a través del procedimiento debe verificarse, ante todo, si la nueva norma es necesaria y hasta qué punto; en segundo lugar deben analizarse sus efectos sociales previsibles y su impacto en el conjunto del ordenamiento jurídico; deben tenerse en cuenta los diferentes intereses afectados, tanto de carácter público, mediante comunicaciones y consultas con otros órganos y Administraciones, como de naturaleza privada, a través de la participación de los interesados; debe determinarse la justificación del contenido preceptivo de la norma, que ha de figurar en su preámbulo o exposición de motivos para general conocimiento; y, en fin, debe asegurarse también la calidad intrínseca del nuevo texto: que sea claro, inteligible y de fácil interpretación y aplicación.[549]

---

547 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 68. Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que, en –lo que se refiere a la elaboración de las disposiciones reglamentarias, la observancia del procedimiento (...) tiene un carácter formal ad solemnitatem, de modo que la omisión o defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte (...). El procedimiento constituye así un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 197.

548 En tal sentido, Sánchez Morón señala que el –procedimiento, como forma de ejercicio de la potestad reglamentaria, es el instrumento más adecuado para garantizar que la norma que se adopte sea no sólo conforme a la legalidad sino también a las exigencias del interés público, así como para incrementar la legitimidad democrática de este tipo de norma–. –. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 205. Véase también, Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 168.

549 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 205.

El reglamento debe respetar, además, los principios generales del Derecho, pues siendo éstos reglas esenciales para la Comunidad, auténtico cimiento del edificio jurídico, la Administración no puede vulnerarlos. Menos aún tratándose de un reglamento que si fuera un acto administrativo, ya que el primero constituye una norma, que va a ser objeto de aplicación indefinida, por lo que el agravio que la existencia de toda actividad jurídica contraria a estos fundamentos axiológicos supone, se ve incrementado por esa violación reiterada.[550]

Hay quien considera que la incidencia de los principios generales del Derecho en este ámbito tiene un alcance más limitado, pues reduce la operatividad de este límite únicamente para los reglamentos independientes de la ley, en los que existe una laguna legal, que determina la vigencia de los principios generales del Derecho; no siendo aplicable, sin embargo, cuando se trata de un reglamento ejecutivo, en el que hay un marco legal previo, que debe prevalecer sobre los principios generales del Derecho, por lo que éstos no podrán invalidar el reglamento en cuanto se ajusten al contenido de aquélla.[551]

---

550 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que se –comprende que, en efecto, el poder reglamentario deba de estar subordinado a los principios generales del Derecho, en tanto que éstos expresan los pensamientos jurídicos básicos de la comunidad, las ideas sustanciales que articulan y animan el ordenamiento en su conjunto. La Administración no puede contradecir esos principios; más bien, en virtud de ellos, se justifica y actúa. Parece evidente, por ello, que en la contradicción de un Reglamento con un principio general no debe ser éste el que padezca (...); el Reglamento es una norma secundaria y subordinada por su propia esencia, complementa a la Ley, pero no la suple, y una injusticia en su seno multiplicará y amplificará sus efectos injustos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, a través de la infinitud de actos aplicativos del mismo, alcanzando, pues, un grado de injusticia incomparablemente superior al que quepa esperar en la violación de un solo acto. La exigencia de una garantía de justicia material y de fondo se acrecienta por la naturaleza en el caso de los Reglamentos sobre los que es común imponer en los meros actos administrativos; su naturaleza normativa no sólo no le libera de una exigencia (...), sino que la multiplica hasta el extremo. Los reglamentos constituyen hoy, sin duda, la mayor amenaza de la libertad–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 204. Véase también Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 204-205. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, pp. 164-165. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 247-249.

551 En tal sentido Entrena Cuesta, que entiende que la consideración de los principios generales del Derecho como límite de la potestad reglamentaria –debe ser matizada, distinguiendo entre los reglamentos ejecutivos y los independientes:

1º. Como sabemos, los reglamentos independientes se dictan (...) al margen de cualquier ley anterior y para llenar el vacío existente. Por tanto, antes de dictarse el reglamento existe una laguna legal y, en consecuencia, ésta se hallará regulada por las fuentes subsidiarias, y en particular, los principios generales del Derecho, a los que la Administración deberá amoldarse en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

No compartimos esta última opinión, y entendemos que estas reglas básicas actuarán como un límite frente a todo tipo de reglamentos, ya sean ejecutivos o independientes de la ley.

Dicha incidencia se producirá, además, en dos momentos diferentes: a) al dictarse el reglamento; b) al interpretar y aplicar éste. No puede negarse dicha conclusión, pues estos principios son elementos inspiradores de todo el ordenamiento jurídico, y deben estar presente en toda operación jurídica, desde la elaboración de las normas hasta su concreción en un supuesto concreto.[552]

Debe, por último destacarse que este control por los principios esenciales está adquiriendo creciente importancia, ante la multiplicación de normas reglamentarias que de forma imparable se va produciendo en todos los países.[553]

La potestad reglamentaria es siempre una potestad discrecional. El ámbito de esa discrecionalidad puede ser mayor o menor dependiendo del tipo de reglamento que se trate, pero en todo caso la elaboración de una norma reglamentaria implica un margen de libre apreciación, de discrecionalidad, que no se podrá nunca eliminar totalmente.[554]

2º. En cambio, el reglamento ejecutivo desarrolla los principios contenidos en una ley, de la que toma su savia. Y como en el orden escalonado de la jerarquía normativa la ley se encuentra por encima de los principios generales del Derecho, en la medida en que el reglamento se ajuste al contenido de aquélla no le afectarán tales principios–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 150.

552 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que –el límite que suponen los principios generales del Derecho se manifestará en un doble momento:

a) En el ejercicio de la potestad reglamentaria, restringiendo (o, por mejor decir, reconduciendo), el margen de discrecionalidad que haya dejado la Ley (...).

b) En la aplicación e interpretación de los reglamentos, ya que las esferas de discrecionalidad administrativa, mantenidas o creadas por los propios reglamentos, habrán de entenderse no como ámbitos en donde la Administración puede actuar a su antojo sino como una posibilidad abstracta de elegir entre varias actuaciones de las cuales sólo una podrá ser correcta en cada caso concreto–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 248.

553 Como señala Sánchez Morón, el –control de la potestad reglamentaria en aplicación de los principios generales es no sólo habitual sino de importancia creciente, habida cuenta de la multiplicación extraordinaria de las normas reglamentarias a la que asistimos y al muy amplio margen de discrecionalidad con que la ley admite que se dicten muchas de ellas–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 204-205.

554 Como señala Sánchez Morón, –la potestad reglamentaria es una potestad discrecional, ya que siempre introduce alguna novedad de regulación no prevista por la ley. La discrecionalidad de que goza el titular de la potestad reglamentaria es, sin embargo, variable en su extensión. De grado máximo cuando se trata de un reglamento independiente o se aprueba en virtud de una remisión en blanco de la ley. Más reducida, cuando el reglamento es

En consecuencia con ello, le serán de aplicación las técnicas de control de la discrecionalidad[555] que en su momento estudiaremos.

En particular, debe tenerse presente que el reglamento debe dictarse para conseguir la finalidad para la que se atribuyó en ese concreto caso la potestad reglamentaria.[556] De lo que se deriva que será aplicable la técnica de la desviación de poder para controlar su validez.[557]

6. Invalidez de los reglamentos

Aunque hay alguna opinión en contra, que considera que el régimen de invalidez de los reglamentos es el mismo que se aplica a los actos administrativos, por lo que los vicios que le afecten dan lugar a la anulabilidad, salvo que expresamente se establezca lo contrario;[558] la doctrina viene considerando que los reglamentos inválidos lo son siempre en la categoría máxima, esto es, que son siempre nulos de pleno de Derecho.[559]

Se alega para justificar dicha posición la imposibilidad de considerar que se trata de meros vicios de anulabilidad, pues esto supondría tanto como permitir la convalidación de dichos vicios por el simple transcurso del tiempo sin que se produjera su impugnación por parte de los afectados, haciendo con ello ese acto inatacable e introduciendo, de este modo, una vía para dejar sin efecto leyes formales. Consecuencia, como es fácilmente deducible, de todo punto intolerable.[560]

---

ejecutivo, aunque en estos casos hay también muchas diferencias, en función de los límites concretos que la ley de remisión haya establecido para la adopción del reglamento–. Ibídem, p. 203.

555 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 165.

556 Como señala Entrena Cuesta, el –reglamento deberá dictarse precisamente para la persecución del fin determinante de la atribución de la potestad reglamentaria en el supuesto en cuestión–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 144.

557 Garrido Falla, Palomar Olmeda, y Losada González, Tratado de Derecho Administrativo, 2a. ed., Madrid, 2006, vol. III, p. 55.

558 Esta es la opinión de Entrena Cuesta, que considera que –si la regla general en materia de invalidez de los actos administrativos es la de que, en principio, las infracciones que a través de ellas se cometan sólo darán lugar a la anulabilidad, salvo que expresamente se establezca que aquéllas determinen la nulidad absoluta del acto viciado, igual criterio habrá de sustentarse en lo que se refiere a los actos administrativo normativos–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 147.

559 González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1358. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 110, p. 170.

560 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que esto –tiene una justificación perfectamente clara. Basta pensar que la ilegalidad de un Reglamento determinase una mera anulabilidad, de forma que sólo pudiese ser hecha valer a través de la impugnación dentro de un plazo breve por la

A ello se añade que el incumplimiento de los requisitos de los que depende la validez de los reglamentos constituye una infracción de especial gravedad, dado que comporta la existencia de una norma invalida en el ordenamiento jurídico, que puede dar lugar a un número infinito de actos administrativos igualmente inválidos, por proceder de un reglamento viciado.[561]

Este riguroso régimen de nulidad se extiende tanto a los defectos materiales como a los defectos de forma.[562] Debiendo rechazarse, en consecuencia, la tesis, que se ha defendido en algunas ocasiones, que propugna que los defectos de forma sólo se pueden hacer valer a través de un recurso directo, pero no en los recursos indirectos, pues está en juego la correcta constitución del

---

persona o personas inmediatamente afectadas por el mismo, quedaría al arbitrio de éstas todo el sistema de producción normativa y se habría introducido una nueva causa de derogación de las Leyes formales, la derogación producida por un simple Reglamento cuando transcurriesen los plazos de impugnación sin formular ésta. Es evidente, con sólo enunciar esta gravísima consecuencia, que esto no es así y que la vigencia de una Ley no puede quedar extinguida por ningún Reglamento contrario a la misma, por mucho que sea el aquietamiento de los interesados y el tiempo que transcurra sin que se produzca reacción contra dicho Reglamento. En todo el problema de los Reglamentos ilegales la cuestión es siempre la misma y sumamente simple: si se diese eficacia a un Reglamento que está en contradicción con una Ley ello supondría negar esa misma eficacia a una Ley en pleno vigor, concretamente a la Ley infringida por dicho Reglamento. Para evitar que esa consecuencia extrema se produzca, para preservar a las Leyes frente a las agresiones o las usurpaciones de su competencia que puedan venirles por parte de los Reglamentos, es por lo que el ordenamiento jurídico establece para los Reglamentos ilegales la sanción máxima de nulidad radical, que los hace inicialmente y perpetuamente ineficaces, "de pleno derecho"–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 223-224. En la misma línea también Villar Palasí y Villar Ezcurra, que señalan que –la validez de los reglamentos no puede quedar condicionada a la existencia de una impugnación de los particulares ya que esto significaría tanto como dejar en sus manos la eficacia del sistema de producción normativa–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 253.

561 Como señala Parada Vázquez, la –vulneración de los límites sustanciales y formales a que está sujeta la aprobación de los reglamentos origina su invalidez y, dada la especial gravedad de la existencia de normas inválidas, que pueden dar lugar en su aplicación a una infinita serie de actos igualmente irregulares, la patología de los reglamentos en sus efectos y técnicas de control se ha considerado con especial rigor. En este sentido es opinión mayoritaria que la invalidez de los reglamentos es siempre en su grado máximo, es decir, de nulidad absoluta o de pleno derecho–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 71-72.

562 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1359.

sistema normativo, cuestión que no puede dejarse a la iniciativa de los sujetos afectados.[563]

7. Medios de reacción contra los reglamentos ilegales

A. Inaplicación

La doctrina mayoritaria viene considerando que a diferencia de las leyes, que vinculan desde el mismo momento de su publicación a los llamados a aplicarlas, los reglamentos, normas de inferior calidad, como ya sabemos, lo hacen tan sólo en la medida en que son válidos. Esto supone que antes de aplicarlos es necesario hacer un juicio de validez de los mismos que, en caso de ofrecer como resultado su ilegalidad, determinara su no aplicación, pues, en caso contrario, obedecer al reglamento supondría la vulneración de una norma superior, la ley a la que el reglamento contradice.[564]

Esta técnica debe ser claramente diferenciada de aquellas que conllevan la anulación del reglamento. Aquí se trata de una simple falta de aplicación de esa norma al caso concreto del que se trate, que no genera efecto alguno fue-

563 Según García De Enterría y Fernández Rodríguez ello está –perfectamente justificado, porque se trata en todo caso de defender la correcta constitución del ordenamiento y de su sistema normativo, que no puede quedar confiada por ninguna razón, a la iniciativa –o a la falta de ella- de los recurrentes privados–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 225.

564 Consideran García De Enterría y Fernández Rodríguez que el –ordenamiento ha de reaccionar necesariamente con medios enérgicos contra el grave ataque que contra él supone el Reglamento ilegal. La calificación técnica de esa reacción (...), la de la nulidad de pleno derecho del Reglamento publicado con infracción de los límites que lo afectan, la de su ineficacia automática total y perpetúa, no sanable o convalidable por circunstancia alguna.

Ello obliga a que antes de la aplicación de un Reglamento deba constatarse con toda atención su conformidad a las Leyes. De éstas habíamos dicho que, por su sola publicación formal se imponen a los ciudadanos, a las autoridades y a los Tribunales, irresistiblemente (...). Con los Reglamentos viene a ocurrir en cierto modo lo contrario: la mera publicación de un Reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a ésta ha de cuestionarse por todos los destinatarios, y sustancialmente por los jueces, si esa aplicación no implica la inaplicación de una Ley –de la Ley que eventualmente el Reglamento ha podido violar-. El Reglamento es así una norma necesariamente puesta en cuestión, afectada por la necesidad de un "enjuiciamiento previo" (Prüfungsrecht, en la doctrina alemana, que es a la vez un derecho y una obligación) sobre su validez antes de pasar a su aplicación. Si de ese enjuiciamiento previo resultare que el Reglamento contradice a las leyes, habrá que rechazar la aplicación del Reglamento con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la Ley por él vinculada; habrá que rehusar, pura y simplemente, aplicar el Reglamento ilegal o, en términos positivos, habrá que inaplicarlo–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 226.

ra de este supuesto, esto es, no comporta de ninguna manera la eliminación de éste del ordenamiento jurídico, ni siquiera condiciona la interpretación y aplicación que del mismo puedan realizar otros sujetos con posterioridad. En definitiva, no es más que la simple ignorancia por parte del sujeto aplicador, que no va a tenerlo en cuenta a la hora de resolver el concreto asunto que examina, buscando la solución a la misma en otros elementos del ordenamiento jurídico.[565]

La doctrina discrepa, sin embargo, acerca de la extensión subjetiva de la facultad de inaplicar los reglamentos.

Así, un sector de la doctrina interpreta esta tesis con una gran amplitud, entendiéndola extensible también a los sujetos privados. Si bien esto no impide que se de también, entienden, en este ámbito la general situación de sometimiento del administrado respecto a la actividad de la Administración, pues una eventual disconformidad del destinatario de la norma con el sujeto público acabará con un acto administrativo ejecutorio que, como veremos, goza de la presunción de validez, obligando al primero a impugnarlo ante el órgano administrativo o judicial competente si quiere hacer prevalecer su opinión.

Para este sector doctrinal esta facultad llega incluso a los funcionarios, que deberán dar cumplimiento antes a la ley que el reglamento. Esto no obsta que, en caso de recibir una orden jerárquica, singular o genérica, que les imponga la aplicación de la disposición administrativa que ellos consideran invalida, deban plegarse al mandato de su superior. Si bien esta obligatoriedad no procede en puridad de la fuerza del reglamento, sino del principio jerárquico que se les impone como miembros de una organización administrativa jerarquizada.[566]

---

565 Como señala Sánchez Morón, –hay que diferenciar inaplicabilidad de la anulación o declaración de nulidad del reglamento. Aquélla constituye una modalidad de control concreto que sólo tiene efectos para el caso planteado y entre las partes del procedimiento. El Juez competente se limita a no aplicar el reglamento (con la necesaria fundamentación de su decisión), buscando entre otras normas o principios jurídicos la norma aplicable al caso. Pero el reglamento no desaparece con su inaplicación, sino que sigue en vigor y podría ser aplicado (o nuevamente inaplicado) en supuestos distintos, según cuál sea la apreciación del órgano judicial competente acerca de su validez. Esto es, incluso si un Juez lo ha inaplicado por considerarlo ilegal, otro Juez podrá aplicarlo en virtud de una estimación opuesta–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 214.

566 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –las dos funciones de enjuiciamiento previo de validez y de rehusamiento de la aplicación del Reglamento ilegal corresponde a todos los destinatarios de las normas y no sólo a los jueces–. –Es verdad, sin embargo, que una diferencia de criterio entre el particular y la Administración sobre la validez y consiguiente aplicabilidad de un precepto reglamentario determinará una resolución administrativa (de aplicación o sujeción o, incluso, sancionatoria) que se impondrá ejecutoriamente y que obligará a dicho particular, si no la acepta, a poner en marcha contra ella los medios impugnatorios oportunos, que concluirán eventual-

Hay otro sector de la doctrina que, sin embargo, considera que la facultad de inaplicar los reglamentos corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, sin alcanzar en ningún caso ni a los sujetos privados, ni a la propia Ad-

mente en un proceso contencioso-administrativo donde la diferencia será resuelta judicialmente. Queremos decir, en concreto, que el reconocimiento en los administrados de esa facultad-obligación de apreciación de la validez del Reglamento y de rehusamiento del que infrinja la Ley no implica una inversión de su posición jurídica habitual, que es la de sometimiento a las decisiones ejecutorias de la Administración–. A lo que añaden que el –deber de observancia de la Ley y de correlativa inaplicación del Reglamento que la infringe alcanza también –es forzoso repetirlo frente a las creencias habituales- a los mismos funcionarios administrativos. Los funcionarios no están vinculados a los Reglamentos como consecuencia de su subordinación jerárquica, sino que en cuanto que dichos Reglamentos forman parte del ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo. No están, pues, obligados a aplicar los Reglamentos ilegales en todo caso, porque ello supondría reconocer en los Reglamentos un deber de observancia superior al de la Ley. No hay dos ordenamientos jurídicos: uno, el que afecta a los ciudadanos y sancionan los jueces, en que estaría presente el principio de superioridad de la Ley; otro, el que administran los funcionarios, en que esa superioridad no entraría en juego. Es obvio que el ordenamiento no puede ser más que uno y el mismo, y, por tanto, cuanto hemos dicho de los jueces y los particulares es sin más aplicable por la Administración de que el funcionario forma parte. Si este criterio le fuese impuesto al funcionario por una orden jerárquica concreta (o general: una Circular de servicios que así lo determine que imponga como necesaria la aplicación del Reglamento), el funcionario estará obligado a obedecer dicha orden, una vez contrastadas sus condiciones externas de validez, sin poder entrar a verificar su legalidad sustancial o de fondo; pero ello será como consecuencia de ese principio organizativo jerárquico que se superpone a su vinculación genérica al ordenamiento jurídico para integrarle como miembro administrativo de una organización; si la orden no se ha producido o no ha podido producirse (funcionarios consultivos, miembros de Tribunales, etc.), esa vinculación genérica actúa en el mismo sentido estudiado–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 227-228.

ministración (incluida incluso la propia autora del acto), que están obligados a aplicarlos.[567]

B. Recurso de inconstitucionalidad contra reglamento

El ordenamiento jurídico de Nicaragua permite a cualquier ciudadano presentar recurso por inconstitucionalidad contra cualquier decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política (art. 187 CN).

C. Recurso directo contra Reglamento

El recurso directo contra un reglamento es aquel que va directamente dirigido a obtener la anulación de un reglamento o de una parte del mismo.[568] Es, por ello, el modo más eficaz de luchar contra un reglamento ilegal, pues va a provocar, en caso de estimarse, la invalidación con efectos erga omnes del mismo, depurando así el ordenamiento jurídico de una norma viciada e impidiendo la sucesiva emanación de una serie de actos administrativos dictados en aplicación de ese reglamento, que estarían igualmente infectados por proceder de éste.[569]

---

567 En tal sentido Sánchez Morón, considera este autor que –al contrario que los Jueces y Tribunales, no pueden los ciudadanos ni la propia Administración pública (ni siquiera el órgano que lo dictó) inaplicar un reglamento que consideran ilegal. Mientras esté en vigor (o no suspendido en sus efectos por resolución judicial o en un procedimiento de revisión de oficio), el reglamento goza de una presunción de legalidad o conformidad a Derecho y es obligado cumplirlo. Incluso si en algún proceso judicial el Juez o el Tribunal competente lo ha inaplicado al caso por considerarlo fundamentalmente ilegal–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, p. 214.

568 Señala Parada Vázquez, que recurso directo –es aquel que ataca frontalmente el reglamento solicitando su anulación–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 242, p. 73. Santamaría Pastor considera que recurso directo es aquel –en el que el demandante reclama de la Jurisdicción la declaración de ilegalidad y consiguiente anulación con carácter general de uno o varios preceptos de la norma impugnada (o de toda ella, si los vicios en que incurre son de competencia o procedimiento–. Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, 1ª. Reimpresión de la 2a. ed. 2001, Vol. I, p. 667.

569 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, el recurso directo –permite llegar a la anulación general del mismo, a la eliminación de esas seudonormas que son los reglamentos ilegales, que enturbian la composición del ordenamiento y que obstaculizan o impiden la aplicación de las normas de valor superior que son las Leyes formales infringidas por aquéllos. El recurso directo cumple, pues, una finalidad purgativa del ordenamiento de la que puede decirse que es primariamente relevante el interés de la Ley antes que el interés particular de los recurrentes. Por otra parte, los efectos necesariamente erga omnes de las sentencias que, estimando estos recursos, declaran la nulidad del Reglamento viciado, producen una evidente economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios con ocasión de los actos de aplicación del Reglamento ilegal, facilitando al pro-

Algunos autores han defendido la necesidad de que ese tipo de recurso se pueda interponer tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa.[570] Tesis que no ha sido acogida por el Derecho positivo nicaragüense, que no permite en vía administrativa el recurso directo contra los reglamentos, que serán impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 36 LJ). Más concretamente se impugnarán en el plazo de 60 días a partir del día siguiente al de la publicación integra de la disposición en cualquier medio de comunicación (art. 47 LJ).

D. Recurso indirecto contra reglamento

El recurso indirecto contra reglamentos no es propiamente un recurso contra éstos, sino contra los actos dictados en su aplicación. Su denominación responde a la causa que se invoca contra esos actos, que es, precisamente, la invalidez del reglamento. Se trata, en definitiva, de solicitar la nulidad de los actos de aplicación de un reglamento, pero no por los posibles vicios que ostentan ellos en sí mismos, sino por aquellos que sufre el reglamento del que proceden. Es esto lo que hace que indirectamente se esté impugnando un reglamento.[571]

En el Derecho de Nicaragua se deben distinguir dos diferentes supuestos de recurso indirecto. Por un lado, el supuesto en el que se interponga conjuntamente recurso directo e indirecto, esto es, que se impugne al mismo tiempo el reglamento y los actos dictados en aplicación del mismo. En este caso el recurso se equipara al recurso directo, por lo que no cabrá recurso en vía administrativa, sino que se impugnará directamente ante la Jurisdicción Contencioso- administrativa (art. 36 LJ).

Régimen distinto tiene el supuesto en que se impugne únicamente los actos dictados en aplicación del reglamento. En tal supuesto estamos ante un recurso contra un acto administrativo, aunque como ya dijimos basado en los vicios de los que adolece el reglamento, que seguirá el régimen procesal del acto administrativo del que se trate. Lo que implica que se deberá agotar previamente la vía administrativa (art. 36 LJ).

No impide para presentar esta modalidad de recurso indirecto, que no se interpusiera en su momento recurso directo contra el reglamento, ni tampoco que, en caso de haberse interpuesto, se hubiera desestimado éste (art. 36 LJ).

---

pio tiempo la unidad de calificación de dicha ilegalidad–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 232.

570 González Navarro, Derecho Administrativo Español III. El acto y el procedimiento administrativo, Pamplona, EUNSA, 1997, pp. 1191-1192.

571 Véase PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 74. SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., nota 446, p. 667.

CAPÍTULO NOVENO
LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

I. El principio de legalidad de la actividad administrativa

1. La sujeción de la Administración al Derecho

La sujeción de la Administración al Derecho, consecuencia ineludible del principio de legalidad,[572] es hoy en día una regla básica del Derecho Público, incuestionable en cualquier ordenamiento jurídico,[573] en cuanto constituye un requisito sine qua non para la existencia de un auténtico Estado de Derecho.[574]

572 Señala De Otto que en –su sentido más amplio el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado, en concreto la de la Administración, mediante actos administrativos y la de los tribunales mediante resoluciones judiciales, se lleve a cabo con sujeción al ordenamiento jurídico–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 157. En la misma línea, indica Calonge Velázquez que el –principio de legalidad ocupa un lugar absolutamente básico en el Estado de Derecho y es trascendental en el Derecho Administrativo. El principio de legalidad es la base y el centro del Estado de Derecho porque a través de él se articula el sometimiento del Poder público a la norma jurídica. El principio de legalidad significa, pues, el sometimiento del Poder Público a la ley–. En Calonge Velázquez, Op. Cit., nota 388, p. 101. Brewer-Carías, por su parte, señala que el –derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, de manera que puede hablarse de tal derecho administrativo cuando los órganos del Estado que conforman la Administración Pública están sometidos al derecho, y particularmente al derecho desarrollado para normar sus actuaciones–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 59, p. 11.

573 En tal sentido, indica López que no puede defenderse que –la Administración se encuentra libre de una serie de principios y de reglas de estricta observancia; si así fuera, el particular quedaría desamparado y a merced de la Administración. Por el contrario, como existe un conjunto de reglas y de principios que norman su actuación, la actividad de la Administración está juridizada, es decir sometida a la legalidad. Estas reglas contribuyen de una parte a la realización de la seguridad jurídica en favor de los administrados (tal y como debe presentarse en un verdadero Estado de Derecho) y, de otra, sirven de cauce y de guía para el logro de una mayor eficacia, como lo reclaman las modernas preocupaciones del Estado Social de Derecho–. López, Cairo Manuel, Op. Cit., nota 65, p. 30.

574 Como señala Santamaría Pastor, el –principio de legalidad constituye uno de los dogmas más tradicionales y arraigados de los sistemas de signo liberal democrático, habiéndose erigido en la manifestación primera y esencial del Estado de Derecho–. Principios de... Págs. 78-79.

Esa vinculación se da no sólo respecto a la ley, entendida como ley formal, sino a toda la legalidad, esto es, al conjunto del ordenamiento jurídico. Lo que hace que algunos autores prefieran hablar de –principio de juricidad–.[575]

Ahora bien, esa vinculación de la Administración al Derecho se puede producir de dos formas diferentes: a) vinculación negativa, esto es, la Administración puede hacer todo aquello que el Derecho no le prohíba; b) vinculación positiva, esto es, la Administración sólo puede realizar aquello para lo que el ordenamiento jurídico expresamente le habilita.

Aunque estos dos modelos difícilmente se van a dar de forma pura y, en la práctica, va a regir un sistema mixto, con mayor tendencia hacia uno u otro modelo,[576] la vigencia de uno u otro sistema teórico es una de las cuestiones que han suscitado una mayor polémica entre la Alta doctrina administrativa durante los últimos años.

La tesis más clásica y extendida es, sin duda, la que considera que esa ligazón al Derecho tiene un carácter estrictamente positivo, de tal forma que el Derecho no es un mero marco dentro del que la Administración se puede mover libremente en la medida que no contraríe éste, sino un auténtico condicionante positivo de su acción, por lo que la falta de una previsión normativa previa determina la invalidez de dicha actuación.[577]

---

575 En tal sentido De Otto señala que la –palabra legalidad no designa aquí a la ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina el "bloque de legalidad" y por ello el principio de legalidad así entendido se denomina principio de juricidad–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 157.

576 Apunta Escuin Palop que tanto –la teoría de la vinculación positiva como la de la vinculación negativa son modelos teóricos, que nunca se han llevado a la práctica en estado puro–. –Los diversos sistemas políticos han practicado, por lo general, regímenes mixtos, con mayor o menor inclinación hacia uno u otro modelo de sujeción a la ley, produciéndose, en ocasiones, una singular divergencia entre las pretensiones doctrinales y la realidad–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 324, p. 133.

577 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que el –Derecho no es (...) para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro del cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa–. –El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima–. García De Enterría y Fernánde z Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 448. En el mismo sentido J. Fernández Ruiz, que considera que el principio de legalidad se puede enunciar en dos sentidos: positivo y negativo; en el primer sentido se explica en la máxima latina quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur, traducible como: lo que no está permitido se considera prohibido; en cambio, en sentido negativo, el principio de legalidad es expresado por la fórmula latina permissum

Una parte de la doctrina se ha manifestado, sin embargo, de forma contraria a dicha tesis, que consideran no responde a la realidad, y defienden una postura mixta, según la cual la Administración está vinculada al Derecho de forma negativa, con carácter general, y de forma positiva únicamente en caso de reserva de ley o cuando su actuación incide de forma restrictiva en los derechos y obligaciones de los ciudadanos.[578]

---

videtur in omne quod no prohibitum; quae non sunt prohibita, permissae intelliguntur, cuyo significado se puede resumir en la frase: lo que no está prohibido está permitido–. –El orden jurídico mexicano emplea ambos sentidos de sujeción a la legalidad, pero aplica el primero a unos sujetos y el segundo a otros distintos, toda vez que los sujetos de derecho público, o sean, los órganos del Estado, las autoridades, se rigen por el sentido positivo, habida cuenta de que sólo pueden hacer lo que la normativa jurídica expresamente les faculta (...) en tanto que los particulares, por sujetarse a la legalidad en sentido negativo, pueden hacer lo que el orden jurídico vigente no les prohíba–. Fernández Ruiz, Jorge, –Panorama general del Derecho administrativo mexicano–, en González-Varas Ibáñez (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM, 2005, p. 446. También Morell Ocaña, que entiende que –los particulares se mueven en el ordenamiento impulsados por el principio fundamental de autonomía, encauzado o limitado por la norma–. (...). Mientras que –en el caso de la Administración su vinculación a la ley sería exactamente la contraria: solo podrá actuar cuando cuente con una habilitación por parte de la Ley, y con arreglo a las directrices que la misma la haya señalado. Se llega, de este modo, a la construcción de la denominada vinculación positiva de la Administración a la Ley–. Morell Ocaña, Luís, Op. Cit., nota 139, p. 42. Por su parte, Martín Mateo toma partido –por una de las dos posturas que tradicionalmente trataban de explicar el origen de los poderes de la Administración. Una de ellas afirmaba que la Administración puede hacer todo aquello que no esté prohibido por la Ley. Lo contrario, que es la que se acepta, marca su énfasis en cuanto que la Administración sólo puede hacer aquello que está permitido, es decir, no basta con la ausencia de pronunciamientos legales, es necesario unos apoderamientos determinados para que la Administración pueda actuar–. Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 74. De Otto considera que –esta vinculación al bloque de la legalidad es una vinculación positiva: no basta con que la Administración no contradiga el ordenamiento jurídico, sino que es preciso que actúe de conformidad con él. Dicho de otro modo, el principio de juricidad no significa que la Administración sólo puede hacer lo que no le está prohibido, sino que significa que sólo puede hacer lo que le está permitido–. De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 158.

578 En tal sentido, Santamaría Pastor considera que, frente –a la posición doctrinal dominante, que preconiza la vigencia total del principio de vinculación positiva (posición doctrinal que, por cierto, se halla en flagrante contradicción con la práctica), parece más coherente pensar que nuestro sistema constitucional no responde en bloque a ninguno de los dos regímenes de vinculación que han quedado descritos: en otros términos, que uno y otro son aplicables de modo simultáneo, según los diferentes tipos de actuación administrativa y las materias sobre las que ésta recaiga–. Así, la reserva de ley supone (...) una manifestación típica del régimen de vinculación positiva–. Fuera de el ámbito reservado a ley, –el régimen de vinculación po-

Hay también una tercera tesis que considera que la vinculación es positiva tan sólo en las potestades relacionales. Mientras que en el ámbito de las potestades domésticas rige una vinculación formal, que exige tan sólo la previa atribución de potestades, dejando el resto a la discrecionalidad de la Administración y, llegando, con ello, a una situación muy semejante a la de una vinculación negativa.[579]

---

sitiva o de previo apoderamiento legal afecta a todas las actuaciones de la Administración de eficacia ablatoria; esto es, que inciden en cualquier situación jurídica de los sujetos (privados o públicos) en forma limitativa o extintiva; en las restantes, la regla general es (y no puede ser más que) la de la vinculación negativa–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 324, pp. 82-83. Sánchez Morón considera que –la aplicación generalizada de la tesis de la vinculación positiva de la Administración a la ley ni responde a la realidad ni se deduce del texto de la Constitución. Ésta ha reservado a la ley un conjunto de materias muy numeroso–. (...) –Por el contrario, fuera de la reserva de ley, la Administración puede adoptar iniciativas propias y llevar a cabo actuaciones que no hayan sido expresamente previstas por una ley previa, eso sí, siempre que estén dirigidas a cumplir su misión institucional de servicio a los intereses generales–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 88-89. Parejo Alfonso señala, respecto a la tesis de la vinculación positiva, que el –problema principal de esta posición no radica tanto, aunque también, en si expresa o no adecuadamente el sistema constitucional, cuando en su desconocimiento de la realidad misma, que desde siempre y también ahora se ajusta con toda normalidad al modelo de la vinculación negativa–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 326. Barrio García y Pernas García consideran que de –la controversia doctrinal existente puede extraerse un doble orden de consideraciones. De un lado, se ha llamado la atención sobre la necesidad de atender a la realidad cotidiana que muestra una vigencia del principio de vinculación negativa excepcionado en ámbitos singulares reservados constitucionalmente a la Ley–. –De otro lado, la existencia de un consenso sobre que la vinculación positiva es exigible cuando la actividad administrativa incide restrictivamente en los derechos de los ciudadanos–. (...) –En conclusión, cualquier limitación de la esfera de intereses de los ciudadanos precisa de un respaldo normativo habilitante, mientras que si la actividad administrativa favorece o amplia aquella esfera de los particulares la Administración se encuentra habilitada para actuar, salvo que exista un principio prohibitivo expreso–. Barrio García y Pernas García, Op. Cit., nota 381, p. 81.

579 Esta es la opinión de J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra, que consideran que la vinculación a la legalidad –tendrá una significación diferente según se refiera al ámbito de las potestades relacionales o al de las domésticas. En el primer caso, la vinculación se referirá no solo a la atribución de potestades para actuar sino también al contenido y forma de ejercicio de las mismas, de tal modo que lo único que podrá hacer la Administración será desarrollar o concretar las previsiones ya contenidas en la Ley. Así, la Ley actúa positivamente (su reglamento no puede contrariarlas) y negativamente (ninguna otra Ley puede ser contradicha por el Reglamento, ni por la actuación singular). En el primer caso, la Ley implica el camino a desbrozar; en el segundo, los linderos de la andadura–. –Por el contrario, en el ámbito de

En respuesta a ello señalan otros, no obstante, que por más que en algunos ámbitos esa vinculación a la legalidad sea de menor intensidad, no pierde, por ello, su carácter de vinculación positiva, y recuerdan que esa vinculación se da respecto a todo el bloque de legalidad, no necesariamente a una norma con rango de ley.[580]

Como puede verse, hay un elemento en esta polémica que parece no cuestionable, como lo es la existencia de una vinculación positiva de la Administración a la ley siempre que exista una reserva de ley o que se trate de facultades avalatorias de la Administración, susceptibles de generar efectos restrictivos en la esfera jurídica de los ciudadanos. Solución que podemos considerar también extensible al Derecho de Nicaragua.

A ello se debe añadir, sin embargo, que la Constitución de Nicaragua contiene un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, que amplia, en nuestro opinión, el ámbito de esta sujeción, pues el art. 183 CN establece que ningún poder del Estado, organismo de gobierno o funcionario tendrá otra autoridad, facultad o jurisdicción que las que le confiere la Constitución Política y las leyes de la República– (art. 183 CN).

---

las potestades domésticas la vinculación a la Ley será meramente formal, ya que se referirá tan solo a la simple atribución de potestades dejando el resto a la discrecionalidad de la Administración. La actuación en este ámbito será, pues, muy semejante al caso de que existiese una vinculación negativa, ya que una vez atribuidas las potestades, la Administración podrá hacer todo aquello que no se encuentre prohibido, desenvolviéndose con una amplitud mucho mayor en cuanto al "an" al "quid", al "quando" o al "quomodo", el ejercicio de aquellas potestades–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Principios de Derecho administrativo, Madrid, Universidad Complutense, t. II, pp. 3-4.

580 En tal sentido Cosculluela Montaner, que entiende que es –evidente que el grado de vinculación es más intenso y preciso en el ejercicio de todas las potestades que tienen por finalidad la ordenación, sanción, limitación o ablación de derechos; mientras que en otras actividades de prestación, con aceptación o uso voluntario de la misma por los administrados el grado de vinculación sería menos. No es que no deba existir, convirtiéndose en vinculación negativa, como pretenden algunos autores, sino que la habilitación normativa puede encontrarse en normas de rango formal distinto a la ley, debiendo recordar que la vinculación positiva lo es a todo el bloque de legalidad, incluso a los principios generales del Derecho positivizados o no en la Constitución y las leyes. Por otra parte, conviene advertir que en la actividad prestacional, que importa generalmente gasto público, la vinculación positiva se instrumenta también con la exigencia de consignación presupuestaria bastante, por el principio de legalidad presupuestaria–. Cosculluela Montaner, Manual de Derecho Administrativo, Decimosexta ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2005, t. I, p. 328.

Regla confirmada, además, a nivel de Derecho ordinario, por el art. 10 LSC,[581] que establece que ningún –cargo concede a quien lo ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución Política, la presente ley y demás leyes de la República–.

A nuestro juicio, esta clara estipulación constitucional amplia esa vinculación positiva a toda facultad de la Administración susceptible de generar efectos jurídicos, lo que comprende no sólo los poderes ablatorios de la Administración, sino cualquier facultad o autoridad dotada de eficacia jurídica, que deberá venir prevista expresamente en la ley, por exigencia expresa del Poder Constituyente, con independencia de que produzca efectos positivos o negativos en el administrado.[582]

El único ámbito, por tanto, en el que se puede considerar la existencia de una vinculación negativa de la Administración a la legalidad en Nicaragua es el de la actividad puramente material, no jurídica, como por ejemplo el desarrollo de actividades económicas, en la medida, obviamente, en que no esté sujeta a una reserva de ley y que se trate de una actividad adecuada y dirigida a la satisfacción del interés público.

Una vez fijada la vinculación de la Administración a la legalidad, en los términos vistos, la cuestión es como hacer efectiva esa vinculación a una actividad tan amplia y multiforme como lo es la acción administrativa.

El propósito de dictar una norma específica para dar satisfacción a esa necesidad es, por supuesto, una quimera, de imposible realización práctica. Es necesario, por ello, que se lleve a efecto mediante habilitaciones legales genéricas, a las que denominamos potestades. A través de ellas se manifiesta jurídicamente el poder público, que se hace presente, de este modo, en un conjunto de concretas potestades administrativas que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración.[583]

Hay, no obstante, quien ha manifestado opinión contraria, cuestionando la sustantividad jurídica del concepto de potestad, que entienden carece de rasgos específicos que lo individualicen y caractericen frente a otras nociones

581 Ley nº. 476, del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa (publicada en La Gaceta nº. 235, de 11 de diciembre de 2003) (en adelante LSC).

582 En la misma línea se pronuncia Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, pp. 142-144. 2. La atribución de potestades como técnica para hacer efectiva esa vinculación.

583 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que es –a través de la potestad concretamente como se manifiesta el llamado en la teoría política "poder público", el cual, sea sociológica y estructuralmente lo que sea, se convierte jurídicamente en un haz de potestades singulares atribuidas a la Administración por el ordenamiento–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 355, p. 452.

conexas, y atribuyendo todo el protagonismo a la noción de poder público, que es, para ellos, lo único real.[584]

Siguiendo la tesis mayoritaria, entendemos que la previa atribución de la potestad se convierte en un requisito para la validez de la actividad administrativa sujeta a vinculación positiva, que será inválida en la medida que carezca de la habilitación genérica para actuar que la atribución de la potestad otorga.[585] Si bien esa atribución no tiene que llevarse a cabo fijando de forma agotadora todas las condiciones de su ejercicio (potestades regladas, como luego veremos), sino que admite también que se deje en algunos aspectos un ámbito de libre apreciación a la Administración (potestades discrecionales, como más tarde se verá).[586]

Tampoco tiene que realizarse necesariamente por una norma con rango de ley, siendo perfectamente plausible que se lleve a cabo por una norma reglamentaria. Esta posibilidad es conforme con el principio de legalidad, pues, en definitiva, con ello la Administración no hace otra cosa que hacer uso de una potestad que le ha sido previamente atribuida por el ordenamiento (potestad reglamentaria).[587]

---

584 Esta es la opinión de Dromi, que señala que la –auténtica razón de ser de las potestades no existe. No pueden precisarse sus diferencias con otras figuras afines. Los autores que admiten la existencia de las potestades administrativas hacen grandes esfuerzos doctrinarios plausibles, pero al fin equívocos, para justificar su autonomía y su diferenciación con el poder, la autoridad, las prerrogativas, los derechos o atributos de la Administración o medios jurídicos de la Administración–. Por lo que afirma que, en su opinión, –las potestades no existen, no son tales; lo real y existencial es el poder, la capacidad del Estado, que es única, una, propia del orden estatal–. Dromi, Op. Cit., nota 117, pp. 151-152.

585 En tal sentido, señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que la –legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una habilitación legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 449.

586 De Otto, Op. Cit., nota 329, p. 158.

587 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –no hay en este fenómeno de autohabilitación a través de normas reglamentarias ninguna quiebra del principio de legalidad, antes bien una confirmación del mismo en cuanto mecanismo formal. Pues la Administración utiliza para dictar el Reglamento una potestad que le ha sido previamente atribuida, la potestad reglamentaria; del ejercicio de esta potestad, por su virtud normativa, podrán surgir potestades nuevas de actuación concreta, una vez creadas las cuales, y no hasta entonces, la acción concreta es ya posible. A esta técnica la doctrina francesa la ha asignado un nombre propio, el principio de Règlement préalable, del Reglamento previo, que no es más, en rigor, que una especificación

Si bien se genera así una posibilidad de autoatribución de poderes por parte de la propia Administración, que no encuentra más límites que los genéricos de la potestad reglamentaria. Dato en el que se ve por una parte de la doctrina un riesgo notable.[588]

Dicha atribución ha de ser, en principio, expresa. No obstante, excepcionalmente está atribución podrá entenderse implícita, cuando se trata de poderes inherentes o implícitos, cuyo otorgamiento se pueda derivar del conjunto de la regulación, que resultaría de otro modo absurda y sin sentido. Si bien ello no supone en ningún caso aplicación de la analogía o interpretación extensiva, que deben considerarse totalmente prohibidas en este ámbito, sino tan sólo el fruto de la consideración del ordenamiento jurídico como un todo dotado de sentido, que permite inferir en el mismo verdaderas atribuciones de potestades, no recogidas en su letra, pero patentemente contenidas en él.[589]

---

a una hipótesis muy concreta del principio, más amplio de la legalidad–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 455-456.

588 Es la opinión de García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que la atribución de potestades –es (...) una función absolutamente normal de los reglamentos y también por ello mismo uno de sus riesgos más notorios, pues a través de este instrumento normativo la Administración puede autoatribuirse potestades nuevas y más intensas, autohabilitarse para una acción cada vez más absorbente y compleja; los límites propios de la potestad reglamentaria, y en particular la reserva de materias a la Ley, es aquí la única garantía para que esa posibilidad (...) no concluya en abuso–. Ibídem, p. 455.

589 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que toda –atribución de potestades ha de ser, en principio expresa, ya que, ante el silencio de la Ley, la Administración carece de poderes propios (...). Sin embargo, esta regla general tiene una quiebra importante cuya existencia es necesario admitir a menos que se acepte un planteamiento excesivamente legalista del tema que aboque a soluciones absurdas y, por ello mismo, injustas o contrarias al interés público. Esta quiebra son las denominadas potestades implícitas o inherentes, cuyo origen se encuentra en el Derecho anglosajón ("inherent powers") y en el derecho internacional (como corrección al principio "nihil servandum quod non scriptus")–. –Con esta quiebra no se alude a que la fuente jurídica de una potestad administrativa sea o pueda ser algo fuera de la Ley. Ello llevaría por fuerza a una conclusión absurda, en cuanto chocaría abiertamente con el monopolio de la creación jurídica reservada a la norma y con la regla fundamental de la legalidad en la actuación administrativa. La doctrina de la potestad inherente apunta, por el contrario, a un problema estricto de interpretación finalista. En términos esquemáticos, que no se corresponden totalmente con la complejidad de la cuestión, puede enunciarse el principio de este modo: si la Ley atribuye expresa y literalmente a la misma potestad A que solo alcanza a servir congruentemente el fin A, ha de entenderse que también otorgó a las potestades B y C congruentes con las finalidades B y C, que la Administración debe inexorablemente cumplir por propio imperativo de la Ley–. –A lo que añaden que –la ampliación de los términos de la norma que atribuye potestades sólo puede hacerse cuando de otra forma

Debemos pues precisar el concepto de potestad,[590] pues la noción de potestad administrativa no es de naturaleza diferente al concepto genérico de potestad, aunque varíe, obviamente, su contenido material concreto.[591]

Corresponde a Romano el mérito de haber perfilado claramente la noción que nos ocupa. Para hacerlo, dicho autor parte de la consideración de que la potestad sería una especie del género poder, naturaleza que comparte con la idea de derecho subjetivo. De tal forma que ambos serían –atribuidos por el ordenamiento jurídico en orden a bienes o intereses protegidos por él, y serían, por consiguiente, ambos manifestaciones y explicaciones de capacidad–.[592] Esta postura ha sido acogida por la doctrina moderna.[593]

---

se llegue a una solución absurda o que deje sin contenido real la propia potestad–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 13-16 (II). Apuntan, en la misma línea, García De Enterría y Fernández Rodríguez que la –atribución de potestades a la Administración tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar; lege silente, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley atribuye–. –Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo–. –Es obvio, sin embargo, que este proceso deductivo no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración; tal interpretación extensiva o la aplicación de la analogía están aquí más bien excluidas de principio. Se trata, simplemente, de hacer coherente el sistema legal, que ha de suponerse que responde a un orden de razón y no a un casuismo ciego, lo cual, por otra parte, está claro desde la doctrina general del ordenamiento (...) que impide identificar a éste con la Ley escrita. En ese difícil filo entre una prohibición de extensiones analógicas y una exigencia de coherencia legal se mueve la doctrina de los poderes inherentes, o implícitos, que son, en definitiva, poderes efectivamente atribuidos por el ordenamiento aunque no por el componente escrito del mismo–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 355, pp. 456-457. Véase también Calonge Velázquez, en Manual de... Pág. 112.

590 Calonge Velázquez define la potestad como la –posibilidad abstracta de producir unilateralmente efectos jurídicos para terceros, otorgada por la norma y ello como manifestación de un status jurídico determinado–. En Manual de... Pág. 109.

591 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 355, p. 452.

592 Romano, Fragmentos de un diccionario jurídico, traducción a la versión italiana de 1947 de Sentís Melendo y Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 299.

593 Así, García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 435. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 139, p. 147.

A partir de aquí, para perfilar la noción que nos interesa se debe proceder a diferenciar ésta de la de derecho subjetivo. Siendo la característica principal que permite deslindar estos dos conceptos, y de la que se derivan en realidad todas las demás diferencias entre ellos, el carácter abstracto y genérico del primero, frente a la concreción del segundo, que se da siempre en el marco de una relación jurídica concreta. En palabras del propio Romano:

> el primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singulares determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto, no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una concreta y particular relación jurídica con una determinada cosa o frente a determinadas personas que, por el contrario, tendría obligaciones correspondientes.[594]

De este modo, la potestad tiene un origen abstracto (la norma de la que trae causa), mientras que el derecho subjetivo procede de una relación jurídica concreta y determinada.[595]

El contenido del derecho subjetivo está ya precisado, mientras que en la potestad no está aún determinado, en cuanto es una mera posibilidad de actuación, que puede plasmarse aún en una pluralidad de objetos diferentes.[596]

Esto supone que la potestad, a diferencia del derecho subjetivo, no tiene un objeto concreto, sino que se concreta en la mera existencia de un sujeto o sujetos obligados al cumplimiento de su eventual ejercicio.[597]

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esos sujetos no son personas concretas y determinadas ya definidas, sino simplemente aquellas que en el momento de ejercitarse la potestad se vean afectadas por el resultado de dicho ejercicio.[598]

Todo ello sin perjuicio de que la potestad se traduzca en el momento de su ejercicio en una relación jurídica concreta, en la que se encontrarían implicados unos sujetos ya concretos y determinados. Si bien esta relación jurídica a la que da lugar no se puede confundir en ningún caso con la propia potestad.

---

594 Romano, Op. Cit., nota 470, p. 299-300. En el mismo sentido, García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 435-436.

595 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 8-9 (II).

596 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 139, p. 151. Como señala García Trevijano Fos, la potestad es la fuerza y posibilidad de modificar el ordenamiento jurídico en un momento determinado. Se trata de una fuerza abstracta, de una simple potencia que cuando se transforma en acto produce el derecho subjetivo–. García Trevijano, Op. Cit., nota 149, p. 487.

597 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 355, p. 436. Martín Mateo Op. Cit., nota 167, p. 54. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 395. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 139, pp. 150-151. Calonge Velázquez, Op. Cit., nota 388, pp. 109-110.

598 Romano, Op. Cit., nota 470, pp. 311-316.

Pues, como señala Romano, la potestad –es un antecedente, o, si se quiere, su fuente y su título, del cual, apenas surgidos, se separan, adquiriendo una figura propia y una vida propia–.[599]

Un dato que debe tenerse en cuenta es que, aunque la potestad sea un poder para actuar, es perfectamente posible que en determinados casos los demás sujetos, esto es, los que no ostentan la potestad, puedan imponer a su titular su ejercicio obligatorio.[600] Esto es especialmente cierto en el caso de las potestades de la Administración, que son las que a nosotros nos ocupan, pues la mayoría de ellas constituyen lo que la doctrina ha venido calificando como potestad-función,[601] que son aquellas que se ejercitan en interés de otro.[602] Esto trae consigo una doble consecuencia. Por un lado, sólo se podrán ejercitar cuando es preciso para dar satisfacción al interés público que justifica su atribución. Por otro, deberán ser ejercitadas siempre que este interés así lo exija.[603]

Las potestades administrativas encuentran, además, un rasgo definidor en su carácter instrumental, su atribución se lleva a cabo para dotar a las Administraciones públicas de las armas precisas para que pueda cumplir sus competencias.[604]

---

599 Ibídem, pp. 316-319. En el mismo sentido, García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 436, García Trevijano, Op. Cit., nota 149, p. 488.

600 Martín Mateo Op. Cit., nota 167, pp. 54-55.

601 Según García De Enterría y Fernández-Rodríguez, lo serían todas excepto las organizatorias. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 439. Entrena Cuesta, por su parte, apunta que si en el Derecho privado que las potestades sean potestades-función es la excepción, en el Derecho administrativo, sin embargo, es la regla. Entrena Cuesta, Op. Cit., nota 404, pp. 194-195.

602 Romano, Op. Cit., nota 470, pp. 309-310. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 439-441. La misma opinión, si bien calificándolas como potestades de ejercicio obligatorio, Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 406. (2000)

603 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que de la consideración de la potestad administrativa como potestad-función se derivan dos grandes consecuencias, que vienen a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto del derecho subjetivo: negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 355, p. 453.

604 Como señala Escuin Palop, las potestades administrativas son –los instrumentos que el Derecho administrativo confiere a las Administraciones públicas para que ejerzan sus competencias–. Escuin Palop Op. Cit., nota 410, p. 141.

2. POTESTADES DISCRECIONALES Y POTESTADES REGLADAS

Las potestades administrativas, aunque son expresiones de poder público, no tienen un carácter incondicionado y absoluto, sino que se encuentran enmarcadas por determinadas limitaciones que condicionan su ejercicio, de las que se derivan a su vez posiciones activas para los administrados606.[605]

Esto supone, en definitiva, que no son elementos al margen del Derecho y el control judicial, sino que, como no podía ser de otra forma, están sujetos a ambos. Ahora bien, las condiciones en que ese control se produce dependen en gran medida del tipo de potestad ante el que nos encontremos, siendo, en tal sentido, importante distinguir entre las denominadas potestades regladas y las conocidas como discrecionales. Clasificación de singular trascendencia en este aspecto.

Efectivamente, la atribución de potestades se puede llevar a cabo de dos formas, dependiendo de la mayor precisión o imprecisión con la que se delimite las condiciones de ejercicio de la misma.[606] Dando lugar, con ello, a la existencia de dos tipos de potestades (regladas y discrecionales).

Una potestad es discrecional cuando la autoridad administrativa llamada a aplicarla cuenta con un margen de elección, que le permite optar entre diversas soluciones, igualmente validas desde el punto de vista jurídico, según su propio criterio.[607]

---

605 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –por más que expresen con normalidad situaciones de poder público, las potestades administrativas ni son, ni pueden lógicamente ser, ilimitadas, incondicionales y absolutas, sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido, y que sobre esa limitación se articula una correlativa situación jurídica activa de los ciudadanos–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 453. En la misma línea, señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que toda –potestad ha de tener un contenido específico y concreto sin que sea pensable la existencia de una potestad abstracta o indeterminada–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 18. Véase también, Calonge Velázquez, en Manual de... Pág. 112.

606 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit, nota 2, pp. 146-147.

607 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 101. Barrio García y Pernas García, Op. Cit., nota 381, pp. 83-84. Brewer Carías, Allan Randolph, –Panorama general del Derecho administrativo en Venezuela–, en González-Varas Ibáñez (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM, 2005, p. 768. Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 74. Calonge Velázquez, Op. Cit., nota 388, pp. 114-115. Como señala Fernández RUIZ, alude –la discrecionalidad administrativa a la potestad de la Administración de actuar libre y prudencialmente en el ejercicio de las atribuciones de su competencia, de acuerdo a su arbitrio y buen juicio–. Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., nota 448, p. 458.

En realidad, hoy en día no se reconoce la existencia de ninguna potestad como enteramente discrecional, por lo que es más correcto hablar de potestades discrecionales en el seno de potestades regladas.[608]

Potestades regladas son aquellas en las que la ley delimita de forma precisa las condiciones de ejercicio de las mismas, excluyendo cualquier margen de libre apreciación por parte de la Administración en su aplicación.[609]

Eso no impide que pueda existir una cierta indefinición, fruto del componente subjetivo que trae consigo la interpretación jurídica que, en mayor o menor medida, se da en toda operación de aplicación del Derecho. Por ello, lo reglado no implica siempre automatismo en la aplicación, sino más bien exclusión de libre decisión. En la potestad reglada la intervención del sujeto que la lleva a efecto no puede entrar nunca en el ámbito de la decisión personal, sino que debe limitarse a la aplicación de la norma, sin perjuicio de la necesidad de interpretarla cuando sea necesario.[610]

---

608 Bermejo Vera, Op. Cit., nota 390, p. 204.

609 García De Enterría Y Fernández Rodríguez, Op. Cit., Nota 113, Pp. 444-445. Calonge Velázquez, Op. Cit., nota 388, p. 114. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 22. Apunta Santofimio Gamboa que la –potestad reglada (...) se presenta cuando estamos frente a una atribución legal. A la existencia de norma de competencia clara y específica, debiendo el órgano y servidor estatal actuar en la forma específicamente enunciada en dichas disposiciones sin lugar a posibilidades de romper los marcos en ellas preceptuados para su ejecución. El ejercicio de potestades regladas implica un proceso de adecuación estrictamente típico, entre los supuestos de hecho descritos, por la ley y los analizados en el mundo de la realidad–. Santofimio Gamboa, Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez, 2a. ed., pp. 105-106. Señala Parejo Alfonso que potestad reglada –es la que determina –en el plano normativo habilitante- la acción administrativa de manera completa, en la doble vertiente de sus aspectos formales y materiales o sustantivos, de suerte que dicha acción aparece estrictamente prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma o aplicación de la misma mediante subsunción del caso concreto en el supuesto legal definido por ella–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 399.

610 Señala Escuin Palop que el –ejercicio de potestades regladas condiciona la actividad administrativa a la comprobación en la realidad del supuesto de hecho legalmente definido de forma que una vez comprobada la concurrencia de los hechos determinantes a la Administración sólo le queda aplicar las consecuencias jurídicas previstas en la norma de forma exhaustiva. Opera aquí la Administración de una manera que podría llamarse automática, si no fuera porque el acoplamiento de la norma a la realidad del caso concreto, siempre deja un espacio a la interpretación, lo que no es, en ningún caso, identificable con la libertad de apreciación–. Escuin Palop, Op. Cit., nota 487, p. 145. En el mismo sentido, señala Santofimio Gamboa que, a –pesar de tratarse de un proceso estricto, de todas maneras implica ciertos momentos de apreciación o subjetivismo, porque, al fin, quien aplica la norma no es más que una persona natural, vocero de la voluntad estatal asignada por

Distinta es la situación de los conceptos jurídicos indeterminados. Conforme a la doctrina clásica son éstos conceptos que implican una cierta imprecisión, pero que admiten una única solución justa, que se da o no se da, sin que haya, por tanto, como en el caso anterior un margen de decisión por parte de la Administración, tan sólo un cierto margen de apreciación interpretativa en la medida en que el concepto adolezca de una cierta indeterminación.[611]

Esta unidad de solución no supone, sin embargo, la existencia de una única conducta admisible. Más bien supone que la imprecisión del concepto jurídico indeterminado se da sólo en abstracto, en cuanto a priori hay un ámbito más o menos amplio de posibilidades que entrarían dentro del mismo, por lo que no es posible una individualización previa de los mismos. Pero no se da nunca en un caso concreto, pues al enfrentarnos a una determinada aplicación del mismo la respuesta es única: o se da el concepto jurídico indeterminado o no se da, no hay solución intermedia.[612]

---

la Ley o la Constitución al órgano respectivo–. Santofimio Gamboa, Op. Cit., nota 487, p. 106.

611 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 117. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, pp. 176-177. Calonge Velázquez, Op. Cit., nota 388, pp. 113-114. Señala González Navarro que –mientras que, cuando ejercita una potestad discrecional la Administración puede elegir entre varias opciones, precisamente porque está ejerciendo una libertad estimativa, cuando aplica en un caso concreto un concepto legal indeterminado sólo tiene una opción: la que corresponde a la correcta interpretación del concepto al caso concreto: hay o no hay buena fe, el funcionario actúo o no actúo con probidad, etc. O una cosa u otra, pero sólo una de ellas será la solución justa. Sin otra alternativa posible–. González Navarro, Op. Cit., nota 448, p. 435

612 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (...). La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La Ley utiliza conceptos de experiencia (...) o de valor (...) porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; (...) Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso–. Entendiendo que –esa unidad de solución justa" a la que nos referimos no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de

El concepto jurídico indeterminado aboca a una delimitación en la que se utilizarán criterios extrajurídicos de diferente procedencia (economía, sociología, etc.), que según el caso adolecerán de un mayor o menor margen de imprecisión, lo que traerá consigo una mayor o menor dificultad para integrar los mismos. Pero eso no obsta su carácter estrictamente cognoscitivo, el problema es siempre la precisión de un concepto, lo que es en todo caso un problema de interpretación, no de libre decisión.[613]

Partiendo de estos presupuestos, se destaca, por los partidarios de esta posición, la existencia en el concepto jurídico indeterminado de una estructura en la que pueden diferenciarse tres zonas: una zona de certeza positiva y una zona de certeza negativa, en las que es claro que el concepto se da y que no se da, respectivamente; a las que se añade un –halo– o zona de penumbra, en el que se concentra la indeterminación del concepto, pues no es fácil saber en dicha zona lo que está incluido y lo que no dentro del concepto del que se trate.

En las zonas de certeza no hay problema alguno para llevar a cabo su control, dado que es fácilmente verificable si se cumple o no lo previsto por la norma. Es en la zona de penumbra donde la fiscalización encuentra dificultades, dada la imprecisión propia de la misma, que deja necesariamente un margen de apreciación de la Administración. Ahora bien, esa apreciación no llega nunca a constituir una libertad de opción, como es propia de la discrecionalidad, sino un margen de interpretación, asentado en los inconvenientes que entraña la aprensión del concepto, nunca en lo volitivo. Por lo que no impide el control judicial más allá de la permisión del beneficio de la duda, del que podrá beneficiarse la Administración hasta donde la dificultad para delimitar el concepto permita una interpretación que cabe razonablemente dentro del mismo.[614]

---

buena fe o no lo es, lo que remite a una "apreciación por juicios disyuntivos" (...) ya que no puede ser las dos cosas, al mismo tiempo, como es evidente–. Curso de... I (1997). Pág. 449.

613 Como señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, el –concepto jurídico indeterminado debe completarse con criterios extrajurídicos, es decir, utilizando técnicas no enclavables en el Derecho, sino en la ingeniería, en la sociología o en la economía. Es cierto que el rellenar estos conceptos jurídicos indeterminados resulta en ocasiones difícil traduciéndose en una auténtica "quaestio diabólica". Sin embargo "a priori" es caracterizable como una valoración querida y dependiente de la Ley, que aboca por ello a una cuestión de teoría general de interpretación legal. Por tanto, el proceso de integración de un concepto jurídico indeterminado, no puede ser un proceso volitivo de discrecionalidad o libertad, sino un proceso de estimación o, más concretamente de comprobación–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 23-24. Principios de... II

614 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –en la estructura de todo concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (Begriffkern) o "zona de certeza", configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto" (Begriffhof) más o menos

Otro sector doctrinal se pronuncia en contra de dicha posición. Bien discutiendo la propia noción de concepto jurídico indeterminado,[615] bien aduciendo que la tesis previamente examinada peca de una cierta ingenuidad, pues el concepto jurídico indeterminado adolece de un ámbito de imprecisión, que obliga a que no se busque tanto una única solución justa, como soluciones razonables. Lo que hace que implique en algunos casos auténtica discrecionalidad administrativa.[616]

Debe hacerse mención, igualmente, a la denominada discrecionalidad técnica, se hace referencia aquí a aquellos supuestos en los que se deben de poner en juego al ejercitar una potestad conocimientos técnicos. Éstos en ocasiones permiten diversas opciones, haciendo necesario la toma de una decisión, pues no existe una única solución válida. En estos casos, y en la medida que exista ese margen de apreciación técnica, nos encontraremos con un supuesto

---

precisa y, finalmente, una "zona de certeza negativa", también segura en cuanto a la exclusión del concepto. (...) Supuesta esta estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o "halo" conceptual, pero tal dificultad desaparece en las dos zonas de certeza, positiva o negativa, lo cual no es baladí, precisamente en vía de principio–. Se –reconoce en el halo conceptual un "margen de apreciación" (Beurteilungsspielraum) en favor de la Administración, como primera aplicación del concepto. (...) Tal margen de apreciación no da entrada, sin embargo, a libre voluntad de la Administración (si tal fuese estaríamos en el campo de la discrecionalidad); expresa sólo un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda–. Este margen de la Administración –no llega hasta excluir el control judicial, aunque sí limita sus posibilidades, ya que el juez deberá normalmente conformarse con un control de los límites, siempre posibles, y que la prueba que se practique en el curso del proceso eventualmente acreditan–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 452. Curso de... I (1997)

615 En tal sentido Boquera Oliver, que entiende que lo que algunos tienden a llamar conceptos jurídicos indeterminados son, en realidad, conceptos universales, que son al mismo tiempo singulares, pues designan una realidad única, como universales, pues se universalizan en la mente comprendiendo una pluralidad de objetos. Las leyes ponen estos conceptos universales en relación con consecuencias jurídicas y se convierten, así, en conceptos jurídicos. El alcance de estos conceptos dependerá de lo que determine el legislador, que puede remitir su aplicación al criterio de la Administración o fijar los criterios que tienen que utilizarse para ello. Por lo que concluye señalando que no cree que –caracterice a la discrecionalidad "la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio", mientras que en el llamado concepto jurídico indeterminado, en verdad un concepto universal, exista "una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta"–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 113, pp. 101-107.

616 Barrio García y Pernas García, Op. Cit., nota 381, pp. 86-87.

no susceptible de control judicial, pues el Juez no podrá sustituir la decisión técnica de la Administración por la suya propia.[617]

3. Control judicial de las potestades discrecionales

Si, como sabemos, la potestad discrecional remite, en cuanto es tal, a la apreciación subjetiva del sujeto llamada a aplicarla, va a dejar un margen de libre decisión que no podrá ser cuestionada jurídicamente, pues es el propio ordenamiento jurídico quien la ha admitido y consagrado.

De aquí se deriva que donde hay discrecionalidad no puede tener cabida el control judicial, pues eso sería tanto como sustituir la opinión subjetiva de la Administración por la opinión subjetiva del Juez. Éste sólo puede basar sus decisiones en criterios jurídicos, y en este caso el Derecho no da solución alguna, pues remite ésta a la decisión de un sujeto, la Administración, que la judicatura deberá respetar. El Poder Judicial controla el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración cuando ésta desarrolla las funciones que le son propias, pero no puede arrogarse la tarea de administrar en lugar de ésta.[618]

Esto no configura, sin embargo, las potestades discrecionales como espacios libres de Derecho, ajenos a todo control judicial. Más bien conduce a una fiscalización limitada, que no podrá ir más allá de aquellos elementos del

617 Considera Morell Ocaña que –la presencia creciente de los saberes no jurídicos en las actividades administrativas pone al descubierto que, cada vez más, la técnica ofrece opciones de actuación, entre las que se ha de elegir la más adecuada. Y si estos saberes no siempre disponen de una solución única, se añade a la complejidad y variedad de los problemas que plantea su aplicación; sobre todo cuando ha de desentrañarse en el proceso y ha de decidir el juez contencioso–. –La jurisdicción contencioso-administrativa (...) no entra en el examen de un juicio de carácter técnico, ni menos aún lo sustituye–. Morell Ocaña, Curso de Derecho administrativo, Pamplona, Aranzadi, 1997, t. II, pp. 202-203.

618 Como señala Escuin Palop, –la discrecionalidad es una facultad de libre apreciación que el Ordenamiento jurídico confiere a la Administración, para que decida libremente ante determinadas circunstancias. En este caso la selección que la Administración realiza no es enjuiciable por los Tribunales, pues cualquiera que sea la alternativa adoptada por la Administración es correcta para el Derecho (valida)–. –En este punto conviene indicar que los límites al control de la discrecionalidad administrativa están en directa correspondencia con las limitaciones constitucionales de la actividad jurisdiccional, pues los jueces y tribunales no pueden dictar sentencias al margen del Ordenamiento jurídico, esto es, sin basar sus decisiones en una norma jurídica. Aunque el Tribunal conozca una opción que también hubiera sido adecuada al interés público, no puede imponerla en su sentencia, pues entre las funciones judiciales no se encuentra, como se ha dicho, la de administrar–. Escuin Palop, Op. Cit., nota 218, pp. 147.

ejercicio de la potestad que quedan fuera del ámbito de libre apreciación, por venir predeterminados y exigidos por el Derecho.

La forma e intensidad con la que debe operarse este control es, sin duda, uno de los temas más debatidos y discutidos por la doctrina administrativa durante los últimos años, habiéndose manifestado posturas abiertamente discrepantes al respecto.

Hay un punto de partida que puede considerarse generalmente aceptado: es evidente que la discrecional deja un ámbito de libertad al operador jurídico, aumentando, con ello, la inseguridad jurídica y generando un riesgo de abuso o desviación en el uso de sus poderes por parte de la Administración. Pero también lo es que constituye un riesgo necesario, por lo que no puede ser contemplado como un accidente patológico que sea preciso destruir, sino más bien como un elemento imprescindible para el desarrollo de las tareas administrativas, que no se puede obviar por más que genere una cierta desconfianza e inseguridad.[619]

619 Así, señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que la –existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: éste no puede ser reducido a una pura "nomocracía" objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración (...). No es por ello exacto que todas las discrecionalidades sean reductibles a supuestos reglados y que en esa reducción haya que ver precisamente la línea de progreso político. Por supuesto que es cierto que abundan las discrecionalidades injustificadas o abusivas y que debe postularse resueltamente su conversión en potestades regladas cuando la justicia, como no es raro, se acomode mejor a esta técnica y a la exclusión de apreciaciones subjetivas. Pero es ilusorio pretender agotar en cualquier momento el ámbito completo de la discrecionalidad. La necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional. Sustancialmente, eso es la política, la cual es ilusorio pretender desplazar del gobierno de la comunidad–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 446-447(1997. Por su parte, Parejo Alfonso señala que –no puede perderse de vista el hecho radical de la estricta necesidad de zonas, momentos y grados de libertad de apreciación y decisión en el poder ejecutivo y, más concretamente, en la Administración. Esa necesidad no sólo no ha disminuido en la evolución y perfeccionamiento del Estado, sino que, incluso se ha acrecentado con ocasión del incremento de la complejidad, interrelación y variabilidad de los procesos y las necesidades sociales, cuya dirección y resolución requieren decisiones y medidas atenidas a las diferentes circunstancias y adaptables al cambio en el espacio y en el tiempo de las mismas. Un cierto ámbito de discrecionalidad es, pues, absolutamente indispensable al gobierno de la sociedad actual–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 400-401. Véase también, Escuin Palop, Op. Cit., nota 218, pp. 145-146. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 31 II.

A partir de aquí, sin embargo, las posturas se bifurcan, pudiéndose distinguir una línea doctrinal más favorable a la discrecionalidad, que ve en ella un elemento legítimo, que debe ser controlado, pero que no tiene porque ser necesariamente minimizado lo máximo posible como si tratara de un elemento detestable;[620] y otra claramente tendente a la reducción de la discrecionalidad allí donde sea viable, pues parte de su consideración como un elemento perturbador, que introduce la arbitrariedad en el desarrollo de las tareas administrativas.[621]

Opiniones a parte, el primer aspecto jurídicamente controlable en las potestades discrecionales son los elementos reglados que, en mayor o menor medida, existen en cualquier potestad administrativa.[622]

---

620 En esta línea Parejo Alfonso, que señala que el –papel del Derecho administrativo no consiste (...) en una lucha ciega contra el fenómeno (considerado como un mal), sino más bien en velar por que se mantenga dentro de límites de lo efectivamente necesario y se ejerza en términos razonables y, por tanto, justificables–. –Aunque aparentemente la discrecionalidad ponga en cuestión el principio de legalidad, en realidad, no hay tal. No puede decirse, con rigor, que exista una verdadera y frontal contradicción entre la discrecionalidad administrativa y el Estado de Derecho. Por de pronto, aquélla no impugna la primacía de la Ley, pues la fuerza superior de ésta en modo alguno puede verse afectada por los ámbitos de decisión administrativa creados por la decisión del propio legislador. Pero tampoco puede decirse que suponga desconocimiento de ese mismo y superior valor de Ley, en tanto que es constitucionalmente admisible que el legislador renuncie a decidir por sí mismo y remita al nivel infralegal (...). Mientras la entrega de la decisión a la Administración se mantenga dentro de los límites de la legítima colaboración entre la Ley y el Reglamento (...) la operación y, por tanto, el empleo de la discrecionalidad es irreprochable–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 401 y403.

621 En tal sentido, García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que reducir el control de la legalidad de la Administración –equivale a consagrar una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos. El gran tema del Derecho administrativo contemporáneo es, precisamente, el de juridificar este último reducto de la antigua arbitrariedad, sin perjuicio, naturalmente, de respetar lo que el mismo implica de legítima decisión–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 448. (1997)

622 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –en todo acto discrecional hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos (...). El control de estos elementos reglados permite, pues, un primer control externo de la regularidad del ejercicio de la potestad discrecional. La discrecionalidad, justamente porque es una potestad atribuida como tal por el ordenamiento, sólo puede producirse legítimamente cuando respeta esos elementos reglados que condicionan tal atribución–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 458. 1997 Véase también al respecto, Calonge Velázquez, en Manual de... Págs. 115-116. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 404-405.

El número de elementos reglados que pueda contener una potestad discrecional variara en cada caso concreto. Existen, no obstante, un conjunto de elementos que son necesariamente reglados en cualquier potestad y que podrán ser, en consecuencia, siempre susceptibles de fiscalización. Más concretamente, lo serán la propia existencia de la potestad, esto es, su atribución a la Administración de que se trate; su extensión; la competencia para su ejercicio; el fin para el que se atribuye esa potestad.[623]

En segundo lugar, las potestades podrán ejercitarse únicamente cuando concurra el supuesto fáctico al que se condiciona su ejercicio. Este elemento tiene un carácter reglado, pues los hechos existen o no existen, por lo que será susceptible de revisión. Es lo que se denomina generalmente el control de los hechos determinantes o presupuestos de hecho.[624]

Ahora bien, no siempre es fácil interpretar los hechos, determinando si cumplen o no el presupuesto de hecho previsto por la norma. En numerosas ocasiones la valoración de los hechos implica un cierto margen de estimación subjetiva, que no podrá ser objeto de pleno control judicial. Si bien los tribunales si podrán comprobar que esa valoración del substrato fáctico no se ha desarrollado de forma arbitraria.[625]

---

623 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 446. (1997)

624 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 39-40 II. Escuin Palop, Op. Cit., nota 218, p. 148. Calonge Velázquez, en Manual de... Págs. 115-116. Señala Morell Ocaña que los presupuestos de hecho de un acto no son elementos discrecionales, pues –los hechos existen o no existen. Por consiguiente, se trata de un problema de constatación; si la Administración ha incurrido en error, el perjudicado podrá acreditarlo ante el Juez contencioso, en la fase procesal de prueba–. Morell Ocaña, Luís, Op. Cit., nota 495, p. 200. Por su parte, García De Enterría; Fernández Rodríguez señalan que toda –potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (...) y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 462. (1997)

625 Señala Morell Ocaña que la –valoración de los hechos; puede ocurrir que sean susceptibles de medición, de cuantificación, llegándose a criterios de apreciación exactos (...); más difícil será la apreciación cuando se base en criterios cualitativos. Es, en estos últimos casos, cuando se ha de reconocer a la Administración una prerrogativa de estimación. La jurisprudencia, no obstante, ha terminado por rodear y circunscribir esa prerrogativa: las apre-

En tercer lugar, las potestades discrecionales podrán ser objeto de control a través de los principios generales del Derecho. Reglas básicas como el principio de igualdad, el de buena fe o el de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos informan y condicionan cualquier actividad de los poderes públicos, lo que incluye también el ámbito de lo discrecional, que no podrá servir de pretexto para la vulneración de estas verdades universales, que no sólo forman parte del ordenamiento jurídico, sino que sirven, además de fundamento al mismo.[626]

Si bien debe tenerse presente que ese control no podrá nunca convertirse en la búsqueda por parte del juez de la solución que el considere más adecuada a la luz de esos principios, lo que supondría tanto como sustituir la discrecionalidad de la Administración por la judicial. La intervención judicial sólo será posible cuando sobre la base de esas reglas básicas se pueda llegar a soluciones objetivas, que en cuanto existan operaran como un límite a la discrecionalidad.[627]

II. El acto administrativo

Aunque una parte de la doctrina ha proclamado la necesidad de superar la noción de acto administrativo, elaborando una nueva dogmática, dada su com-

ciaciones basadas en factores cualitativos han de ser razonables; lo contrario sería incurrir en arbitrariedad–. Morell Ocaña, Luís, Op. Cit., nota 495, pp. 200-201.

626 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 40-41 II. Escuin Palop, Op. Cit., nota 218, pp. 149-151. Calonge Velázquez, en Manual de... Págs. 115-116. Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –la Administración está vinculada a la Ley y al Derecho, y ello tanto cuando emana normas jurídicas (reglamentarias), como cuando dicta resoluciones concretas, por más que éstas puedan tener su origen en potestades discrecionales. La Administración (...) no es un poder soberano, sino una organización subalterna al servicio de la comunidad, y por esta simplísima e incontestable razón no puede pretender aportar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general del Derecho en la materia de que se trate. La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ello la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración. No tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al ordenamiento jurídico, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 466. (1997)

627 Señalan García De Enterría; Fernández Rodríguez que el –control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste (...) en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo

plejidad y las dificultades que encuentra para dar cabida a los distintos modos de actuación administrativa,[628] continua siendo ésta una institución clave del Derecho administrativo,[629] que deberemos examinar, en consecuencia, con el debido detenimiento.

1. DEFINICIÓN

El estudio del acto administrativo debe comenzar, obviamente, con su definición. Cuestión en absoluta fácil, pues es la de acto administrativo una noción que se ha caracterizado desde siempre, y se sigue caracterizando, por su complejidad y por las dificultades que ofrece su delimitación.[630]

No obstante, en el Derecho de Nicaragua la cuestión se ve facilitada notablemente, dado que dicha figura aparece definida expresamente el art. 2. 1 LJ, que establece que acto administrativo es –la declaración o manifestación de voluntad, juicio o conocimiento expresada en forma verbal o escrita o por cualquier otro medio que, con carácter general o particular, emitieren los órga-

---

criterio. Si así fuese, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 466. (1997)

628 En tal sentido Santamaría Pastor, que considera que –la noción de acto administrativo es, hoy inadecuada para dar cabida a todo el conjunto de la actividad administrativa, y que la doctrina habrá de plantearse la necesidad, más pronto o más tarde de sustituirla por un nuevo arsenal conceptual–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 131.

629 Apunta, al respecto Brewer-Carías que el –acto administrativo, así, sin duda, es la noción más importante del derecho administrativo; es más, sin acto administrativo éste, simplemente, no existiría ni tendría razón de ser. Por ello, podemos decir sin temor a equivocarnos que todo el derecho administrativo gira en torno a este concepto fundamental; y podemos decir, además, que el derecho administrativo, como el derecho que regula la actividad administrativa, siempre se traduce o tiene como presupuesto un acto administrativo–. Brewer-Carías, Allan Randolph, –Sobre la importancia para el Derecho administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA, 1997, p. 22.

630 Considera Santamaría Pastor que el –concepto de acto administrativo posee (...) un grado de indeterminación realmente inquietante. Sus causas pueden reducirse a dos: de una parte, la disparidad teórica: el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo de los pocos más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales, difícilmente conciliables entre sí; y, de otra, la impresionante variedad de las actividades que la Administración lleva a cabo, que hace muy difícil la construcción de esquemas doctrinales unitarios–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 127.

nos de la Administración Pública y que produjere o pudiere producir efectos jurídicos–.

Se trata de una definición clásica, que coincide en lo esencial con una definición de Zanobini, muy difundida, y aceptada por un sector muy amplio de la doctrina.[631]

Si bien no era la única solución posible, pues hay otra línea doctrinal, también con bastante arraigo en la doctrina actual, que considera como actos administrativos únicamente aquellos que pueden ser susceptibles de impugnación separada, lo que comprendería tan sólo las resoluciones definitivas y aquellos otros actos, que sin ser resoluciones propiamente dichas, se equiparan a éstas.[632]

---

631 En tal sentido Garrido Falla, que acepta expresamente esta tesis y señala que la –noción de acto administrativo no debe reservarse (...) para los que consisten en declaraciones de voluntad. Estos actos constituyen, sin duda alguna, la más importante especie de actos administrativos, pero no los agota. (...) conviene acoger también dentro de una definición ciertas declaraciones de juicio, conocimiento y deseo, realizadas por la Administración y que tienen efectos jurídicos–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, p. 384. También García De Enterría y Fernández Rodríguez, que entienden que acto –administrativo sería (...) la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 536. (1997)

En la misma línea, con alguna matización, Baez Martínez, que considera que el –acto administrativo es una declaración de voluntad, conocimiento y juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva que constituye una decisión ejecutoria, emanada de un sujeto, la Administración Pública, en ejercicio de una potestad administrativa y que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva, cuya finalidad es la satisfacción del interés general–. Baez Martínez, Op. Cit., nota 379, pp. 262-263. También admite esta forma de definición Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, pp. 227-229. Serra Rojas, Op. Cit., nota 160, pp. 230-231. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1440. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 183-184. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 202.

632 Parada Vázquez, Op. Cit., nota 240, pp. 92-93. Por su parte, González Navarro considera que –hay que someter a la unidad jurídica de que estoy hablando –acto administrativo- a una cura de "adelgazamiento", a fin de hacerle eliminar esas adisposidades que la hacen irreconocible y entorpecen, además, sus movimientos. En este sentido, coincido con la opinión de aquellos que (...) vienen postulando la necesidad de recobrar nuestra propia tradición (...), que identificando acto administrativo con declaración de voluntad rechazan que un informe o que la respuesta de la Administración o una consulta del administrado puedan calificarse de acto administrativo–. González Navarro, Op. Cit., nota 448, p. 411. En esta línea, también, García Pérez, que considera que sólo son actos administrativos las decisiones, lo –que excluye a los actos de deseo, conocimiento o juicio, por entender que estos últimos son actos de trámite (...) y actos de la Administración de de-

Dejando de lado esta posición, que no ha sido admitida, como dijimos, en el Derecho de Nicaragua, debemos volver a la definición consagrada en la LJ, que analizaremos con un cierto detalle.

A. El acto administrativo como declaración. Exclusión de la actividad material de la Administración del concepto de ésta. La inactividad material de la Administración y las vías de hecho

Hay que destacar que el acto administrativo es una –declaración o manifestación–. Con ello se pone de manifiesto que no está comprendida dentro de nuestro concepto las actividades materiales de la Administración634.[633]

El acto administrativo forma parte de lo que podemos denominar como actividad jurídica de la Administración, constituyendo en último término una simple declaración o manifestación productora de efectos jurídicos. De esta forma, es un producto jurídico que viene a alterar la realidad jurídica existente creando, modificando o alterando relaciones jurídicas.

Nótese que el acto administrativo no entra por sí mismo en el terreno de los hechos, de la realidad fáctica, sino que se queda en el ámbito de lo puramente jurídico. Ahora bien, esto no basta a la Administración para desarrollar sus

---

recho privado no sometidos al Derecho administrativo–. –Otra cosa es que, en ocasiones excepcionales, los actos de trámite sean recurribles, porque producen efectos idénticos a los de las "decisiones" o inciden negativamente en la esfera jurídica de los interesados–. García Pérez, en Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), Derecho administrativo español, México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 164. Gallego Anabitarte y De Marcos Fernández consideran que el –acto administrativo es la resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto–. –Como se observa, de esta definición desaparecen todas las actuaciones administrativas que no resuelven sino que certifican, informan o proponen–. Gallego Anabitarte y De Marcos Fernández, Derecho Administrativo I. Materiales, 2a. impresión, Madrid, 1990, p. 313. Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden que acto administrativo es el –ejercicio singular de potestad en aplicación del Ordenamiento jurídico, por parte de un órgano de la Administración, dentro de la esfera de sus competencias, por el que se crea, extingue, modifica o tutela una situación jurídica individualizada–. Esto –elimina del concepto de acto (...) las llamadas (...) declaraciones de conocimiento de juicio o de deseo, así como los denominados actos de trámite–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, pp. 60 y 70-71.

633 Serra Rojas, Op. Cit., Nota 160, P. 231. González Pérez, Op. Cit., Nota 373, Pp. 1438-1439. García De Enterría y Fernández Rodríguez: Op. Cit., nota 113, pp. 536-537 (1997). García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 164. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 203.Señala Delpiazzo que –se trata de un acto jurídico, a diferencia de un mero hecho (acontecimiento de la naturaleza o comportamiento material) ya que el acto administrativo implica una exteriorización intelectiva proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigido a la mente del o de los destinatarios del acto–. Delpiazzo, Op. Cit., nota 375, p. 711.

funciones, pues deberá realizar la actividad necesaria para que esa realidad jurídica sea llevada al terreno de los hechos, a esta acción es a lo que denominamos actividad material de la Administración.

A dicha actividad se refirió ya, en su momento, Duguit, caracterizándola como –una serie de operaciones que tienen incontestablemente carácter administrativo, pero que no tienen carácter jurídico, y por esta razón se llaman operaciones materiales administrativas–.[634] Este bloque de actividad es, en realidad, el más importante de la acción administrativa, tanto desde el punto de vista cuantitativo (es la más voluminosa); como cualitativo (en realidad, el resto de la actividad pública está subordinada a la consecución de ésta).[635]

Este conjunto de actividades materiales es lo que constituyen lo que denominamos servicios públicos. Desde las enseñanzas de Duguit sabemos, además, que son la función más importante que realiza la Administración, pues la labor de ésta no es otra en definitiva que el servicio al ciudadano, proporcionándole aquello que necesita. Lo relevante es que las calles estén limpias, que los coches circulen cumpliendo las normas de tráfico, que los medios de transporte público circulen a sus horas, que los médicos atiendan correctamente a sus pacientes en los hospitales públicos, etc. Todo ello es actividad material de la Administración, que requiere obviamente que se dicten actos administrativos, pero éstos no son más que un medio para lograr que la actividad material se realice.

Antes de continuar adelante debemos realizar alguna precisión más. Debe tenerse en cuenta que el acto administrativo altera la realidad jurídica, mientras que la actividad material no lo hace, pues sus efectos se limitan al ámbito de los hechos. El acto administrativo que concede una autorización, que impone una sanción, que declara la responsabilidad de la Administración, vienen a modificar la realidad jurídica existente. La actividad material no lo hace. Así, cuando el medico examina al paciente o el profesor de una Universidad pública da una clase no altera la realidad jurídica. Sin perjuicio, obviamente, de que la alteración fáctica que la actividad material implica pueda producir indirectamente efectos jurídicos. Por ejemplo, si el médico actúa erróneamente, causando un daño al paciente, estaría generando responsabilidad administrativa de la Administración, que vendría obligada a indemnizar el daño causado.[636]

634 Duguit, Op. Cit., nota 121, p. 101.

635 Gómez Puente, La inactividad de la Administración, Navarra, Aranzadi, 2a. ed., 2000, p. 62.

636 Por ello, señala Acosta Romero que por –operación material entendemos la realización de hechos que modifican o cambian la estructura del ser natural y que no tienen directamente consecuencias de Derecho, aunque en forma indirecta pueden ser efectos o causas de ellas–. Acosta Romero, Miguel, Op. Cit., nota 76, p. 347.

Cosa distinta es, no obstante, que la actividad material de la Administración no esté vinculada al Derecho, que lo está, por supuesto. En primer lugar, porque se rige por él. El profesor de una Universidad pública o el médico de un hospital público es un funcionario público cuya actividad está regida por el Derecho; la actividad inspectora se desarrolla dentro de los requisitos y con los procedimientos que el Derecho establece, etc.

Es más, la actividad material de la Administración nunca puede desarrollarse sin un sustento jurídico que permita su realización. Cuando así ocurre se produce lo que el ordenamiento jurídico denomina vía de hecho, esto es, la actividad realizada sin la oportuna cobertura jurídica que la justifique.[637] A ella se refiere el art. 2. 20 LJ, como –la actuación o ejecución real de la Administración que no tuviere cobertura formal ni acto administrativo previo que la respalde y justifique–.

Debiéndose entender comprendida dentro de este supuesto no sólo aquellos casos en que falte totalmente dicha cobertura legal, sino también aquellos casos en que, aun existiendo ésta, es insuficiente para cubrir la actuación de la Administración, pues ésta excede de los límites de la misma.[638]

Es importante retener la idea, pues si sufrimos una vía de hecho estamos siendo objeto de una acción ilegal contra la que podemos reaccionar jurídicamente, pero no de la misma forma que podemos hacerlo contra un acto administrativo.

Así, en primer lugar, pediremos cosa distinta. Cuando impugnamos un acto administrativo siempre deberemos solicitar su anulación. Ello es así porque el acto administrativo es una simple declaración, sin realidad fáctica, por ello lo que queremos es acabar con esa declaración.

Sin embargo, cuando sufrimos una vía de hecho, recibimos no una declaración en nuestra contra, sino una actividad fáctica que nos perjudica, sin que haya declaración que la justifique. En estos casos no se puede pedir la anulación de un acto que no existe, sino únicamente que cese esa actividad material ilegal.

---

637 Garrido Falla apunta que vía de hecho es –toda actuación material de la Administración Pública carente de un Título jurídico que la justifique–. Garrido Falla, Francisco, –Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en España–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 119. Santamaría Pastor señala que hay vía de hecho en –todos aquellos casos en que la Administración lleva a cabo una actuación material sin el soporte de un acto administrativo previo del que sea ejecución–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 670.

638 Pera Verdaguer, Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo, 7a. ed., Barcelona, Editorial Bosch, 2004, p. 268.

Así lo establece el art. 38 LJ que declara que en –caso de vías de hecho, el interesado podrá solicitar a la Administración el cese de la actuación–.

En segundo lugar, nótese que, como veremos, cuando impugnamos un acto administrativo interponemos un recurso contra ese acto, para solicitar su anulación. En el caso de una vía de hecho lo que presentamos es una solicitud a la Administración para que cese esa actuación (lo que no es en puridad un recurso administrativo).[639]

Esa solicitud es, no obstante, necesaria para reaccionar contra esa actuación, sin ella no podemos acudir a los órganos judiciales en tutela de nuestro derecho. Así se infiere claramente del art. 38 LJ, que establece:

> si esta solicitud no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a su presentación, el interesado podrá acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa para que la actuación sea declarada contraria a derecho, se ordene el cese de dicha actuación y se adopten, en su caso, las medidas necesarias para restablecer la legalidad.

Cuestión problemática, en cuanto ha suscitado tradicionalmente grandes problemas prácticos, es el de la falta de desarrollo por parte de la Administración de la actividad material a la que está obligada, esto es, la inactividad material de la Administración.[640]

El problema que suscitaba este tipo de supuestos era que el ciudadano se veía incapaz de defender su derecho ante la Administración, dado que los mecanismos tradicionales de impugnación, como en su momento veremos, funcionaban como elementos revisores de la actividad jurídica (actos administrativos, reglamentos). Esto dejaba fuera de esa tutela los supuestos de inactividad material de la Administración, en los que no demandaba de la Administración una declaración, pues el ciudadano ya tenía declarado formalmente su derecho, sino la ejecución material o real de lo que pretendía.

Nótese que el recurso contra la inactividad de la Administración opera en supuestos en que existe una obligación de actuar concreta por parte de la Administración, esto es, existe una relación jurídica obligacional entre ésta y

639 De Asís Roig, –Los recursos administrativos–, en Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), La Administración Pública Española, Madrid, INAP, 2002, p. 635.

640 Pera Verdaguer señala que la inactividad de la Administración –supone la ausencia u omisión de una actuación material que no comprende el dictado de actos o resoluciones, subclasificándolos en inactividad prestacional, omisión de una prestación legalmente debida, dirigida a proporcionar bienes o servicios de los ciudadanos; e inactividad inercial o resistencial, o inejecución de un acto administrativo previo o de una sentencia condenatoria que obliga a la Administración a un "hacer" o "dar"–. Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 327.

el administrado, en virtud de la cual la primera está jurídicamente obligada a cumplir una concreta prestación a favor del segundo.[641]

El ciudadano se veía, en estos casos, privado de la necesaria protección jurídica, pues no tenía acto administrativo que impugnar. Debe señalarse, no obstante, que la doctrina no se ha pronunciado de forma unánime al respecto. Así algunos autores defienden que esta indefensión era más teórica que real, pues el ciudadano podía obtener esa protección mediante la transformación de esa inactividad material en una actividad formal, presentando una solicitud a la Administración, que una vez desestimada por silencio administrativo, le permitía acudir a la vía judicial.[642] Mientras que otros consideran que esa vía indirecta para llegar hasta los tribunales, mediante la creación de un acto presunto, no ofrecía auténtica tutela judicial, pues, por un lado, no daba respuesta a las cuestiones que demandaban una rápida resolución y, por otro, no

641 Apunta Brewer-Carías que el –recurso contra las conductas omisivas de la Administración, tiene su fundamento, por una parte, en el incumplimiento por parte de la Administración de una obligación legal concreta de decidir o cumplir determinados actos, y por la otra, en el derecho de un sujeto de derecho a que la Administración cumpla los actos a que está obligada. Por tanto, a la base de este recursos está una relación jurídica (deber-poder) específica, que se concreta también en una obligación también específica de la Administración de actuar, frente a una situación jurídica, asimismo específica de poder de un sujeto de derecho, que se configura como un derecho subjetivo de orden administrativo a la actuación administrativa. No se trata, consecuentemente, de la obligación general de la Administración a dar oportuna respuesta a las peticiones de particulares, ni del derecho también genérico de éstos a obtener oportuna respuesta a sus peticiones presentadas por ante la Administración (...). Se trata, en cambio, de una relación obligación- derecho establecida entre la Administración y un particular, a una actuación administrativa determinada–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 116.

642 En tal sentido, Parada Vázquez señala que –el particular no estaba inerme, pues podía dirigirse a ella (se refiere a la Administración) y esperar a que por el transcurso del plazo del silencio se entendiera desestimada su petición, para después acudir a la vía judicial, pidiendo la anulación de la desestimación presunta y la condena de la Administración a satisfacer la prestación solicitada–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 747. También en esta línea Garrido Falla, que considera que la actividad material de la Administración es –un problema que (...) es más ficticio que real. Ni los ejemplos que Nieto señalaba, ni los que aduce 25 años después (...) son convincentes en el sentido de que el particular quede inerme ante tales supuestos de inactividad. En cualquiera de tales casos la solución es obvia empleando las propias fórmulas de fiscalización que la vigente Ley de lo Contencioso-Administrativo establece, a saber: solicitar de la Administración la actuación que se pretende y, una vez producido en acto presunto o el silencio administrativo desestimatorio, recurrir contra la desestimación tácita. Es decir, se trata simplemente de convertir la inactividad material en inactividad formal–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 515, p. 123.

hay sentido en forzar un procedimiento declarativo cuando ya se ha reconocido la obligación de la Administración de realizar una prestación.[643]

En la legislación actual, sin embargo, se ha solventado este problema, estableciendo mecanismos ad hoc de tutela contra la inactividad de la Administración. Más concretamente, se pueden distinguir dos grandes supuestos.

El primero de ellos viene a dar respuesta a aquellos casos en que la Administración pública no realiza la prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, a las que está obligada en virtud de una disposición general (comprendiendo tanto las leyes formales como los reglamentos)[644] que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo.

En tal caso, los administrados deberán reclamar previamente a la Administración el cumplimiento de esa obligación. La Administración tendrá un plazo de cuarenta y cinco días para llegar a un acuerdo con los interesados, transcurrido dicho plazo los interesados podrán ejercer la acción contencioso- administrativa contra la inactividad administrativa demandando a la Administración el cumplimiento de sus obligaciones en los términos establecidos (art. 37 LJ). Nótese que, como en el caso de las vías de hecho previamente examinado, no se trata de interponer un recurso administrativo, sino de la interposición de una reclamación a la Administración.

El segundo supuesto se enfrenta a la situación que se produce cuando la Administración no ejecuta sus resoluciones firmes, en cuyo caso los administrados deben solicitar su ejecución y si ésta no se produce en el plazo de treinta días desde que se hubiere formulado la petición, podrán acudir a la vía contencioso-administrativa para su pronta ejecución, sin perjuicio de las

643 En tal sentido, Brewer-Carías, que considera que –la figura del silencio administrativo negativo es inefectiva como protección de los derechos de los particulares, en los casos de inacción primaria de la Administración–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, p. 118. También González Pérez, que considera que la posibilidad de forzar un acto por silencio administrativo –no permite una eficaz tutela jurisdiccional efectiva. Aparte de que existen pretensiones urgentísimas que resulta poco menos que imposible hacer efectivamente por la vía procesal, por sumario que sea el proceso (como una operación quirúrgica urgente, servicio de extinción de incendios...), por las siguientes razones:

- Que existen prestaciones que sin la urgencia de aquellas para las que nos resulta eficaz el proceso, requieren una rápida decisión, por lo que constituye un obstáculo a la vía administrativa previa.

- Que cuando ya se ha reconocido la obligación de realizar la prestación por acto ejecutivo, no tiene sentido tener que incoar un proceso de cognición o declarativo–. González Pérez, Manual de Derecho Procesal Administrativo, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 247.

644 Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 327.

responsabilidad e indemnizaciones a que hubiere lugar (art. 37 LJ). Supuesto al que equipara el art. 37 LJ la retardación del procedimiento administrativo.

Nótese que, con ello, se concede la posibilidad de exigir a la Administración que cese en su inejecución de ese acto firme, tanto si se trata de un acto del que se derivan derechos o situaciones favorables, como si se trata de imponer a un tercero un comportamiento de cese o abstención o de realización positiva.[645]

B. El acto administrativo es un acto dictado por un sujeto en el ejercicio de poder público

Otra característica esencial del acto administrativo es que emana de los órganos de la Administración Pública–. Esto supone que no constituye acto administrativo aquellas declaraciones que realiza el administrado, incluso aunque tengan relevancia administrativa.

Es frecuente que el administrado pueda realizar a lo largo de su relación con la Administración actuaciones que van a tener una considerable incidencia en el desarrollo de las tareas administrativas: la presentación de una solicitud para que se inicie un procedimiento, la interposición de un recurso, la solicitud de que se practique una prueba en el procedimiento administrativo, etc. En todos estos casos estamos ante declaraciones, pero no de la Administración, sino del administrado, por lo que no se trataría de actos administrativos, sino de simples actos del administrado.[646]

Conviene tener en cuenta esa diferenciación, pues no siendo actos administrativos, no podrán ser objeto, como es lógico, de impugnación ni en vía administrativa ni contencioso-administrativa. Así, si un ciudadano interpone una solicitud que pone en marcha un procedimiento administrativo o interpone recurso contra una resolución, y no estamos de acuerdo con esas actuaciones, no podremos recurrir la presentación de la solicitud o del recurso, sino que tan sólo podremos personarnos en el procedimiento administrativo o en el procedimiento de recurso y hacer valer nuestra posición en el mismo. Si llegado el momento se dictara una resolución en la que no estamos de acuerdo, podríamos recurrir esa resolución, porque ésta si que sería ya un acto administrativo, que podría ser objeto de impugnación.

La definición de la LJ no es, en cualquier caso, en este aspecto muy adecuada, pues tienen razón aquellos que señalan que el acto administrativo en ocasiones es fruto de la acción de otros poderes públicos y no de los –órganos de la Administración Pública–. La letra de la LJ dificulta, en consecuencia, el encaje en el concepto de los actos administrativos dictados por otros órganos

645 Ibídem, p. 329.

646 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 139. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 204. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p.538 (1997)

del Estado (poder judicial, legislativo, etc.) en el ejercicio de sus funciones materialmente administrativas. Dichos actos son materialmente administrativos y en virtud de lo establecido en el art. 2. 2 LJ quedan bajo el control de la jurisdicción contenciosa, por lo que se deben considerar auténticos actos administrativos y quedan sujetos al régimen jurídico de éstos.[647] Hay, no obstante, quien mantiene postura distinta a la aquí defendida negando el carácter administrativo de estos actos.[648]

A ello se debe añadir la existencia de supuestos en los que sujetos de naturaleza estrictamente privada, como un Colegio Profesional o un concesionario de servicio público dicta actos sujetos a Derecho administrativo e impugnables ante la Jurisdicción contenciosa. Aunque hay quien matiza que se trata de

647 En tal sentido, Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p.49. Parada Vázquez, Op. Cit., nota 147, p. 95. García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 165. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, pp. 140-143.

Señala González Navarro que –es patente que cada vez con más frecuencia, los actos unilaterales y no normativos de organizaciones administrativas de apoyo a otros poderes públicos – Administración judicial, Administración parlamentaria, etc.- se someten al derecho administrativo. De aquí que esa referencia a la Administración pública haya que corregirla y hablar, en términos más amplios, de poderes públicos–. González Navarro, Op. Cit., nota 448, p. 390.

648 Es la opinión de Bocanegra Sierra, que considera que los –actos administrativos sólo pueden ser dictados por una Administración Pública, lo que excluye la posibilidad de considerar actos administrativos (...) a los actos de entes públicos que no son Administración Pública (las Cortes o el Poder Judicial) (...), con independencia de que determinadas actuaciones de las Cortes o del Poder Judicial (los actos de pura gestión o de administración) puedan ser enjuiciadas por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa–. Bocanegra Sierra, Lecciones sobre el acto administrativo, 2a. ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pp. 70-71. También Entrena Cuesta, que considera que de –la misma forma que la exclusión del control jurisdiccional de un acto de la Administración sujeto a Derecho administrativo entendemos que no le priva de su carácter de acto administrativo, inversamente, el mero hecho del sometimiento a dicho control de un acto de los Poderes legislativo o judicial, tampoco le atribuye aquel carácter–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 203. En la misma línea, García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que el acto administrativo –sólo puede producirse por una Administración Pública en sentido formal y no por ningún órgano público que no esté integrado en una Administración como persona (judiciales, legislativos), sea cual sea la materia de tales actos–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 540-541 (1997)

actos administrativos tan sólo a efectos procesales,[649] parece que debe dárseles tal consideración a todos los efectos.[650]

Parece, por todo ello, que hubiera sido más acertado considerar que son actos administrativos los que se desarrollan por un sujeto que actúa en ejercicio de poder público.[651]

C. La declaración en la que consiste el acto administrativo puede ser de voluntad, de juicio o de conocimiento

Aunque lo más normal es que el acto administrativo sea una declaración de voluntad, el Derecho de Nicaragua también incluye dentro de dicho concepto otro tipo de declaraciones. Argumento que parece debe entenderse justificado en la capacidad de este tipo de declaraciones para producir efectos jurídicos.[652] Vamos a examinar brevemente cada una de ellas.

El término manifestación de voluntad, a nuestro juicio un poco arcaico, confunde más que aclara, pues da a entender que es aquel por el que la Administración manifiesta su voluntad, lo cual no es cierto. En realidad, por tal se entiende aquel por el que la Administración resuelve una cuestión jurídica, para lo cual en el momento presente no cabe duda que no declare su voluntad, sino que realiza una operación de aplicación del ordenamiento jurídico. Al resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico la denominamos resolución, que es el tipo de acto administrativo más relevante y característico.

---

649 En tal sentido Santamaría Pastor, que entiende que estos actos –no pueden ser calificados como actos administrativos en sentido estricto, por cuanto su producción no se somete en todo caso a las mismas reglas de fondo y de procedimiento que los actos provenientes de la Administración (...). Se trata de actos administrativos en el sentido puramente procesal del término, esto es, a los meros efectos de permitir su fiscalización en vía de recurso por la Administración concedente o de tutela (e incluso, posteriormente, por un Tribunal contencioso)–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p.140.

650 En tal sentido, señala Escuin Palop respecto a los actos dictados por sujetos privados en ejercicio de funciones administrativas que la –confirmación de la naturaleza administrativa de estos actos viene dada por la aplicación del Derecho Administrativo y por el sometimiento a la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa bien directamente o mediante el agotamiento de la vía administrativa previa–. Escuin Palop, Op. Cit., nota 218, p. 246.

651 Como sugieren Gallego Anabitarte y De Marcos Fernández, –no se habla de órgano administrativo sino de sujeto que ejerce poder público, con lo cual se incluyen tanto órganos constitucionales y órganos estatales que no son la Administración pública, como también corporaciones de Derecho Público (colegios profesionales, etc.), en incluso concesionarios, que tampoco son Administración pública en el sentido estricto, sino que ejercen poder público en virtud de ley o de acto estatal–. Gallego Anabitarte y De Marcos Fernández, Op. Cit., nota 510, p. 313.

652 Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 202.

Por declaración de juicio, se entiende aquella en virtud de la cual un órgano administrativo ofrece su opinión acerca de una determinada cuestión. El ejemplo más característico es la emisión de un informe.

Nos queda, por último, por examinar las declaraciones de conocimiento. En este caso nos encontramos con supuestos en los que la Administración exterioriza el saber que ostenta sobre una determinada cuestión (no ya como una simple opinión, sino como algo de lo que tiene certeza). El ejemplo por excelencia sería un certificado sobre cualquier dato que conste en los archivos administrativos.

No entendemos la razón por el que la normativa nicaragüense no reconoce como un supuesto de acto administrativo las declaraciones de deseo. Por tales debe entenderse aquellas en las que la Administración hace expresa cual es la solución que considera adecuada a un determinado asunto, manifestando así su opinión al respecto, por ejemplo, una propuesta.[653] En nuestra opinión, la falta de mención expresa no impide su carácter de acto administrativo a este tipo de declaraciones.

D. El acto administrativo es una declaración unilateral

Otra nota importante del acto administrativo es su unilateralidad. Existen divergencias doctrinales acerca de si el acto administrativo tiene o no necesariamente dicho carácter o, lo que es lo mismo, si los contratos y convenios administrativos quedan comprendidos dentro del mismo.

Hay una parte de la doctrina que considera que si están incluidos dentro del ámbito del acto administrativo. Bien porque consideran que el acto bilateral, y en contrato en particular, no contiene notas específicas que merezcan darle el tratamiento de categoría diferente;[654] o porque entienden que en los contratos administrativos se da un predominio de la voluntad unilateral de

653 Morell Ocaña nos ofrece también una definición de los distintos tipos de declaraciones en que pueden consistir los actos administrativos en los siguientes términos: –De voluntad: decisión dirigida directamente a constituir, modificar o extinguir unilateralmente una situación jurídica, activa o pasiva, de titularidad de la propia Administración, de otra, o de particulares. De conocimiento: declaración por la que la Administración exterioriza datos o realidades que ha constatado previamente, verificando la existencia de un hecho, un acto, o una cualidad de una persona o una cosa. De deseo: son declaraciones de una intención determinada, destinadas a provocar conductas o actitudes en otros sujetos. Ejemplos típicos puede ser la oferta de contratación o de distribución de subvenciones a quienes realicen determinadas conductas. De juicio: manifestación de una opinión en relación con un hecho, acto o cualidad de una persona o una cosa–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 190-191.

654 En tal sentido Cassagne, que considera que –las diferencias existentes entre los contratos y los actos unilaterales no justifican en el Derecho Administrativo la configuración de géneros diferentes pues, tal como acontece en el

la Administración, que determina que bajo la forma de un negocio jurídico bilateral se oculte, en realidad, un contrato por adhesión, que no justifica un tratamiento diferenciado de ambos conceptos.[655]

Mientras que para otros, sin embargo, debe de excluirse del concepto de acto administrativo aquellos actos que requieren de bilateralidad para su validez, como, por ejemplo, los contratos.[656]

Es esta última tesis la que mantenemos. Si bien eso no excluye del concepto a aquellos actos que alcanzan validez mediante la mera declaración unilateral de la Administración, pero su eficacia está subordinada a la aceptación por parte del interesado (como, por ejemplo, una concesión administrativa o una subvención).[657]

Derecho Privado, ambas categorías son especies del acto jurídico administrativo–. Cassagne, Op. Cit., nota 351, p. 53.

655 En tal sentido Canasi, que considera que se –observa en el acto administrativo una configuración unilateral o de predominio unilateral de la administración pública, y en ese sentido comprende también a los propios actos contractuales, ya que se observa que no obstante la bilateralidad de los contratos administrativos, la voluntad de la administración contratante es la que condiciona toda la relación jurídica, que se reduce, para el cocontratante, a aceptar las normas preexistentes del interés público que lo motiva. De allí que en todo contrato administrativo aparece en cierta forma, un acto administrativo condicionado por una situación legal preexistente, como en todo lo referente al pliego de condiciones que confecciona unilateralmente la administración y el cual debe someterse al contratante, como que es la ley de las partes. Se observa en el fondo el predominio del Estado, que no obstante su bilateralidad y el carácter conmutativo de él (...) se perfila la figura subyacente de un contrato de adhesión, o por adhesión–. Canasi, Derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1974, vol. III, p. 102.

656 García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 164. Señala Martín Mateo que los actos administrativos son de –carácter unilateral, distinguiéndose así los actos de los contratos; mientras que el acto es unilateral, el contrato necesita, por lo menos, dos voluntades en cuanto que implica su unificación conviniendo la realización de una conducta libremente acordada, por cada una de una de las partes. En el acto no tiene por qué darse necesariamente tal concurrencia de voluntades, pudiendo imponerse por la Administración, de acuerdo con la Ley, determinadas conductas a los particulares–. Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 229. Por su parte, Delgadillo señala que la –declaración de voluntad es unilateral, ya que por su naturaleza no requiere el acuerdo de otro sujeto, como sucede en los convenios y en los contratos. La expresión de la voluntad legal es suficiente para integrar el acto administrativo–. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 224.

657 García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 164.

E. El acto administrativo es una resolución que no innova el ordenamiento jurídico

Una última nota que se debe tener en cuenta para caracterizar el acto administrativo es que, como ya señalamos, es una realidad distinta al reglamento (art. 14 LJ) que, como también vimos en su momento, debe ser diferenciado del acto administrativo por su carácter normativo, que se traduce en su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico.

F. El acto administrativo es una declaración sujeta al Derecho administrativo

Sólo son actos administrativos aquellos actos jurídicos que la Administración dicta sujetos a Derecho administrativo, debiéndose excluir de tal concepto aquellos que se van a regir por el Derecho privado.[658]

Debe tenerse presente que, en ocasiones, cuando la Administración efectúa un negocio jurídico privado, dicta actos regulados por el Derecho administrativo para conseguir dicha finalidad. Estos actos, que son generalmente conocidos como actos separables, deberán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.[659]

G. Los actos administrativos producen efectos jurídicos

Todo acto administrativo es emitido con la finalidad de producir efectos directos en el mundo jurídico. De aquí se deriva la exclusión de dicho concepto de las meras declaraciones de intenciones u opiniones que realice la Administración, sean realizadas con una finalidad política o de cualquier otra índole.[660]

Tampoco forman parte de dicho concepto, por dicho motivo, aquellas manifestaciones que se realizan con el propósito de informar.[661]

---

658 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 204. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 516.

659 Señala Entrena Cuesta que –no pocas veces, al efectuar un negocio jurídico privado, la Administración dicta actos que, aunque apuntan a dicho objetivo, están regulados por el Derecho administrativo. Tales actos (...) son, obviamente, administrativos. Por ello, empleando una expresiva terminología felizmente acogida por nuestra jurisprudencia, la doctrina los califica de actos separables. En cuanto al impugnarlos, por su naturaleza, deben ser desgajados del negocio jurídico privado en que se integran, por tener competencia sobre ellos la jurisdicción contencioso- administrativa–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 204.

660 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 516.

661 Señala Sánchez Morón que no –son actos administrativos las comunicaciones informales y (normalmente) verbales que una Administración puede dirigir a alguna persona informándole o advirtiéndole de sus intenciones o de su previsible actuación en un asunto determinado o en todos aquellos en que concurran determinadas circunstancias, comunicaciones éstas cuya eficacia real puede ser incluso superior a la de un acto administrativo, en orden a confirmar o influir en la conducta de los interesados–. Ibídem. 528.

2. EL ACTO POLÍTICO Y SU CONTROL JUDICIAL

Debe distinguirse del concepto de acto administrativo el de acto político que, como inmediatamente vamos a ver, está dotado de un régimen jurídico diferente, en cuanto está sujeto a un distinto régimen de revisión.

El tema del control judicial de los actos políticos arrastra ya una considerable historia,[662] siempre polémica, que continúa, como no, vigente en el momento presente. Hoy, como siempre ha sido, y probablemente siempre será, sigue siendo ésta una materia muy controvertida y discutida.[663] Es, por ello, importante realizar una breve reflexión sobre esta cuestión, pese a que haya sido muy tratada por la doctrina y la jurisprudencia, pues es una de esas materias que nunca quedan cerradas, y siempre plantean nuevos y sugerentes interrogantes.[664]

La doctrina de los actos políticos surge en la Francia del siglo XIX como una creación más del Consejo de Estado. Una –de las escasas máculas de su historia ejemplar–, según el autorizado juicio de García de Enterría y Fernández Rodríguez,[665] con la que quisieron hacerse perdonar su origen napoleónico en tiempos de la restauración borbónica, a fin de lograr su pervivencia.[666]

Con dicha doctrina se trataba de dar un margen de protección al ejecutivo contra el Juez. Esto no era preciso en un primer momento, pues la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión dejaba los primeros, entre los que se encontraban los actos políticos, al margen del control judicial; pero si

662 Señala Sain Arnaiz, que –el acto político acompaña al Estado constitucional desde su nacimiento y ha evolucionado con el mismo de acuerdo con la interpretación judicial de su extensión y límites–. Sain Arnaiz, –Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, en Revista de Administración Pública, número 134, mayo-agosto, 1994, p. 226.

663 Como señala López Menudo, el –concepto de "acto político" conlleva ya la controversia en su propia formulación terminológica y nada de cuanto de él se diga está exento de riesgos–. López Menudo, –El control judicial de la Administración en la Constitución española–, en Hinojosa Martínez Y González-Deleito Domínguez (coord.), Discrecionalidad administrativa y control judicial, Madrid, Civitas, 1996, p. 42.

664 Hay, por ello, quien sugiere que sería más apropiado que hablar de la teoría del acto político, hacerlo de las teorías del acto político. García Llovet, –Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas–, en Revista Española de Derecho Constitucional, número 36, septiembre de 1992, p. 281.

665 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 566 (1997)

666 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 97. Véase también al respecto, Carro Y Fernández-Valmayor, –La doctrina de los actos políticos–, en Revista de Administración Pública, número 53, mayo-agosto de 1967, pp. 75 y sigs.

posteriormente, al derrumbarse esta tesis, y quedar todo acto de la autoridad pública sujeto a control judicial.[667]

Esta teoría ha sido objeto, con el paso del tiempo, de serias reformulaciones y reducciones, tendentes a incrementar cada vez en mayor medida el control judicial de este tipo de actuaciones, pero sigue estando presente.

La ofensiva contra el acto político ha llegado a manifestarse hasta en un plano lingüístico, pues se ha hecho evidente una cierta aversión al término, que ha llevado a algunos a sugerir la utilización de un término alternativo, que no encuentre tanta animadversión a su paso, como por ejemplo el de –acto constitucional–.[668] También se ha admitido la utilización de la expresión acto de Gobierno, pero no la de acto del Gobierno, pues esta última induce a error, pues no sólo el Gobierno puede dictar este tipo de actos.[669]

En nuestra opinión, no hay, sin embargo, obstáculo para seguir hablando de acto político, término de rancia y respetable raigambre que no adolece de defecto alguno que demande su eliminación.[670]

Los fundamentos de la doctrina que nos ocupa deben buscarse en el hecho de que la actividad realizada por el Gobierno no tiene un carácter uniforme, sino que asume diferentes rasgos según actué en cumplimiento de funciones políticas o administrativas. Lo que permite afirmar que en ocasiones el Gobierno opera como un órgano político, dictando actos políticos; y en otras actúa administrativamente, generando actos administrativos.

Los actos políticos son, así, fruto del ejercicio de la función política, mientras que los actos administrativos nacen de la puesta en práctica de función

667 En tal sentido, señala Boquera Oliver que –el acto político nace en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para evitar que alcance sus últimas consecuencias la desaparición de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Mientras se mantiene esta distinción –escribe Duez– la noción de acto de gobierno es inútil. Los actos de gobierno no pueden ser más que una variedad de actos de autoridad, y los Tribunales son incompetentes para conocer de todos los actos de autoridad. Pero el día en que se afirma que todo acto de la autoridad pública es susceptible de provocar responsabilidad del Estado si lesiona ilícitamente derechos de los particulares –continúa Duez– el acto de gobierno puede ser útil para proteger al ejecutivo contra el juez–. Boquera Oliver, –La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa–, en Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas, Madrid, IEP, 1961, t. III, p. 197.

668 García Fernández, –La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Constitución–, en Pendás García (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático, Barcelona, Praxis, 1999, p. 41.

669 Embid Irujo, –La justiciabilidad de los actos de Gobierno–, en Documentación Administrativa, número 220, octubre-diciembre de 1989, p. 42.

670 Ibídem, p. 42.

administrativa. Téngase en cuenta que, aunque hubo, y hay, un sector de la doctrina que mantuvo tesis contraria,[671] el acto político es sustancialmente distinto de los actos administrativos, no pudiendo ser englobado dentro de los actos discrecionales.[672]

La distinción, lejos de ser anecdótica, tiene una relevancia considerable, determinando que el régimen de una y otra varíen considerablemente. Pues la primera, al ser actividad política, implica necesariamente un margen de opción dentro del marco fijado por el orden jurídico; mientras que la segunda constituye una labor de aplicación del ordenamiento jurídico, por lo que la capacidad de opción se encuentra más limitada, sin perjuicio de la posibilidad de que exista un margen de discrecionalidad administrativa.[673]

---

671 En tal sentido Guaita, que considera que la –calificación como político de un acto apenas si tiene trascendencia a efectos del régimen jurídico que lo disciplina, un acto político puede ser encuadrado en el Derecho Internacional (tratado), o constitucional (decreto-ley) o administrativo; en otras palabras: no todos los actos políticos son ajenos al Derecho administrativo (...). El acto político se caracteriza justamente, contra lo que dice la Ley, por su "grado máximo de discrecionalidad", por el amplio poder de arbitrio que la norma confiere a quien puede dictarlo, por el decisionismo y libertad creadora que comporta: es esta razón la que los hace infiscalizables por un tribunal que ha de revisar precisamente la juricidad de los actos y no su oportunidad–. Guaita, –Actos políticos y Justicia Administrativa–, en Estudios Jurídicos y Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp. 914-915. En la actualidad esta tesis ha sido, en parte, mantenida por Jordana Fraga, que considera que –los actos "políticos" como categoría autónoma de exclusión de control jurisdiccional fuera del estricto campo orgánico de relaciones con otros poderes y siempre que no se vean afectados derechos fundamentales han de estimarse extinguidos–. Debiéndose entender, en su opinión, que fuera de estos supuestos pueden constituir, como mucho, actos discrecionales. Jordana Fraga, –¿Jaque mate al acto político?–, en Revista Española de Derecho Administrativo, número 95, julio-septiembre de 1997, pp. 444-445.

672 Como señala Martín Rebollo, la cuestión de los actos políticos –nada tiene que ver con el control de la actividad discrecional de la Administración que, desde 1956, es también controlable–. Martín Rebollo, Leyes Administrativas, 10a. ed., Aranzadi, 2004, p. 1213. En el mismo sentido, García Fernández, Op. Cit., nota 546, p. 43.

673 Señala Serra Rojas al respecto que la –función política implica una libre iniciativa para actuar dentro del orden jurídico, en tanto que la función administrativa establece su relación directa y necesaria con la ley de la cual deriva su actuación el funcionario. No es lo mismo considerar un problema políticamente en su conjunto, en su unidad, en una acción general, que un problema administrativo que permite su concertación o particularización. El funcionario actúa políticamente en uso de una facultad discrecional encaminada al aseguramiento del interés general. La acción administrativa se encamina a la atención de los servicios públicos o satisfacción de las necesidades públicas–. Serra Rojas, Op. Cit., nota 160, p. 64.

De lo que se deriva, a su vez, la distinción entre un grupo de actividad que es susceptible de control jurídico, y otra que, en cuanto supone la adopción de decisiones política en base a criterios no jurídicos, sino de oportunidad, sólo puede generar responsabilidad política y no jurídica.[674]

Desde dicho fundamento se acuñó en el Derecho positivo la regla de la no sujeción de los actos políticos al control judicial de la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta teoría de los actos políticos, sin embargo, en cuanto comportaba una limitación del control jurisdiccional de los poderes públicos, fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina, que demandaba su desaparición.[675]

Si bien hay también quien ha atacado dicha perspectiva, considerando que tan radical crítica es fruto del equívoco tratamiento del tema por parte de los administrativistas, que ven en el acto político el último reducto a superar en su vieja lucha contra la discrecionalidad. Sin darse cuenta, siempre según la opinión de esta parte de la doctrina, que los actos políticos no son actos discrecionales, sino actos dictados dentro del indiscutible margen de elección política del que están dotados los miembros del Gobierno. Dichos actos, añaden, no estarían al margen de todo control, pues las Cortes Generales pueden exigir responsabilidad política por los mismos y, además, en ocasiones están sujetos a control judicial en sede constitucional.[676]

---

674 Ruiz Risueño, El proceso contencioso administrativo, 3a. ed., Madrid, Colex, 1999, pp. 127-137. Santaolalla López, en Fernández Carnicero (coord.), Comentarios a la Ley del Gobierno, Madrid, INAP, 2002, pp. 379-382.

675 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que la –doctrina del acto político, (...) es hoy inútil; en su acepción histórica genuina está hoy superada y aun contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de los actos de relaciones internacionales o de relaciones con las Cortes, la doctrina resulta innecesaria. El artículo 2. b LJ debe, pues, considerarse derogado a partir de la entrada en vigor del nuevo texto constitucional y ser eliminado, en consecuencia, de la LJ en la próxima revisión de la misma, a fin de evitar equívocos que, según demuestra la historia, pueden resultar gravemente dañosos–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 569 (1997)

676 En tal sentido García Fernández, que señala que la larga polémica que ha suscitado esta materia –se origina por haberse enfocado el tema de los actos políticos desde una perspectiva inadecuada o, al menos, insuficiente. En España esta perspectiva ha sido la del Derecho administrativo y no la del Derecho constitucional y por ello se han utilizado conceptos, enfoques y hasta terminología conectadas a la experiencia procesal-administrativa ex artículo 2. b de la Ley jurisdiccional de 1956. Los administrativistas, que se enfrentaban a la dicotomía actos reglados/actos discrecionales sobre la que se levantaba el acceso a la jurisdicción contencioso- administrativa en la Ley Santamaría de Paredes (y sucesivas reformas hasta 1956) encontraron que, por fin, los actos discrecionales eran enjuiciables salvo un último reducto que eran los actos políticos del Gobierno conforme a dicho artículo 2. b). Por

La doctrina de los actos políticos carece en Nicaragua de tradición. En opinión de Flavio Escorcia, no se puede considerar que la idea de acto político opere como una categoría autónoma, sino que, desde los fundamentos del ordenamiento jurídico nicaragüense, todos los actos que dicte una autoridad o funcionario público son enjuiciables por los tribunales, con independencia del tipo de acto de que se trate. A lo que añade que una solución diferente pugnaría con la idea de Estado Social de Derecho.[677]

De este modo, aunque se reconoce la existencia de una doble naturaleza, política y administrativa en la actuación del Gobierno, se considera que en los supuestos en que se pone en marcha esa función política el acto resultante es sustancialmente administrativo.

Así se puede deducir claramente de las palabras de Flavio Escorcia, que, tras enumerar toda una serie de supuestos en los que el Gobierno actúa como órgano político, señala que:

> en estos casos, el Ejecutivo o el Legislativo obran como órgano político, pues sólo en ese carácter puede intervenir en el funcionamiento y en la integración de los poderes públicos. Sin embargo, los actos que así ejecuta son sustancial-

---

consiguiente, a pesar de que la categoría de acto político fue poco a poco redimensionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para acomodarse a los principios de la Constitución de 1978, se mantuvo tanto la desconfianza hacia el acto político como la búsqueda de técnicas para reducir la discrecionalidad–. –Por eso, repito, la polémica sobre los actos políticos está viciada porque todos los administrativistas han visto en el Gobierno el órgano que dirige la Administración, Administración que produce actos reglados o actos discrecionales pero siempre "actos administrativos" sometidos a Derecho administrativo–. Sin embargo, el acto político –no es un acto administrativo discrecional, y a veces con presunción de haber excedido el principio de legalidad de la Administración, ni está sometido al Derecho administrativo. Es un acto de un órgano constitucional que no se limita a ejecutar la Ley sino que actúa con respetabilísimos criterios políticos, eligiendo entre las diversas opciones materiales que se le presentan y procurando además ser fiel al programa de gobierno cuyo Presidente desplegó ante el Congreso de los Diputados para obtener la investidura de esta Cámara–. García Fernández, Op. Cit., nota 546, pp. 42-43.

677 Concretamente, señala Flavio Escorcia que en –Nicaragua la noción de acto político o de gobierno, no se ha manejado como una categoría especial de actos que quedan excluidos del control jurisdiccional. La jurisdicción al ser un medio que tiende a mantener la supremacía de la Constitución Política, conoce del acto que dicte cualquier autoridad o funcionario público, pudiendo en consecuencia conocer de este tipo de acto. La misma idea de acto político exento del control judicial, pugna con la idea del Estado Social de Derecho que proclama nuestra Constitución en su art. 130. El imperio de la ley implica que quienes gobiernan, administran, juzgan o legislan se encuentran sometidos no solamente a la ley, sino también al Derecho en general–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 71.

> mente administrativos y lo que les da un sello especial, es el elemento formal de emanar de un órgano político.[678]

No obstante, la doctrina del acto político cuenta en la actualidad con un claro reconocimiento en el art. 17. 1 LJ, según el cual:

> quedan excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso- administrativo los aspectos siguientes:
>
> 1. Aquellos actos susceptibles de Recurso de Inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Esta consagración del acto político se realiza, por tanto, en su sentido más tradicional, como una exclusión del control judicial de dichos actos, de tal forma que, con la ley nicaragüense en la mano, el juez, cuando se le plantee conocer de este tipo de actos, deberá declararse incompetente. Sin perjuicio de su capacidad para conocer de la responsabilidad patrimonial que pueda haber generado ese acto.[679]

Esta configuración del acto político es, en nuestra opinión, criticable, a la vez que, ciertamente, anticuada.

El primer aspecto que nos parece criticable es la concepción de FLAVIO ESCORCIA del acto político como un acto sustancialmente administrativo. En su opinión, el acto político cobra su sentido por el ente del que procede, no por su naturaleza. No podemos dejar de estar totalmente en desacuerdo.

En primer lugar, porque desde esta concepción se convertiría en una suerte de privilegio del Gobierno, cuando, en realidad, el acto político si pervive es no por la autoridad de la que procede, sino por su funcionalidad, es el fruto de la acción de gobierno que desarrolla el ejecutivo para desarrollar su programa político. Es, por tanto, parte imprescindible de la acción que, quien obtiene la confianza del pueblo en el proceso electoral, desarrolla para llevar a efecto el programa que se comprometió a poner en marcha entre los ciudadanos.

En tal ámbito, el Gobierno no aplica el ordenamiento jurídico, no es un mero acto de aplicación de una normativa previamente establecida; sino una acción de decisión, de adopción de una línea de actuación no predeterminada por el Derecho, sino simplemente enmarcada por él. En otras palabras, el Gobierno decide conforme a un criterio de oportunidad, y no jurídico, dentro del marco que proporciona el Derecho.

678 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, pp. 69-70.

679 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 71.

De ahí la razón de ser del acto político, cuya no existencia abriría la puerta al gobierno de los jueces, que podrían sustituir en sus sentencias las decisiones legítimamente adoptadas por el órgano elegido por el pueblo para gobernar.

En segundo lugar, una consideración formal es inviable desde el mismo momento en que se reconoce la existencia en la acción del Gobierno de una doble naturaleza, política y administrativa. Sentada esa distinción, es claro que el criterio de distinción es funcional y no formal. Pues, en caso contrario se extendería a toda la acción del Gobierno, tanto la política como la administrativa.

Inadecuada nos parece también el sistema de lista para determinar los supuestos que se engloban bajo la rubrica de actos políticos. En nuestra opinión, con esta solución se gana en realidad poca seguridad jurídica. Si se observa los supuestos recogidos en la legislación nicaragüense se puede inferir el porqué: se habla de las relaciones internacionales, la defensa del territorio y la soberanía. Son conceptos tan amplios que se requiere una clara determinación posterior. Como con clarividencia señala Flavio Escorcia deberá ser la doctrina y la jurisprudencia quienes tengan que precisar esos criterios.[680]

Como puede verse, poco se gana con una determinación que aclara muy poco, pues habrá que precisar en cada caso concreto si se está ante un acto político o no. Sin embargo, genera dos serios inconvenientes. En primer lugar, puede dejar fuera supuestos que deberían ir incluidos dentro del concepto de acto político. En segundo lugar, puede facilitar la exclusión de control judicial de actos de naturaleza claramente administrativa que, por vincularse a alguna de las materias excluidas, acabe beneficiándose de una excepción que debe aplicarse de forma estrictamente restrictiva.

La pregunta es, entonces, cual es el elemento que permite delimitar el acto político. Ciertamente, la identificación de dicho criterio no es sencilla. En un primer momento se barajó la utilización de un criterio teleológico para definir el acto político, de tal forma que se consideraba como tal aquel que se dictaba en atención a un móvil de carácter político. Dicha posición fue pronto descartada,[681] debiendo abandonarse, por tanto, el uso de ese factor para caracterizar la idea de acto político, atendiendo exclusivamente a la naturaleza de dicho acto.[682]

A partir de aquí, sin embargo, la precisión de que actos merecen el calificativo de políticos es difícil, pues existe sobre la materia una casuística abundante, compleja y, a veces, contradictoria.

---

680 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 71.

681 Véase al respecto, Tamer, Atos políticos e direitos sociais nas democracias, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 38.

682 En tal sentido Embid Irujo, que considera que debe –partirse de un principio. El examen de la naturaleza del acto enjuiciado despreciándose, por tanto, cualquier consideración en torno al móvil con que había sido producido–. Embid Irujo, Op. Cit., nota 547, p. 62.

En la actualidad, afirmado, como analizaremos, el control judicial de todos los actos emanados del Gobierno, independientemente de su naturaleza, lo relevante no es identificar un conjunto de actos que se califican como políticos, para excluirlos, por ello, del control judicial. Lo verdaderamente importante es descubrir cuando el ordenamiento jurídico ha querido que una determinada decisión se tome en base a criterios de oportunidad política, y no en base a criterios jurídicos. En la medida en que se de esa situación podremos hablar, en el sentido actual del término, de acto político. Como puede verse, esto hace imposible una identificación apriorística de dicho concepto, por lo que habrá que decidir tal calificación desde el examen del caso concreto.[683]

En realidad, un mismo acto puede ser político o no dependiendo de la configuración que le de el ordenamiento jurídico.

El mayor error de la regulación del acto político está, a nuestro juicio, en seguir el viejo sistema de exención total del control judicial. La existencia de un acto político no debe implicar que éste quede al margen del control de los tribunales, sino tan sólo la exclusión parcial de ese control estrictamente en su núcleo político.

Esto permite verificar el cumplimiento de las sujeciones a las que el ordenamiento jurídico vincula el poder de decisión política del Gobierno. Así, si el Derecho ordena al Gobierno que para tomar su decisión deba motivar ésta, seguir un procedimiento determinado, etc. (lo que se suele conocer como actos reglados) o si afecta a derechos fundamentales, los tribunales podrán fiscalizar dichos actos. Sin que, por ello, se cuestione el núcleo de decisión que corresponde al Gobierno.

Más precisamente, parece poco discutible que el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad demandan que todo acto político sea susceptible de control en tres aspectos: las indemnizaciones a que den lugar, sus elementos reglados y la posible afectación a derechos fundamentales. La jurisprudencia debe, por ello, en nuestra opinión, imponer la superior fuerza de estos principios constitucionales básicos, frente a la letra de la deficiente regulación contenida en la LJ, y fiscalizar los actos políticos desde estos tres criterios de referencia.

683 Esta es la opinión de Embid Irujo, que señala que no –pueden alcanzarse soluciones válidas con criterios apriorísticos positivos o negativos en relación al control de estos actos–. A lo que añade que –no es feliz un precepto (...) que intenta una enumeración ejemplificativa de los mismos–. Embid Irujo, Op. Cit., nota 547, p. 62. La misma opinión, Uriarte Torrealday, que destaca –la enorme dificultad que plantea no ya el establecimiento de un listado cerrado de los actos susceptibles de tal consideración, sino incluso la elaboración de un principio general en base al cual dicha catalogación pueda resultar inequívoca caso por caso–. Uriarte Torrealday, –La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos de gobierno no controlables judicialmente–, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 3, 1991, p. 213.

Podemos decir, por tanto, que no rige la doctrina del acto político como figura totalmente al margen de control judicial, que exija que los tribunales de lo contencioso se declaren incompetentes para su conocimiento. Hoy, en principio, todo acto del Gobierno, político o administrativo, queda bajo el control de la jurisdicción contenciosa. Si bien en el caso de los actos políticos con un alcance más limitado.

Es incuestionable que no hay actividad del Gobierno, política o administrativa, que quede íntegramente exenta de control judicial. Hay, ciertamente, alguna doctrina que considera que continuarán existiendo actos políticos que no serán susceptibles de control judicial en su totalidad, en cuanto no afecten a derechos fundamentales ni contengan elementos reglados.[684] Nos parece, sin embargo, improbable esa posibilidad, pues en todo acto siempre hay, aunque sea una nimia cuestión de procedimiento, algún elemento reglado.

Ahora bien, conviene aclarar que esta nueva configuración, en realidad, no produce más efecto que el de abrir mayores posibilidades al control judicial de dichos actos, que serán susceptibles de fiscalización en los tres aspectos mencionados. En nuestra opinión, debe seguirse hablando, por ello, de teoría de los actos políticos, aunque no, obviamente, con el sentido primigenio que tenía dicha figura. Pues lo cierto es que el acto político sigue siendo una figura distinta del acto administrativo, sujeto a un régimen diferente que este último.

Así, el acto administrativo es susceptible de control judicial pleno, sin perjuicio de la posible existencia de un margen de discrecionalidad administrativa, mientras que el acto político sólo lo será en los tres elementos previamente citados. Solución que en último término no hace más que reconocer que en los actos políticos sigue habiendo ámbitos que, en cuanto expresión de una voluntad política, y no de una aplicación jurídica del Derecho, no son susceptibles de control judicial.[685] Si bien debe considerarse, en todo caso, que esa

---

684 En tal sentido Pera Verdaguer, que considera que –quiérase o no, en la actuación de los órganos de gobierno, estatales o autonómicos, no dejarán de aflorar supuestos en los que los órganos jurisdiccionales deban carecer de competencia, a veces de un modo total, y en ocasiones parcialmente–. Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 53. En esta línea parece mantenerse también Parada Vázquez, que distingue dos grandes supuestos. Por un lado, actos políticos puros que, en cuanto no afectan a derechos fundamentales ni deben adecuarse a elementos reglados, no serán susceptibles de control judicial; de otro, actos cuasi-políticos, que serían aquellos que, en cuanto están limitados por alguna de las circunstancias anteriores, serán en dicha medida susceptibles de control judicial. Parada Vázquez, Op. Cit., nota 240, p. 99.

685 Señala García-Trevijano Garnica que este régimen –no significa que vaya a producirse una confusión de Poderes. La circunstancia de que pueda impugnarse cualquier decisión gubernamental no significa que los órganos jurisdiccionales puedan suplantar al Gobierno (o a los Consejos de Gobierno de la Comunidades Autónomas) en las funciones que constitucional o estatutariamente le vienen encomendadas–. De tal forma que la jurisdicción conten-

posibilidad de exención de control judicial de los actos políticos debe sujetarse a interpretación restrictiva.[686]

De los tres elementos susceptibles de control judicial, hay uno (determinación de las indemnizaciones que procedan) que no plantea mayores problemas. Supone, simplemente, que la responsabilidad patrimonial de la Administración no cuenta con inmunidad alguna por haber sido generada por un acto político.[687]

Para analizar el segundo elemento, la protección de los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta la exigencia de dar tutela judicial efectiva a los ciudadanos.

---

cioso- administrativa no puede entrar –en aspectos estrictamente políticos, que como tales no le corresponderá modificar o dejarlos sin efectos–. García-Trevijano Garnica, –Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa–, en Pendás García (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático, Barcelona, Praxis, 1999, p. 110. También en esta línea Boix Palop, que señala que el –reconocimiento en el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de la justiciabilidad de cualquier acto, al menos en lo referido a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, no deja de ser una necesaria concreción de las exigencias insitas en cualquier Estado de Derecho. Pero no permite avanzar demasiado en la cuestión esencial, que no es sino la determinación de cuál deba ser, en última instancia, el órgano encargado de decidir toda una serie de cuestiones. Porque es claro que en todo caso el Gobierno, se reconozca la naturaleza de acto político a algunas de sus actuaciones, con la consiguiente inmunidad jurisdiccional, o se considere por el contrario que cualquier actuación suya debe ser sometida a un análisis de legalidad, ha de ejercer funciones y adoptar decisiones cuyas causas últimas deben buscarse en motivos de oportunidad en los que de ninguna forma los órganos jurisdiccionales deberían sustituirle–. De tal forma que, la –categoría subsiste, pero se transforma de forma importante la consecuencia jurídica que lleva aparejada la identificación de un acto político: ésta deja de ser la necesaria declaración de incompetencia del órgano jurisdiccional para enjuiciar su adecuación a Derecho y pasa a ser la limitación de sus posibilidades en cuanto al análisis del contenido material del acto, que sí ha de ser realizado, pero de forma extraordinariamente cauta y respetuosa con un ámbito último de decisión que, indudablemente, corresponde al Gobierno–. Boix Palop, –Muerte y resurrección del acto de gobierno (A propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés)–, en Revista de Administración Pública, núm. 157, enero-abril de 2002, pp. 505-506.

686 Como señala González Pérez, –a fin de evitar la inmunidad por estas actividades, haya que forzar una interpretación extensiva. Y, por supuesto, reducir al mínimo el núcleo de actos del Gobierno que, por no estar sujetos a Derecho administrativo, quedan fuera del ámbito de este orden jurisdiccional–. González Pérez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa I, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 156.

687 Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 53.

A partir de aquí debe partirse de la distinción entre dos tipos de actos políticos. Por un lado, aquellos que afectan a derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos, que deberán ser objeto, obviamente, de control judicial, a fin de dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, los actos que no afectan a derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que tienen un carácter más abstracto y difuso, de tal forma que afectan a los derechos de los ciudadanos tan sólo de modo muy indirecto y que no tienen, por ello, que ser necesariamente objeto de control judicial por este aspecto,[688] sin perjuicio de lo que se dirá luego respecto a la posibilidad de concurrencia en los mismos de aspectos reglados.

Sin embargo, nosotros nos hemos referido no a derechos o intereses legítimos, sino que hemos hablado exclusivamente de la vulneración de un derecho fundamental.[689] Solución extensible, en opinión de alguna doctrina, a todos los derechos que cuentan con protección constitucional, sean o no fundamentales.[690]

Esta posición es criticada por una parte de la doctrina, que solicita que se incremente ese control también a los derechos subjetivos que no tengan el ca-

688 En tal sentido, señala Garrido Falla que es –el punto de vista del titular de derechos subjetivos o intereses legítimos violados por la actividad del Poder Ejecutivo el único que debe prevalecer a los efectos de la admisibilidad o no del recurso contencioso-administrativo: siempre que la actuación del Poder Ejecutivo (incluido el Gobierno que, claro está, constituye su cúpula) viole derechos o intereses legítimos, la garantía de la tutela judicial efectiva de los tribunales (es decir, del contencioso-administrativo) resulta ser una exigencia constitucional. Y en definitiva, esto es lo que ocurre con los actos de relación entre los Altos Organismos Constitucionales; así, cuando se envía un proyecto de ley a las Cortes, se disuelven las Cámaras o se convocan elecciones. El –interés difuso– que los ciudadanos puedan tener en que esto se haga o no se haga, no tiene la consecuencia jurídica, del derecho subjetivo ni del interés legítimo, ni a los efectos de su protección directa por los Tribunales ni siquiera en cuanto legitimación bastante para poner en acción a la justicia–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 515, pp. 118.

689 Como señala Fernández Valverde, –la alegación, como causa de impugnación frente a un acto procedente del Gobierno de la Nación o de los Gobiernos autonómicos, de la vulneración de un derecho fundamental implica –a estos efectos- la superación legal de la tradicional distinción entre actos administrativos y actos políticos, posibilitándose, en todo caso, la alegación de esta causa–. Fernández Valverde, –Objeto del proceso. Actos impugnables–, en La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, Madrid, 1999, pp. 168-169.

690 En tal sentido, Pera Verdaguer, que considera que –esa protección alcanza no sólo a los derechos fundamentales, sino a cualesquiera otros nacidos del ordenamiento constitucional–. –En definitiva, que no puede quedar afectado derecho alguno de los que, según la Constitución, gozan de protección, sea vía del recurso de amparo, sea vía de las pretensiones de inconstitucionalidad–. Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 53.

rácter de fundamentales, pues en caso contrario se incurriría en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.[691]

Para dar respuesta a esta crítica hay que distinguir dos cuestiones que, en ocasiones, se confunden. Por un lado, la virtualidad de esta estipulación para justificar el control judicial de determinados supuestos, impidiendo la declaración de inadmisibilidad de los mismos por los tribunales. La invocación de la existencia de un derecho fundamental, o en un sentido más amplio de un derecho subjetivo o interés legítimo, podría tener su lógica en un contexto en que era posible rechazar plenamente el control judicial de determinados actos, por considerarlos como políticos. Pero no parece que tenga mucho sentido en un sistema en que todo acto, incluso los políticos merece ese control.

De lo dicho se deriva, en nuestra opinión, que no tienen razón los que critican que no se haga referencia a los derechos subjetivos e intereses legítimos, en vez de a los derechos fundamentales. Pues, con ello, no se quiere afirmar el control judicial sólo de los actos en los que estén implicados derechos fundamentales, en cuanto, con carácter general, todos los actos políticos o no, y estén implicados derechos subjetivos e intereses legítimos o no, están sujetos a fiscalización judicial.

Afirmada esa sujeción general de todos los actos emanados de los órganos de Gobierno al control judicial, lo decisivo no es ya buscar razones para justificar su control judicial, sino buscar elementos objetivos a través de los cuales llevar a cabo dicho control.

Es en ese sentido en el que se inserta la referencia a los derechos fundamentales, al igual que la que se refiere a los elementos reglados. Lo que supone

691 En tal sentido Lavilla Rubira, que considera que, –de conformidad con lo prevenido por el art. 24. 1 de la Constitución, que el control de estos actos habrá de extenderse a todo aquello que sea necesario para la protección jurisdiccional no sólo de los derechos fundamentales, sino de cualesquiera derechos subjetivos e intereses legítimos, pues en caso contrario éstos quedarían excluidos de toda tutela judicial (imposible de realizar el amparo, por no estar afectado ningún derecho fundamental), y sin que parezca por otra parte viable la tesis según la cual su tutela debería realizarse por el orden jurisdiccional civil en cuanto beneficiado por la cláusula residual de competencia: art. 9 de la LOPJ, resultado éste flagrantemente inconstitucional–. Lavilla Rubira, –Las directrices fundamentales de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–, en Pendás García (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático, Barcelona, Praxis, 1999, pp. 14-15. La misma opinión González Pérez, que señala que parece –innecesaria esta referencia a los derechos fundamentales, ya que podría dar lugar a una interpretación de la norma sumamente restringida. El orden contencioso-administrativo tiene jurisdicción para conocer de cualquier pretensión deducida en relación con un acto de los llamados de gobierno, siempre que exista legitimación derivada de la titularidad de una relación jurídica subjetiva o de un interés legítimo–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p.165.

esta mención es indicar, ni más ni menos, que los derechos fundamentales, en cuanto han de regir la actuación de todos los poderes públicos, incluido el Gobierno, constituyen una vinculación jurídica que los órganos de gobierno deben respetar en el ejercicio del margen de decisión política que les atribuye el ordenamiento. De tal forma que, los tribunales están capacitados para fiscalizar la no vulneración de esos derechos por parte de dichos órganos al adoptar decisiones políticas.[692]

Por último, en cuanto al control de los actos reglados. Para algunos autores se hace con ello referencia a la posible existencia de aspectos administrativos en la actuación política de los órganos de gobierno, que en cuanto tales, vendrían a constituir una suerte de actos separables, susceptibles de pleno control judicial por la Jurisdicción Contenciosa.[693]

En nuestra opinión, hay que acudir aquí a la vieja distinción entre lo reglado y lo discrecional.[694] Pues la peculiaridad del acto político viene dada por la

---

692 La misma opinión, Bacigalupo, La discrecionalidad administrativa, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 53-54.

693 En tal sentido, García-Trevijano Garnica que considera que si –en una actuación privada de la Administración existen aspectos administrativos (actos separables); que como tales son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa, algo similar ocurre –servata distantita– en relación con la actuación política del Gobierno, toda vez que, a pesar de ser tal, no excluye la existencia de determinados aspectos administrativos, como tales plenamente fiscalizables, sin que el órgano jurisdiccional, al realizar su control, invada ámbitos que corresponden al Poder Ejecutivo. A mi juicio, cuando el art. 2. a) se refiere a los elementos reglados, está aludiendo a estos aspectos administrativos insertos dentro de una actuación globalmente considerada como política o de gobierno, aspectos administrativos que como tales serán, como digo, fiscalizables por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo–. García-Trevijano Garnica, Op. Cit., nota 563, p. 112.

694 En tal sentido Pera Verdaguer, que considera que, cuando –la Ley, en su artículo segundo, posibilita la impugnación de "los elementos reglados" de los actos de cualquier naturaleza, respecto de los del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, viene a resucitar la antigua distinción entre lo reglado y lo discrecional–. Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 53. También en la misma línea, enjuiciando la jurisprudencia sobre la materia previa a la promulgación de la LJ, Palomar Olmeda, –El acceso a los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994–, en Derechos y Libertades, núm. 4, 1995, p. 934. También González Salinas, que considera que –es incuestionable que pueden existir actos del Gobierno (...) pueden tener un contenido político en el que el ordenamiento jurídico le deja un margen de discrecionalidad de actuación. En estos supuestos, no es que el acto esté exento de control jurisdiccional, sino que, al no venir vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el Derecho–. A lo que añade más adelante que, –dada la naturaleza "híbrida" del acto que dicta el Gobierno (de un lado, tiene un contenido político, de otro unos elementos reglados, siquiera necesarios

existencia en él de un margen de necesaria discrecionalidad. Discrecionalidad política, que no administrativa, pero discrecionalidad al fin y al cabo. Y, como es sabido, ésta viene siempre acompañada de elementos reglados.[695]

Ahora bien, el problema es, entonces, hasta donde debe llegar ese control de los elementos reglados. Pues esto no va a permitir aplicar todas las reglas de control de la discrecionalidad administrativa a los actos políticos. Una posición en este sentido conduciría a una indeseable judicialización de la política. Debe aceptarse, a nuestro juicio, en este punto, el certero juicio de López Menudo, que apunta que esa judicialización de lo político sería susceptible de producirse si en el futuro, visto el camino emprendido, continuase apurando todas las técnicas alumbradas para el control de los actos discrecionales. Llevado de la misma lógica, no habría razón para negar que, en último extremo, pudiera dictarse sentencias anulatorias basadas en presuntas desviaciones de poder, en principios generales y, aún más, sentencias –sustitutorias–..., lo cual chocaría a todas luces con el sistema.[696]

No compartimos, sin embargo, el juicio de este autor, en cuanto entiende que ese control no debe extenderse a aspectos que tienen un aspecto puramente adjetivo, como el procedimiento de elaboración.[697] En nuestra opinión, es exigible al Gobierno que cumpla estrictamente la legalidad, siempre que esto no vulnere la capacidad de decidir que es propia de la función de Gobierno. No consideramos que esa capacidad se vea constreñida porque se le exija que cumpla los requisitos formales que le impone el ordenamiento jurídico. Lo que no deja, por otra parte, de ser una cortesía mínima que el titular del poder político debe a los ciudadanos.

En nuestra opinión, debe excluirse, sin embargo, del control judicial, el fin de la actuación, pues en cuanto se trata de decisiones que se toman en base a

---

para llegar a la formación de aquella voluntad política del Ejecutivo)–. González Salinas, –Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 79, julio-septiembre de 1993, pp. 493 y 505.

695 Como señala Bacigalupo, –al igual que cualquier otro tipo de discrecionalidad, la discrecionalidad política –que el ordenamiento jurídico puede atribuir (y, de hecho, atribuye) a los órganos de Gobierno de las Administraciones territoriales en el ejercicio de su función de dirección política (...)- modula (y mucho) la intensidad de su control judicial, pero no la excluye per se–. Bacigalupo, Op. Cit., nota 570, p. 57.

696 López Menudo, Op. Cit., nota 541, p. 48.

697 Señala López Menudo que –la admisión del control de aquellos elementos reglados que teniendo una referencia inequívoca en el propio ordenamiento, se encuentran además íntimamente relacionados con el legítimo ejercicio del acto político que se dicta, y no de aquellos otros elementos que aunque reglados y técnicamente separables, no dejan de tener un puro carácter objetivo y meramente instrumental (así, el procedimiento para su elaboración)–. Ibídem, p. 48.

un criterio de oportunidad política, lo que incluye decidir acerca de los fines, no cabe cuestionar esa decisión por no adecuarse a un fin concreto y determinado como se exige para las decisiones administrativas.

Consideramos que en las actuaciones políticas no se adhiere una decisión a una finalidad determinada, sino que se deja un amplio arbitrio, que permite resolver en base a una pluralidad de finalidades diferentes, por más que éstas puedan ser reducidas a un servicio genérico al interés público o al interés general en sentido amplio. Todas ellas son finalidades legítimas, que el juez no puede cuestionar sin inmiscuirse en la función de gobierno. De lo que se deduce que no será posible el control de estos actos mediante la técnica de la desviación de poder.[698]

Desde esta perspectiva, que tiende a incrementar las posibilidades de control judicial de los actos políticos, se puede generar el riesgo de una extralimitación por parte de los tribunales, que les llevaría a inmiscuirse en el terreno de la política, cayéndose así en el temido gobierno de los jueces, que rompería el equilibrio que establece el principio de división de poderes.

Dicho riesgo es, sin embargo, un mal tolerable e inevitable que hay que pagar a cambio de la existencia de control pleno de la actividad de los poderes públicos.[699]

698 González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 166.

699 Señala García-Trevijano Garnica que el –sistema así configurado coloca en manos de los Jueces y Tribunales un formidable poder, si bien es quizá preferible el riesgo de que el órgano jurisdiccional se extralimite en algún caso respecto de lo que constituyen sus funciones propias (...) que negar a priori el acceso a la jurisdicción de una determinada categoría de actos por razón de la materia–. -Trevijano Garnica, Op. Cit., nota 563, p. 110. En el mismo sentido Boix Palop, que señala que la –eliminación de esferas inmunes al juicio contencioso abre la puerta a un potencial activismo judicial mal entendido que podría acabar inmiscuyéndose en el contenido material y en la consideraciones de oportunidad ajenas a su competencia referentes a aquellas decisiones gubernamentales recaídas en empleo de atribuciones en las que exista un margen de discrecionalidad evidente reconocido a lo gubernamental. Sin embargo, no parece conveniente ni proporcionado el establecimiento contra tal peligro de unas medidas de protección que restrinjan injustificadamente la posibilidad de controlar la adecuación del ordenamiento jurídico de una parte de la producción jurídica de los poderes públicos–. Boix Palop, Op. Cit., nota 563, pp. 506-507.

3. Elementos del acto administrativo

Se entiende por elementos o requisitos del acto administrativo un conjunto de requerimientos que deben concurrir en los mismos para que éste sea válido y produzca sus efectos normales.[700]

A. Elementos subjetivos

El primer grupo de requisitos que deben concurrir en el acto administrativo hace referencia al sujeto que los dicta. Se trata de la necesidad de que el acto provenga de quien tiene la capacidad y cumple los requisitos necesarios para poder dictarlo.

Tratándose de la Administración pública que, como es sabido, no es más que una ficción, una persona jurídica sin sustancia real, que opera, por tanto, no por sí misma, pues es materialmente imposible, sino a través de las personas físicas que la componen (autoridades y empleados públicos), debe distinguirse entre los requisitos subjetivos que deben concurrir en el sujeto en cuanto órgano y los que recaen sobre la persona titular del órgano.[701]

En cuanto a los requisitos relativos al titular del órgano, vienen a constituir un conjunto de condicionantes que operan sobre la persona física que ocupa la titularidad del órgano al que corresponde dictar el acto.

El primero de esos requisitos es la regularidad de la investidura, esto es, que el nombramiento del funcionario o autoridad que sea titular del órgano sea valido. Lo que excluye la legitimidad para dictar del acto tanto a la persona

---

700 González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1455. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 229. Señala Serra Rojas que en –todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por la ley, de los cuales depende su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares–. Serra Rojas, Op. Cit., nota 160, p. 247. En el mismo sentido, señala Santofimio Gamboa que para –que el acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido, debe concurrir una serie de elementos esenciales, que en su conjunto constituyen sus piezas impulsoras. Cualquier falla o mal funcionamiento de esta estructura, provoca la materialización de vicios descalificadores del acto, en la medida que pueden afectar a su validez. Por esto, podemos afirmar que en el ámbito de los elementos esenciales, se configuran las enfermedades del acto, de ahí que su conocimiento posibilite un pronto diagnóstico del padecimiento de la manifestación administrativa–. Santofimio, Op. Cit., nota 487, p. 69.

701 Como apunta Serra Rojas, se –debe distinguir el órgano de su titular. El primero (...) es una creación legal, una esfera abstracta de competencia, que se mantiene en vigor hasta que una nueva disposición del mismo carácter cambia los supuestos de la competencia–. –El titular es una persona física –es decir, un ser humano-, su voluntad es la que pone en movimiento el orden jurídico y realiza los fines que una comunidad se ha propuesto–. Serra Rojas, Op. Cit., nota 160, p. 364.

que carece totalmente de ese nombramiento, actuando, por tanto, como un impostor, como a los supuestos en los que el nombramiento ha cesado ya, o todavía no se había recibido.[702]

En segundo lugar, es preciso que el titular del órgano se encuentre en situación de imparcialidad respecto al asunto que trata de resolver. Entendiendo que no se dará ésta cuando concurra alguna causa que comprometa ésta, haciéndole tomar partido por motivos propios a favor de alguna determinada posición.[703]

Un ejemplo en tal sentido en el ordenamiento jurídico de Nicaragua lo encontramos en el art. 13 LCE, que establece:

> no podrá participar en cualquier etapa de proceso de licitación, el servidor público que tenga en ésta un interés personal, familiar o comercial, incluyendo aquellas licitaciones de las que pueda resultar algún beneficio para el mencionado servidor público, su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consaguinidad y segundo por afinidad. Esta prohibición rige aún en el caso de levantamiento de incompatibilidades.

El incumplimiento de esta condición, sin embargo, no tiene siempre trascendencia anulatoria, pues se suele considerar que, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el empleado o autoridad pública responsable, la intervención de persona en la que no concurre los requisitos de imparcialidad exigidos por el ordenamiento jurídico no invalida por sí misma el acto, sino que es preciso para que ese efecto se produzca que dicha circunstancia afecte a la legalidad objetiva del acto.[704]

En todo caso, hay que tener presente la efectiva capacidad de influencia del sujeto que debió abstenerse, pues si la intervención de éste carecía de entidad

---

702 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 125-126. González Pérez, Op. Cit., nota 373, pp. 1459-1460.

703 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 126. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 162.

704 Indican García De Enterría y Fernández Rodríguez que la intervención de persona obligada a abstenerse –no determina por sí sola la invalidez de las actuaciones consiguientes, a menos que se demuestre la influencia que esa intervención haya podido tener en la decisión final, adoptada y, por su puesto, la ilicitud objetiva de esa decisión (...). En otras palabras, la intervención en el procedimiento de personas obligadas por la Ley a la abstención puede ser un indicio de desviación de poder, pero sólo en el caso de que se haya producido ésta realmente, apartando la decisión final del objetivo marcado por la Ley, habrá lugar a declarar su nulidad que, por lo tanto, no será el resultado de la intervención del funcionario incompatible, sino la consecuencia de la ilegalidad objetiva que dicha intervención ha propiciado–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Curso de Derecho administrativo II, 8a. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 475.

suficiente como para influir en el contenido del acto, nunca podrá tener virtualidad invalidatoria.[705]

Por último, será preciso que en la autoridad o funcionario cumplan los requisitos generales para poder actuar jurídicamente, esto es, que esté dotado de capacidad de obrar y que no concurran en él vicios del consentimiento, bien sean error dolo o violencia.[706]

Aunque no hay una absoluta uniformidad en la solución, debe tenerse en cuenta que la concurrencia de esta falta de capacidad o vicios de la voluntad se valora de forma diferente en el Derecho administrativo que en el Derecho civil. Así, como punto de partida debe admitirse, como señala un sector de la doctrina, que no afectarán a la validez del acto si éste es conforme con el ordenamiento jurídico.[707]

Si bien esta solución debe matizarse, aceptando la posición de aquellos que admiten esta solución como regla general, pero excluyéndola para aquellos supuestos en los que se ejercitan potestades discrecionales.[708] Supuesto de excepción al que se debe añadir también, como de forma certera, en nuestra opinión, postula otro sector de la doctrina, el vicio consistente en la violencia. Tanto en el primer caso, por no existir parámetros que permitan concluir acerca de lo acertado de la decisión, como en el segundo, por constituir una in-

705 Señala Morell Ocaña la necesidad, para valorar la influencia de la no abstención, de –un análisis destinado a ponderar la capacidad de influencia del afectado por la causa de exclusión si su presencia no era determinante –por ejemplo, un voto en acuerdo adoptado por el órgano colegiado- la decisión podría mantenerse–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p 221.

706 Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 230.

707 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 127.

708 En tal sentido Bocanegra Sierra, que señala que –debe insistirse en que la voluntad de la Administración no es una voluntad psicológica, sino normativa, en nada distinta de la establecida por la Ley, lo que sitúa el problema muy lejos de lo que sucede en el Derecho privado o en la teoría general del Derecho. Por ello, porque la voluntad administrativa es una voluntad normativa, los vicios de la voluntad de la persona física titular del órgano que hace actuar a la Administración carecen, en principio, de especial trascendencia respecto a la validez de los actos administrativos, no provocando, siempre y necesariamente, su ilegalidad. No obstante, en aquellos casos en los que puede caber una elección entre diversas opciones, todas ellas igualmente válidas (supuestos, por tanto, de ejercicio de potestades discrecionales), la existencia de vicios en la formación de la voluntad del titular del órgano autor del acto administrativo podría ser determinante a la hora de decidir sobre su validez, porque, si bien es verdad que, por ej., la existencia de cohecho no invalida por sí misma la licencia reglada concedida de acuerdo con el Ordenamiento jurídico (aunque sea perseguible penalmente), también es cierto que esa situación (la existencia de cohecho) provocaría, sin duda, la inmediata invalidez de una concesión discrecional, si hubiera habido de hecho, distintas alternativas para su otorgamiento–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 76.

fracción penal determinante, como veremos, de la nulidad de pleno derecho, el acto debe ser invalidado en todo caso por la concurrencia de estos vicios.[709]

No obstante, se debe admitir la validez del acto conforme al ordenamiento jurídico, aunque se trate de ejercicio de potestades discrecionales en dos supuestos. En primer lugar, cuando la capacidad de influencia del sujeto en que concurre el vicio de voluntad fuese insuficiente para determinar el contenido del acto, y no haya tenido, en consecuencia incidencia en el mismo.

En segundo lugar, cuando se trate de supuestos en los que, aun existiendo un ámbito de discrecionalidad, se ha podido reducir ésta a una única solución por las circunstancias concurrentes en el caso, que hacían inviable legalmente otra decisión que la adoptada. En dicho supuesto parece que sería totalmente inútil decretar la nulidad del acto.[710]

En cuanto a los requisitos del órgano propiamente dicho, el primero de ellos es que se haya atribuido la correspondiente potestad a la Administración

---

709 En tal sentido Santamaría Pastor, que señala que la –posición más clásica y ortodoxa negaba toda incidencia a estos vicios de la voluntad, en base a la tesis de la voluntad normativa de la Administración, lo único que cuenta se decía, es que las actuaciones de la Administración se ajusten o no a la legalidad, aunque ello suceda por error o coacción, lo que importa es el resultado. Esta posición, no obstante, debe ser matizada en un doble sentido:

- primero, distinguiendo dentro de la actuación administrativa los aspectos reglados de los discrecionales: si, en los primeros, la tesis de la voluntad normativa de la Administración puede ser aplicable, no cabe decir lo mismo de las decisiones discrecionales, en las que no existe parámetro normativo para medir su acierto, y en donde los vicios de la voluntad deben desplegar su efecto invalidante;

- y segundo, que igual consecuencia ha de predicarse del vicio de la coacción, el cual debe poseer en todo caso eficacia invalidatoria por imperativo legal; siendo la coacción un delito, la incidencia del mismo vicia de nulidad de pleno derecho, en todo caso, los trámites o actos en cuya formación incida–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 324, p. 71.

710 En tal sentido Bocanegra Sierra, que señala que cabe –una excepción a la regla de la ilegalidad de los actos administrativos discrecionales en los que concurre un vicio en la formación de la voluntad administrativa: la constituida por aquellos supuestos de reducción a cero de la discrecionalidad, según la expresión de la doctrina alemana, casos éstos en los que, dadas las circunstancias de hecho existentes, no resulta posible otra solución, ajustada a Derecho, diferente de la adoptada. En estos supuestos de verdadera ausencia de discrecionalidad en el caso (...), que se producen generalmente allí donde cualquier otra solución distinta a la acordada supondría una violación de una norma o un principio general del Derecho, no tendría sentido, como es natural, plantearse la anulación del acto administrativo en causa como consecuencia de la existencia de vicios en la declaración de voluntad, si el órgano administrativo optó por la solución correcta–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 76.

pública de que se trate, presupuesto previo para el valido actuar de los órganos que la integran.[711]

Existiendo ésta, es preciso que el órgano que dicta el acto esté dotado de la correspondiente competencia.[712] Debiéndose entender por tal la atribución a ese órgano concreto de la aptitud para poder desarrollar legalmente el conjunto de tareas que se le asignen.[713] De este modo, la competencia va a fijar la medida de la potestad atribuida a cada órgano.[714]

El art. 14 LJ declara expresamente que tendrá trascendencia anulatoria la falta de competencia.

B. Elemento teleológico

El elemento teleológico del acto administrativo es el fin de éste, debiéndose entender por tal aquel objetivo que el órgano autor del acto pretende conseguir con su emisión.[715]

Este componente del acto administrativo entraña una gran relevancia, pues la Administración no puede hacer uso de sus potestades sino es para perseguir

711 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1457. Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que el proceso de distribución de competencias –comienza con la atribución a la Administración en cuanto persona jurídica de una determinada potestad, atribución que tiene que ser realizada previamente por una norma. Si esa norma previa habilitante falta, si ha perdido vigencia o si es inaplicable en un caso concreto, el órgano administrativo implicado en el mismo será manifiestamente incompetente para actuar, ya que lo es, incluso, la persona jurídica a la que pertenece. La competencia es la medida de potestad atribuida a cada órgano, de forma que no puede haber competencia si no hay previamente una potestad que repartir–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 626 (1997).

712 Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 229. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 162. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 71. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 541 (1997)

713 Parada Vázquez la define como –la aptitud que se confiere a un órgano de la Administración para emanar determinados actos jurídicos en nombre de ésta–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 127. Flavio Escorcia entiende por tal –la asignación concreta de tareas, que el sistema jurídico reconoce a cada órgano estatal para que pueda actuar legalmente–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 167. Acosta Romero entiende que se –entiende por competencia la facultad para realizar determinados actos, que atribuye a los órganos de la Administración Pública el ordenamiento jurídico–. Acosta Romero, Op. Cit., nota 76, p. 361.

714 García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 167.

715 Señala Boquera Oliver que el –fin, como elemento del acto administrativo, es aquello que pretende la voluntad del titular de poder administrativo con los efectos jurídicos que unilateralmente crea e impone–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 80.

la finalidad específica para la que se atribuyen éstas. La utilización de sus poderes para otro objetivo distinto, sea legal o no, vicia el acto administrativo, provocando su invalidez. A esta desviación del fin propio que debe pretender el acto se la denomina desviación de poder.[716]

Así lo ratifica el ordenamiento jurídico nicaragüense, que define la desviación de poder como –el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico o que no concordaren con el logro del interés público y el bien común– (art. 2. 6 LJ), y lo dota de trascendencia invalidante, en cuanto el art. 14 LJ lo incluye entre los elementos que deben servir de base para el examen de la legalidad de los actos y disposiciones generales.

Entiéndase que no se trata de la exigencia de una genérica persecución del interés público, sino de la persecución del fin concreto y específico que el ordenamiento jurídico pretendía tutelar al otorgar ese poder a la Administración.[717]

De lo que se deriva que la desviación de poder no implica necesariamente la persecución de un fin ilícito, ni siquiera es preciso que se trate de un fin privado o egoísta de los agentes públicos, basta con que sea un fin distinto a aquel para el que se atribuyó la potestad, incluso aunque éste sea un fin público perfectamente lícito.[718]

Hay, no obstante, una parte de la doctrina que distingue entre uno y otro supuesto, reservando para los casos de persecución de un fin privado o ilícito la denominación de –abuso de poder–, como conducta de mayor gravedad que

716 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 130. García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 168. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 231. Señala GUAITA que –si la ley fija un fin a una clase de actos y éstos se dicten para fines distintos se está infringiendo la ley, se incurre manifiestamente en ilegalidad, pues, cual otro rey Midas, la ley legifica cuanto toca–. Guaita, –Art. 106. Control Judicial y responsabilidad de la Administración–, en Alzaga Villamil (dir.), Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Madrid, EDERSA, 1985, t. VIII, p. 346.

717 Como señala Morell Ocaña, la incorporación del fin –a la estructura del acto administrativo, como un elemento más, no se lleva a cabo tomándolo de una manera abstracta: no se trata, simplemente, de que todo acto administrativo satisfaga genéricamente el interés público, sino a una concreta y específica manifestación del mismo: cada singular concreción del interés publico tiene unos modos y medios previstos para su consecución, y no otros–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 189.

718 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 459 (1997). Santamaría Pastor señala que no –es preciso para la existencia de desviación de poder, (...) que concurra ningún tipo de vicio de moralidad en el órgano autor del acto, ni que con éste se persiga ninguna finalidad privada o ilegítima; basta con que el fin perseguido por el acto sea meramente distinto del atribuido a la potestad de que emana–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 159.

la simple –desviación de poder–, que serían, para esta parte de la doctrina, únicamente los supuestos de persecución de un fin público distinto al previsto en la norma.[719]

El gran problema que plantea la aplicación práctica de esta figura es, sin duda, la dificultad que presenta la prueba de la misma, pues hay que acreditar la existencia de una determinada intención, lo cual no es ni mucho menos fácil. No es necesario, en cualquier caso, una prueba directa, imposible por otra parte en la mayor parte de los supuestos, sino que se admite también la prueba indirecta, esto es, a través de indicios capaces de generar convicción suficiente en el órgano fiscalizador.[720]

C. Elementos objetivos

El acto administrativo debe tener un contenido posible, tanto física como legalmente, ser lícito y determinado o determinable.[721]

El elemento del acto administrativo, sin duda alguna, más polémico es el de la causa, que ha generado una considerable polémica doctrinal en el ámbito administrativo,[722] hasta el punto de que una parte de la doctrina ha tomado partido por eludirla, por su carácter extremadamente conflictivo.[723]

Para un sector de la doctrina se debe entender por tal el interés público o fin específico que se pretende satisfacer en el caso concreto, esto es, la adecuación del contenido del acto al fin que justifica la atribución de la potestad que se ejercita.[724] Otros entienden por tal el supuesto fáctico o hechos deter-

719 En tal sentido Villar Palasí y Villar Ezcurra, que consideran que existe –una desviación de poder en la medida en que el acto singular se aparta del interés previsto en la norma aún cuando persiga otro incardinable en la esfera de los intereses públicos. Por el contrario, el abuso de poder consiste en acudir a un interés situado fuera del ámbito de los intereses públicos (esto es, un interés privado), haciendo así que el vicio revista mayor gravedad, por cuanto que comportaría, además, una conducta ilícita del funcionario o autoridad que dictó el acto–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 37-3 II

720 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 460 1997. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 75.

721 Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 230

722 Apunta González Pérez que quizás –no exista otro concepto que haya dado lugar a más equívocos y dispares posiciones. Si ya en el Derecho privado, al configurar la teoría de la causa del negocio jurídico, se habían producido las más diversas posiciones, al pasar el concepto al Derecho administrativo la diversidad alcanzó su punto máximo–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1468.

723 En tal sentido Santamaría Pastor, que señala que –dada la suma oscuridad que la teoría de la causa tiene, preferimos evitar esa calificación–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 149.

724 En tal sentido, González Pérez considera que la –causa de los actos administrativos aparece como el interés público a satisfacer en el caso concreto;

minantes previstos en la norma para que se de la consecuencia jurídica en ella prevista.[725] Hay también quien considera que causa es la representación y

representa el fin objetivo hacia el que ha de actuar la Administración en cada una de las concretas determinaciones–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1470. García De Enterría y Fernández Rodríguez señalan que –el acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de causa en sentido técnico–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 444 1997. También Martín Rebollo, que considera que el –acto administrativo aplica a un supuesto de hecho concreto las previsiones de la norma jurídica. Esa aplicación ha de servir a los fines, expresa o implícitamente, previstos en aquélla y su inobservancia conduce al vicio de desviación de poder (...). Por ello (...) el contenido de los actos será "adecuado" a los fines previstos. A esa adecuación o congruencia se denomina "causa", elemento objetivo que permitirá, en su caso, el control de esa adecuación y, por ello, del propio acto–. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 162. También Bocanegra Sierra, que entiende que la –causa de los actos administrativos consiste en la adecuación o acomodación del contenido de los mismos al fin que persigue la norma atributiva de la competencia que con ellos se ejercita–. A lo que añade que –la causa incluye en su concepto, en el ámbito del Derecho Administrativo (no en otras ramas del Derecho), los motivos del acto, aun siendo perfectamente distinguibles de la causa. Ello se explica porque la Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del Ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia. Por el contrario, la causa en el Derecho privado es la finalidad objetiva del negocio–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, pp. 74-75.

725 En tal sentido, García Pérez, que considera que –la "causa" de los actos administrativos se identifica con el "presupuesto fáctico" o supuesto de hecho previsto en la norma y que se debe verificar en la realidad–. García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 168. También Morell Ocaña, que identifica –la causa del acto con los presupuestos de hecho, los hechos determinantes del mismo: el porqué del acto–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 188. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, afirman –la sustantividad de la causa como elemento del acto administrativo independiente y distinto del fin (...) la causa está fundamentalmente constituida por los presupuestos fácticos (hechos o situaciones) en que el acto administrativo se apoya y que, por ende, vienen a justificarlo. La revisión de estos hechos viene a constituir, por tanto, la verificación de la corrección del elemento causal–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 55. Entrena Cuesta señala que –debe entenderse por causa del acto administrativo: constituirá el porqué del acto; es decir, la razón justificadora en cada uno de ellos, la circunstancia que justifica en cada caso que un acto administrativo se dicte. De esta suerte, los presupuestos de hecho del acto, se incorporarán como elemento del mismo–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 224.

valoración que el sujeto realiza de los hechos.[726] Se ha defendido, igualmente, que por tal debe entenderse el móvil o motivo de la realización del acto, esto es, las circunstancias de hecho y de Derecho que determinan su emisión.[727]

En nuestra opinión, el fin concreto que produce el acto constituye el elemento finalista de éste, que queda perfectamente cubierto a través de la desviación de poder. Es, por ello, más adecuado considerar como causa los hechos determinantes.

De esta forma, el substrato fáctico subyacente al acto se convierte en elemento del mismo, permitiendo el control de dos aspectos relevantes: a) la constatación de los hechos a los que se liga el ejercicio de la potestad; b) la valoración de los hechos y, con ello, la adecuación de la solución que ofrece el acto administrativo a los hechos que lo justifican.[728]

D. Elementos formales

La forma del acto administrativo es el medio material del que se sirve éste para manifestarse en el exterior, haciéndose perceptible por los sentidos.[729]

---

726 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la –representación y valoración que el sujeto hace de unos hechos es lo que le mueve a declarar su voluntad y a producir con ella, en relación con el Derecho objetivo, determinados efectos jurídicos. La apreciación de los hechos constituye la causa de todo acto jurídico y, por tanto, también del acto administrativo.

La causa de una declaración de voluntad no son los hechos, sino la apreciación que el sujeto hace de los hechos; lo que éste "imagina" de la realidad. Diferenciación que no debe considerarse inocua por dos razones: Primera, porque los hechos son realidades físicas que están fuera, más allá del sujeto, mientras que la apreciación de los hechos es un fenómeno subjetivo, una realidad psíquica o espiritual. La causa es subjetiva y no objetiva. Segunda, porque los hechos pueden ser diferentes de la apreciación que de ellos ha hecho el sujeto; por consiguiente, la voluntad puede ser congruente con la apreciación de la realidad (causa) y disconforme con la realidad misma–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 73-74.

727 En tal sentido, Santofimio Gamboa, que entiende que la causa es el –móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo–. –Las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo–. Santofimio, Op. Cit., nota 487, p. 77.

728 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 188.

729 Acosta Romero señala que la –forma constituye la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo, para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos. Viene a ser la envoltura material externa en la que se aprecian no sólo los demás elementos del acto administrativo, sino también sus requisitos, circunstancias y modulaciones–. Acosta Romero, Op. Cit., nota 76, pp. 364-365. Por su parte, Boquera Oliver apunta que la –forma del acto jurídico es el medio de trasladar la voluntad del interior del sujeto (mundo psíquico) al exterior (mundo del Derecho)–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 77.

Lo más habitual es que el acto administrativo adquiera forma escrita, pues así lo exige la necesidad de constancia y prueba de éste,[730] que se deriva, a su vez, de tres factores: su carácter recepticio, que hace precisa su notificación o publicación; su capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y el hecho de que sean fruto de la intervención de una pluralidad de órganos o sujetos, que hace preciso dejar constancia de su intervención.[731]

Debe aclararse, no obstante, que cuando hablamos de escritura debemos hacerlo en sentido amplio, incluyendo no sólo los escritos que constan en formato papel, sino también lo que consta en otro tipo de soportes proporcionados por las nuevas tecnologías, como por ejemplo los de tipo informático.[732]

En algunas ocasiones, sin embargo, el acto administrativo utiliza otros medios de hacerse presente, como la forma verbal (por ejemplo, una orden directa de un superior a un subordinado) o incluso, aunque hay quien considere lo contrario,[733] otras modos de exteriorización (como por ejemplo, un faro o un semáforo).[734]

730 Señala Yagüe Gil que la regla general de la escritura –viene impuesta por la necesidad de constancia y prueba de los actos administrativos, no sólo de la resolución final, sino también de los actos de trámite–. Yagüe Gil, Op. Cit., nota 382, p. 207.

731 En tal sentido Parejo Alfonso, que apunta que su –justificación es evidente y descansa en un triple orden de razones. Los actos administrativos son recepticios y deben, por tanto, ser objeto de notificación o publicación; pueden crear, modificar o extinguir relaciones y situaciones jurídicas y están, además, dotados de ejecutoriedad, lo que incrementa la exigencia de certeza sobre los mismos; al traer causa los actos definitivos de una pluralidad de actos preparatorios, en su caso producidos por órganos o, incluso, Administraciones distintas de los productores del acto, resulta indispensable la constancia de tal intervención–. Parejo Alfonso, Op. Cit., nota 80, p. 484.

732 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 153.

733 En tal sentido, Sánchez Morón, que considera que la –exigencia de constancia del acto administrativo como requisito del mismo dificulta la consideración como verdaderos actos de esta naturaleza de otras manifestaciones que proceden de la voluntad administrativa y que deben ser observadas por los ciudadanos, tales como las señales luminosas o las órdenes verbales de los agentes de policía. En realidad, ni en uno ni en otro caso estamos ante declaraciones a las que quepa aplicar la dogmática del acto administrativo (...). En el pasado, la dificultad de impugnar lo que se considerase estrictamente acto administrativo, llevó a conceptuar esas órdenes verbales o mediante señales como actos administrativos no procedimentalizados. Hoy, sin necesidad de forzar el significado de cada figura jurídica, tal impugnación no plantea problemas técnicos ni prácticos–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 528.

734 Acosta Romero, Op. Cit., nota 76, pp. 364-365. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 231. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 176. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 153.

En principio, el acto administrativo no tiene porque plegarse a un formato formal determinado, pero en ocasiones el ordenamiento jurídico puede prever que asuma un determinado modo de manifestación.[735]

Dentro de los elementos formales debe citarse, sin duda, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo.[736] Como en su momento veremos con detalle, éste es una garantía tanto del acierto de las decisiones de la Administración como de la adecuada defensa de los derechos de los ciudadanos, lo que lo convierte en un requisito esencial para la adopción de cualquier acto administrativo.[737]

El art. 14 LJ establece que tendrá trascendencia anulatoria –el quebrantamiento de las formas esenciales–.

Parece que debe entenderse de dicha estipulación que invalidara el acto la falta absoluta de procedimiento, o la tramitación tan nimia que se equipare a ésta, y la omisión de trámites que, por su importancia, deban considerarse formas esenciales.

E. Motivación del acto administrativo

Hablamos de motivación administrativa para referirnos a la exteriorización de las razones fácticas y jurídicas que conducen a la adopción de un determinado acto administrativo, con un determinado contenido.[738] Así lo confirma el Derecho positivo, que establece que la motivación del acto administrativo

735 Apunta Boquera Oliver que, como –regla general, una forma determinada no es elemento necesario para que exista acto administrativo, pero, para algunas categorías o especies de actos administrativos, las leyes obligan al sujeto titular del poder administrativo a declarar su voluntad de una manera determinada–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 77.

736 Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, pp. 162-163.

737 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 134.

738 Apunta González Pérez que la –motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto. Por la motivación se podrán conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justificaron el acto–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1479. Por su parte, Yagüe Gil considera que la –motivación es la exteriorización de las razones que la Administración ha tenido para dictar un determinado acto. Por cuanto con ella se desciende a la explicación, la motivación es la racionalización del Poder–. Yagüe Gil, Op. Cit., nota 382, p. 197. Santamaría Pastor considera que motivación es la –necesaria constancia en el acto de las razones de hecho y de derecho en base a las cuales se adopta la decisión–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 102. Boquera Oliver apunta que la –motivación es la exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 255. Para Entrena Cuesta la motivación es –la exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a dictar un acto determinado–. Entrena Cuesta, Op. Cit., nota 404, p. 230.

es –la expresión de las razones que hubieren determinado la emisión de toda providencia o resolución administrativa– (art. 2. 10 LJ).

No tiene que consistir necesariamente en un examen agotador de todos los elementos del acto y las razones que llevan al mismo. En realidad, la extensión y profundidad de la motivación dependerá de las circunstancias que concurran en cada concreto acto. Lo decisivo es que no se quede en una mera formula convencional, que no aclare como se llegó al resultado final, sino que ofrezca una argumentación que deje constancia del proceso mental y jurídico que han conducido a la toma de esta decisión, que permita a los destinatarios del acto y a los órganos administrativos o judiciales que, en caso de recurso, deban enjuiciar su validez, tomar conocimiento suficiente de los motivos que le han conducido a tomar esa decisión.[739]

En todo caso, deberá dejar constancia de la adecuación del acto al fin público que lo justifica, y si se trata de un acto discrecional, de las razones que llevaron a elegir la solución adoptada entre las diversas legalmente posibles.[740]

La motivación es, por tanto, una exigencia del principio de transparencia,[741] que responde a una triple motivación: a) persuadir a los afectados por el acto de su razón de ser, evitando futuras impugnaciones; b) precisar con mayor certeza el sentido del acto adoptado, facilitando su interpretación, c) facilitar el ulterior control en vía de recurso del acto.[742]

739 Señala Táboas Bentanachs que –de lo que se trata es de desentrañar y evidenciar suficientemente el proceso lógico y jurídico que da lugar a una determinada resolución, para posibilitar no sólo su conocimiento y crítica sino para viabilizar el derecho de defensa de los interesados en las vías impugnatorias a que hubiere lugar y, en su caso, para poder ser integrado de forma plena en el enjuiciamiento jurisdiccional correspondiente–. Táboas Bentanachs, –Finalización del procedimiento y ejecución forzosa de los actos administrativos–, en Pendàs García (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis, 1993, p. 587. En sentido similar, Martín Rebollo señala que la motivación –no significa, sin embargo, un razonamiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula convencional y meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, la concreción de la adecuación del acto al fin previsto. Para ello quizás baste con la fijación de los hechos, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que de ésta se deduce y resulta adecuada la resolución adoptada. Eso es suficiente para lograr la finalidad última de la motivación que es constituir un elemento de control del propio acto–. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 164.

740 Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, pp. 79-80.

741 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 529.

742 González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1481.

Aunque algunos autores han considerado que la motivación constituye un elemento objetivo,[743] se suele considerar que constituye un requisito formal:

743 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que señalan que la –motivación (...) es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente): la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 373, p. 557(1997). También Fernando Pablo, que señala que la –habitual formulación doctrinal de la dogmática del acto administrativo en nuestra doctrina (...) pasa por presentar a éste como tipo singular del acto jurídico, para, a continuación, y bajo patente influencia de la dogmática del negocio jurídico, examinar sus elementos, acogiendo, generalmente, la distinción entre elementos subjetivos, objetivos y formales.

Que en este tipo de presentación la motivación sea estudiada como un elemento formal del acto no debe llamar la atención (aunque la motivación puede también entenderse como un componente de la declaración de voluntad, que así aparece no como una voluntad abstracta o ideal, sino como una voluntad que se determina in concreto, en vista de singulares circunstancias e intereses públicos que funcionan como motivos) si se entiende por motivación la expresión de otro elemento del acto designado como "motivos".

Tal manifestación exterior o externa obliga a separar significante y significado, y a referir los defectos de la motivación a una instancia distinta de los defectos o vicios que afecten a los motivos. Se reduce así la problemática de la motivación a la de un simple requisito de forma, admitiéndose, implícitamente, aunque no siempre de modo consciente, que la función que desempeña la motivación puede reducirse a la simple función de la forma en el ámbito del derecho político.

Es esta premisa la que debe ser discutida y negada (más que apuntar una nueva noción de lo que deba entenderse por los "motivos del acto", que es el camino habitual que ha seguido la elaboración dogmática de la motivación en el último medio siglo) de cara a una reconsideración del tema, para indicar que es precisamente, el concepto mismo de motivación el que debe ser reformulado, en la medida en que la motivación no puede ser asimilada a los simples requisitos de forma, por faltar en éstos y ser esencial en aquélla el significado, sentido o intención justificativa de toda motivación con relevancia jurídica.

La motivación del acto administrativo se presenta así, una vez que se coloca en primer término su esencial característica de discurso justificativo de una decisión, más próxima a la motivación de la sentencia de lo que inicialmente pudiera pensarse en el seno de una dogmática de estricta inspiración privatista (que encuentra el material conceptual, por tanto, bien en el negocio jurídico, bien en el acto jurídico).

A esta proximidad contribuye, por otra parte, la cada vez más evidente nueva perspectiva adoptada en el estudio del acto, del cual se subraya hoy la dimensión objetiva, sustrayéndolo de la reconstrucción en clave negocial-subjetiva.

Ahora bien, admitida esta noción de motivación como enunciado justificador, debe recordarse que la justificación de una decisión conduce a justifi-

la exigencia de que se hagan expresos formalmente los motivos que llevaron a la adopción del acto (lo que constituye algo distinto que los propios motivos del acto).[744]

La falta, insuficiencia u oscuridad de la motivación, que causare perjuicio o indefensión al administrado, determinará la anulabilidad de la providencia o disposición, la que podrá ser declarada en sentencia en la vía contencioso-administrativa– (art. 2. 10 LJ).

Nótese, por tanto, que no basta con la mera falta de motivación o con el carácter defectuoso de ésta para que pueda determinar la invalidez del acto, sino que es preciso, además, que produzca efectos nocivos en el administrado.

4. Clases de actos administrativos

La clasificación de los actos administrativos se puede realizar, y de hecho se ha realizado, utilizando criterios muy diversos, lo que ha dado lugar a un número casi inabarcable de sistematizaciones. Nosotros nos vamos a centrar tan sólo en aquellas dotadas de relevancia práctica reseñable, olvidándonos de las demás.

A. Actos que agotan la vía administrativa y actos que no agotan la vía administrativa

Una primera clasificación importante es la que distingue entre los actos que agotan la vía administrativa y los que no agotan la vía administrativa. La diferencia entre unos y otros reside en que los primeros expresan de modo definitivo la voluntad de la Administración, por lo que pueden ser impugnados directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa (esto es, ante un órgano judicial).

Los segundos, sin embargo, no expresan de forma definitiva la voluntad de la Administración, por lo que no pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa directamente. De tal forma que si no estamos de acuerdo con ellos debemos impugnarlos ante un órgano administrativo, interponiendo contra ellos el correspondiente recurso administrativo (esto es, debemos impugnarlos ante un órgano administrativo y no ante un órgano ju-

---

car su contenido, lo cual permite desligar la motivación de "los motivos" (elemento del acto de difícil encuadre, hasta el punto de poder prescindirse hoy del mismo sin que por ello se resienta el edificio dogmático) y romper la, un tanto tautológica pero firmemente asentada, fórmula de la motivación como expresión o manifestación formal de los motivos–. Fernando Pablo, La motivación del acto administrativo, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 29-32.

744 Como señala González Pérez, la –motivación constituye un requisitos formal del acto administrativo. Una cosa son los motivos del acto y otra la motivación. Todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos; pero la motivación lo que supone es la exigencia formal de que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, pp. 1479-1480.

risdiccional). Ahora bien, eso no impide que en último extremo podamos recurrir esos actos ante un tribunal, pues la resolución que resuelve ese recurso administrativo, será ya una resolución que agota la vía administrativa, y que podremos, si no es conforme a nuestros intereses, impugnar ante un tribunal contencioso-administrativo.

El art. 2. 5 LJ denomina como agotamiento de la vía administrativa a la acción por la que se convierte un acto que no agota la vía administrativa en un acto que agota la vía administrativa y, por lo tanto, susceptible de enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Debiéndose entender por tal –haber utilizado en contra de una resolución administrativa producida de manera expresa o presunta, o por vía de hecho, los recursos administrativos de Revisión y Apelación, cuando fueren procedentes, de tal forma que dicha resolución se encuentre firme causando estado en la vía administrativa–.

Para que se produzca el agotamiento de la vía administrativa es preciso que se haya hecho uso de los recursos administrativos correspondientes en tiempo y forma y que se hubiera notificado una resolución expresa (art. 46. 1 LJ).

Debe tenerse, además, en cuenta, que existen algunos supuestos de agotamiento directo de la vía administrativa, esto es, hay determinados actos que agotan por sí mismos la vía administrativa, sin necesidad de interponer recurso administrativo alguno. Concretamente este efecto se producirá en dos casos: a) cuando se produzcan los efectos del silencio administrativo; b) cuando así lo disponga expresamente la ley[745] (art. 46 LJ).

B. Actos de trámite y actos definitivos

Una segunda clasificación importante es la que distingue entre actos de trámite y resoluciones o actos definitivos. Para entender esta distinción debe partirse de un concepto previo de singular importancia en el ámbito administrativo, como lo es el concepto de procedimiento administrativo. Éste aparece definido en el art. 2. 13 LJ como –el cauce formal de la serie de actos en que se debe concretar la actuación administrativa sujeta al Derecho Administrativo para la consecución de un fin–.

Esto, en definitiva, supone que la Administración cuando quiere dictar un acto administrativo no puede hacerlo de cualquier manera, siguiendo su propia voluntad, sino que debe seguir un determinado cauce formal, un procedimiento. Esto diferencia claramente a la Administración de los sujetos privados, pues éstos forman libremente su voluntad, siguiendo los pasos que consideran oportunos.

Nótese que esto último es posible porque los particulares tratan con su acción de dar satisfacción a sus propios intereses, que son meramente privados, por lo que al ordenamiento jurídico le resulta indiferentes su diligencia y

745 Así, por ejemplo, las decisiones definitivas de la Comisión de Servicio Civil y de Carrera Administrativa agotarán la vía administrativa (art. 18. 8 LSC).

acierto. Esto es, si yo me quiero comprar una casa o unos pantalones puedo si quiero asesorarme debidamente para garantizar el éxito de mi elección o puedo obrar arbitraria y negligentemente comprando en la primera tienda que me encuentre, aunque, con ello, pague un precio mayor o compre de peor calidad. Es más, puedo incluso obrar erróneamente de forma consciente, comprando esos artículos a un amigo, aún a sabiendas de que me va a cobrar más caro, porque doy más importancia a la amistad que a mi dinero.

Todas estas conductas son, sin embargo, impensables cuando la Administración actúa, porque ésta persigue la consecución del interés público, y eso es algo de lo que no puede disponer. Por ello, el Derecho le obliga a actuar con la debida diligencia, siguiendo los trámites fijados por el ordenamiento jurídico, para garantizar así el acierto de sus decisiones. Y sin que pueda adoptar éstas en base a criterios personales (amistad, enemistad, intereses familiares, etc.), sino únicamente para lograr la idónea satisfacción del interés público.

Como más tarde veremos con más detalle, denominamos procedimiento administrativo al cauce formal que debe seguir la Administración para lograr estos objetivos. Cauce formal que es, como se puede haber inferido de lo dicho anteriormente, de obligatorio seguimiento por parte de la Administración.

En esencia el procedimiento administrativo va a consistir en una sucesión de actos administrativos, que se concatenan de forma coordinada y coherente. Así, el procedimiento va a comenzar con un acto (acuerdo de iniciación), por el que se inicia el procedimiento; va a continuar con una serie de actos destinados a hacer posible la correcta resolución del mismo (prueba, informes, etc.); y va a concluir con un acto definitivo o resolución, por el que se resuelven las cuestiones planteadas en él.

De esta forma, sin que se pierda, por ello, el carácter unitario del procedimiento, éste se va a manifestar como un conjunto de actos que, a pesar de estar relacionados entre sí, no pierden su individualidad propia.[746]

Entre todos estos actos se debe hacer una distinción, diferenciándose, por un lado, entre los actos de trámite y la resolución. Actos de trámite son todos los anteriores a la resolución, y se caracterizan porque no tienen sentido en sí mismos, sino que la única razón de su existencia es que se pueda dictar en un determinado momento la resolución que ponga fin al procedimiento.[747]

---

746 Como indica Cassagne, el –procedimiento no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales poseen individualidad jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración–. Cassagne, Op. Cit., nota 351, p. 56.

747 Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 236. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 136. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 209-210. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, pp. 58-59. Entrena Cuesta, Op. Cit., nota 404, pp. 211-212. Señala González Pérez que actos de trámite –son los que integran el

Hay, no obstante, un grupo de autores que niega esta concepción, negando la consideración de auténticos actos administrativos a los actos de trámite, que serían simples actuaciones procedimentales, frente a los actos definitivos y actos cualificados, que se equiparan a éstos, que serían los verdaderos actos administrativos.[748]

Esta distinción es trascendental a efectos prácticos, pues sólo la resolución o acto definitivo es, como regla general, impugnable por separado. Los demás actos no pueden impugnarse por sí mismos, debiéndose esperar a que se dicte la resolución, que es lo que será impugnable. Regla que encuentra su justificación en razones evidentes de economía procesal, pues una continua impugnación de los actos de trámite podría fácilmente paralizar el procedimiento, haciendo eterna su tramitación.[749]

Existen, sin embargo, algunas excepciones a esta regla general, pues hay algunos actos de trámite que por su importancia se equiparan a una resolución, y pueden ser objeto de impugnación separada. Se trata de un conjunto de actos administrativos (actos de trámite cualificados), que a pesar de ser actos de trámite, van a asumir una importancia similar para el administrado a la que tiene una resolución. De tal forma que, si no se permitiese su impugnación separada generarían una indefensión.[750]

La cuestión es, entonces, que actos de trámite tienen esa condición cualificada. El criterio clave es que vayan a ocasionar efectos irreversibles para el interesado, bien porque impidan la continuación del procedimiento, porque

procedimiento anterior a la resolución. Son simple presupuesto de la decisión en que se concreta la función administrativa. Constituyen una garantía de acierto de la decisión final–. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 239.

748 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 88-89 II

749 Como señala Bocanegra Sierra, esta –regla general tiene su justificación en el principio de economía procesal. No es imaginable la posibilidad de una constante impugnación de los actos de trámite, de forma independiente, antes de la resolución final del procedimiento, sin perturbar gravemente el funcionamiento de la Administración–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 59.

750 Como señala González Pérez, –si el acto, aun siendo de trámite, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, no se aplica la regla general, ya que ello supondría para el administrado la más absoluta indefensión, al impedirle el acceso a la Jurisdicción para formular sus pretensiones–. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 240.

decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, produzcan indefensión o perjuicio irreparable.

C. Actos favorables y actos desfavorables o de gravamen

Son actos favorables aquellos que amplían la esfera jurídica del administrado y desfavorables o de gravamen los que la restringen o limitan.[751]

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en numerosas ocasiones no será posible la inserción en ninguna de ambas categorías, en cuanto nos encontraremos con actos que produce efectos beneficiosos para algunos administrados, pero negativos para otros (actos mixtos).[752]

La importancia de esta clasificación viene referida esencialmente a dos aspectos: la retroactividad y la revocación. Los actos favorables podrán tener efectos retroactivos, mientras que serán difíciles de revocar. Frente a ello, los actos desfavorables no podrán tener efectos retroactivos y será más sencilla su revocación.[753]

D. Actos firmes y consentidos

Ambas categorías hacen referencia a aquellos actos que resultan jurídicamente inatacables.

Son actos firmes en sentido estricto aquellos que no son ya susceptibles de recurso porque se han agotado todas las vías ordinarias de impugnación que se podían utilizar contra los mismos.

A ellos se equiparan los actos consentidos, que son aquellos contra los que no cabe recurso por haber sido acatados por su destinatario, bien expresamente, aceptándolos y dándoles cumplimiento; bien tácitamente, no interponiendo contra los mismos recurso en plazo.[754]

751 Parada Vazquez, Op. Cit., nota 240, pp. 112-113. Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, p. 252. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 135. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 94 II. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 481.

752 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 113. Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, p. 252.

753 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 113-114. Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, pp. 252-253.

754 Ibídem, p. 254.

Esta equiparación de efectos determina que sea frecuente en la doctrina la utilización del término actos firmes para designar indistintamente a los actos firmes en sentido estricto como a los consentidos.[755]

E. Actos originarios y actos reproductorios y confirmatorios

Actos originarios son aquellos que resuelven una cuestión previamente no planteada a la Administración. Actos reproductorios y confirmatorios son, en ambos casos, actos que vienen caracterizados porque vienen a ratificar, bien por reproducción (reproductorios) o por confirmación (confirmatorios) el contenido de un acto previo, con el que existe la más absoluta identidad de objeto, sujeto y causa, que es jurídicamente inatacable, ya sea porque ha adquirido firmeza o porque ha sido consentido.[756]

Es importante distinguir esta categoría de actos administrativos, pues no van a ser susceptibles de impugnación judicial,[757] para evitar que se pueda reabrir un debate jurídico que ya quedó cerrado en vía administrativa o contencioso- administrativa.[758]

Régimen cuyo fundamento debe encontrarse en el principio de seguridad jurídica, que impide la eterna pendencia de cuestiones cuyos plazos de impugnación han quedado ya cerrados de forma definitiva.[759]

Para que se pueda considerar un acto como reproductorio o confirmatorio de otro anterior, es preciso que entre ambos exista la más absoluta identidad entre los sujetos, las pretensiones y el fundamento.[760]

No puede considerarse acto confirmatorio el que venga a ratificar una desestimación por silencio negativo, pues en tal caso no hay verdadero acto ad-

---

755 En tal sentido, Morell Ocaña, que señala que actos firmes son –aquellos, de trámite o definitivos, que no son susceptibles de recurso ordinario, por haber transcurrido los plazos para interponerlo o haber sido desestimados–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 211.

756 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 91 II. Parada Vázquez define éstos como –aquellos que reiteran, por reproducción o por confirmación, otros anteriores firmes y consentidos–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 111.

757 Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, p. 253.

758 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 111.

759 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que –el fundamento para la denegación del recurso pro vía contenciosa no estriba en la doctrina de los actos propios (...) sino en el principio de seguridad jurídica impuesto por el carácter preclusivo de los plazos concebidos para recurrir–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 91 II

761 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 92 II. Parejo Alfonso, Op. Cit., nota 80, p. 480.

ministrativo, sino una simple ficción jurídica que permite impugnar al interesado en vía judicial ante la inacción de la Administración.[761]

5. Invalidez del acto administrativo

Decimos que un acto administrativo es inválido o que está viciado cuando no concurren en él los elementos o requisitos que el ordenamiento jurídico exige con carácter general para cualquier acto administrativo o específicamente para ese concreto acto administrativo763.[762]

A. Categorías de invalidez

Se suelen distinguir tres categorías de invalidez: inexistencia, nulidad de pleno Derecho y anulabilidad.

B. Inexistencia

Se considera que un acto es inexistente cuando adolece de fallos tan groseros que impiden su propia consideración como tal, pues le faltan los elementos esenciales mínimos que se exigen para su propio existir.[763]

La gravedad de tales deficiencias marca que el acto inexistente carezca de todo efecto jurídico, hasta el extremo de que puede ser desconocido por cualquier sujeto sin necesidad de que su invalidez sea declarada formalmente por un órgano administrativo o judicial.[764] Sin perjuicio, obviamente, de que se pueda hacer valer esta deficiencia en un procedimiento de impugnación en cualquier momento, pues, obviamente, sufre un vicio imprescriptible e insubsanable.[765]

Algunos autores se han mostrado contrarios al reconocimiento de la inexistencia en el ámbito administrativo. Alegando que se trata de una categoría

761 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 588 (1997).

762 763 Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, p. 275. Señala Parada Vázquez que la –invalidez puede definirse (...) como una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 180.

763 Señala Flavio Escorcia que se –produce la inexistencia del acto, cuando éste no reúne los elementos constitutivos del mismo y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia; es pues inexistente por faltarle manifiestamente los elementos de todo acto administrativo–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 226. En la misma línea, Santamaría Pastor señala que la inexistencia es –aplicable a los supuestos de ausencia grosera y ostensible de requisitos básicos de validez que, por su evidencia, no han sido establecidos expresamente por las normas–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 155.

764 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, pp. 226-227. Báez Martínez, Op. Cit., nota 379, p. 279.

765 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, pp. 226-227.

confusa, difícilmente distinguible de la nulidad de pleno derecho, con la que se confunde, y de dudoso encaje en el Derecho administrativo en el que opera la presunción de validez de los actos administrativos, que hace inviable en la práctica la posibilidad de hacer valer dichos vicios sin emprender un procedimiento formal de impugnación.[766]

766 En tal sentido Acosta Romero, que considera –que en Derecho administrativo no debe hablarse de inexistencia del acto jurídico, más que, precisamente, cuando se esté en presencia de la falta absoluta de éste, cuando no existe ninguno de sus elementos–. –Para nosotros, entonces, el concepto de inexistencia no es aplicable en el ámbito de la teoría administrativa–. Acosta Romero, Op. Cit., nota 76, p. 311. También Serra Rojas, que considera que –la teoría de la ineficacia de los actos administrativos debe eliminar de su clasificación a la inexistencia, porque no encontramos una razón jurídica válida para su mantenimiento, por lo impreciso de su definición y por los defectos técnicos que ofrece. Los actos que no existen no son actos administrativos, sino "situaciones de hecho contrarias a la ley" y por tanto no deben ser tomados en cuenta por el derecho administrativo, porque originan confusión y mal entendidos. Si no hay acto no puede hablarse de acto viciado–. Serra Rojas, Op. Cit., nota 160, pp. 332-333. Por su parte, Brewer- Carías rechaza –la teoría del acto estatal inexistente, cuya nulidad absoluta podría alegarse por cualquier funcionario o particular, desconociendo su validez en cualquier momento, con el argumento de que la inexistencia es la nada, el no ser, que no obliga. A contrario, por el principio de presunción de validez de los actos estatales, la llamada inexistencia se equipara a la nulidad absoluta, y requiere siempre de una intervención judicial que la declare para que el acto impugnado cese en sus efectos–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 507, pp. 33. También Nieto que de forma categórica afirma que los actos inexistentes son –un contrasentido lógico–. Nieto, –Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA, 1997, p. 56. Parejo Alfonso destaca –la dificultad práctica que para el juego y la aplicación efectivos de la variedad de nulidad en que consiste la inexistencia representa la autotutela de la Administración pública. En efecto, ésta puede superponer a todo acto administrativo, incluso al que padece irregularidades lo suficientemente groseras como para calificarlo de inexistente, su potestad de ejecución forzosa de la declaración efectuada en el acto (el cual se beneficia de la presunción de validez), con la consecuencia de la colocación del particular afectado –a través de la materialización de todos o algunos de los efectos derivables del acto- en una posición tal, en la que le es imposible hacer realidad el principio teórico de la legitimidad del simple desconocimiento, viéndose obligado a levantar la carga de la impugnación como si de cualquier otro acto se tratara y, en su caso y de pretender enervar la ejecutividad, a solicitar la suspensión. Consecuentemente, la categoría de la inexistencia tiene un encaje real en el Derecho administrativo muy problemático–. Parejo Alfonso, Op. Cit., nota 80, p. 494.

A lo que otros añaden que resulta contraria al principio de tipicidad que rige la actuación administrativa.[767]

Hay también quien de forma más matizada, sin rechazar la categoría, se limita a señalar su falta de sentido, en cuanto se confunde con la nulidad de pleno derecho.[768]

Otros, sin embargo, pese que admiten la suma dificultad que entraña deslindarla de la nulidad de pleno Derecho, admiten su existencia por razones prácticas, en cuanto permite salvar las deficiencias en la predeterminación de los actos nulos de pleno Derecho, permitiendo dar el máximo grado de invalidez a actos que adolecen de vicios de extrema gravedad, pero que no están previstos en el ordenamiento jurídico como tales.[769]

Algunos, sin embargo, ven su sentido en la articulación de un conjunto de vicios que son de calibre tal que permiten al particular o al órgano llamado a cumplirlos desentenderse de ellos, sin necesidad de una declaración formal por parte de órgano administrativo o judicial competente que así lo declare. Dicho efecto choca, no obstante, con los poderes de acción de oficio de la Administración, que permiten a ésta imponer esos actos incluso a pesar de la gravedad de los defectos de que adolecen. Por lo que, concluyen, la inexistencia tiene sentido en el Derecho administrativo tan sólo para aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que además son insusceptibles de producir cualquier tipo de efecto.[770]

---

767 Esa es la opinión de Villar Palasí y Villar Ezcurra, que entienden que no –tendrá cabida (...) en el Derecho administrativo el concepto de acto inexistente habida cuenta del principio de tipicidad (como manifestación concreta del principio de legalidad que debe regir toda la actuación administrativa)–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 180 II

768 En tal sentido, Enríquez Sancho, que apunta que no –es que doctrinalmente no pueda construirse la categoría de los actos inexistentes, entendiendo por tales aquellos que carecen de los requisitos necesarios para ser considerados como un acto propiamente dicho, es decir, que no poseen ni siquiera la apariencia de un acto (...). Lo que sucede es que tales actos inexistentes se confunden en cuanto a sus efectos, como regla general, con los actos nulos de pleno derecho–. Enríquez Sancho, –De las disposiciones y actos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Carperi, 1993, p. 264.

769 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 186-187.

770 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –el acto inexistente, que carece de toda apariencia de legitimidad, no tiene por qué beneficiarse de la presunción de legalidad que se predica en general de los actos administrativos; puede ser desconocido por los particulares a quienes va dirigido, no cabe asignar a éstos la carga de su impugnación; puede, en fin, ser eliminado por la Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne–. –Sin embargo, la Administración puede mediante su privilegio de acción de oficio, imponer por la fuerza los efectos del acto, es decir, la

Hay también, por último, quien defiende sin reparos la consideración de la inexistencia como una categoría autónoma. No es otra cosa, afirman, que la nulidad absoluta de la apariencia de un acto. Nulidad absoluta e inexistencia aparecerían así como dos conceptos claramente deslindables. La inexistencia es la causa y la nulidad absoluta su efecto.[771]

Este último factor debe se especialmente destacado a la hora de tomar una decisión sobre esta cuestión, dado el peculiar contexto en el que se mueve el Derecho administrativo de Nicaragua. Ciertamente la inexistencia es una categoría que opera al margen de una consagración legal expresa, son un conjunto de defectos de gravedad extrema, que se entienden que despliegan su fuerza invalidatoria por sí mismos, por su propia naturaleza773.[772] Esto hace que, pese a sus inconvenientes, merezca, en nuestra opinión, la pena mantener esta categoría, como una solución de urgencia para poder declarar la invalidez con el máximo rigor para supuestos no contemplados expresamente como nulos de pleno Derecho por el ordenamiento jurídico de Nicaragua, pero que constituyan conductas de tal gravedad que merezcan dicha sanción. Supuesto nada infrecuente, desgraciadamente, dadas las serias lagunas que presenta este ordenamiento jurídico al respecto, como veremos.

A pesar de ello, no deja de ser la inexistencia una figura poco clara, que genera una cierta inseguridad jurídica y que tiene difícil encaje en el Derecho

---

sanción que acompaña a la orden. En este caso, desde el momento en que se están produciendo efectos, el comportamiento del particular no puede se simplemente pasivo, sino que tendrá que impugnar el acto con el fin de frenar su eficacia. Su situación será entonces la misma que si el acto, en lugar de inexistente, se califica de nulo de pleno derecho–. –La interferencia de estos poderes exorbitantes de la Administración limita las posibilidades inherentes al concepto de inexistencia refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efectos. Estos son, en rigor, los únicos actos que un particular puede desconocer sin que de su pasividad pueda seguirse perjuicio material –y, por supuesto, jurídico-alguno–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 606-607 (1997).

771 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la –inexistencia es (...) una realidad o si se quiere una ausencia de realidad. La nulidad absoluta de los efectos jurídicos de un acto inexistente (de una apariencia de acto) es la consecuencia lógica de su inexistencia son dos cosas distintas, una la causa y otra el efecto, aunque a veces se confunden–. Boquera Oliver Op. Cit., nota 375, p. 81-87.

772 Señala Flavio Escorcia que la –inexistencia de los actos administrativos, constituye una sanción especial que no requiere estar consagrada en la ley, sino que opera como una necesidad lógica en aquellos casos en que faltan al acto sus elementos esenciales. La noción de inexistencia de los actos jurídicos, no se encuentra ligada a la consagración expresa en la Ley, sino que ella domina los textos más que estar subordinada a ellos–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 227.

administrativo al chocar con la presunción de validez de los actos administrativos. A nuestro juicio, por ello, lo más conveniente es que se dicte pronto una ley de procedimiento administrativo que se encargue de normar los supuestos genéricos de invalidez que ocasionan la nulidad de pleno Derecho.

Mientras llega esa solución legal merece la pena mantener la inexistencia. Si bien, en nuestra opinión, aún así de forma restrictiva. Como más tarde se argumentará se puede delimitar un conjunto mínimo de supuestos de invalidez que, por su propia entidad, se pueden consagrar como supuestos de nulidad de pleno Derecho aún a falta de una consagración legal expresa. Téngase en cuenta que el Derecho de Nicaragua no contiene una regulación de la invalidez de los actos administrativos, por lo que esa solución tampoco choca con la legalidad vigente.

A dichos supuestos genéricos se sumarían los consagrados específicamente por la legislación particular. Quedando como formula de cierre la categoría de la inexistencia, que debería ser examinada de forma restrictiva para supuestos de gravedad extrema que no encuentren solución de otro modo.

Aunque la solución pueda parecer un poco arbitraria es, a nuestro juicio, la más conveniente. Nótese que, como veremos, los supuestos que vamos a fijar como de nulidad de pleno Derecho, son vicios típicos respecto a los que existe un elevado consenso de su trascendencia invalidatoria en grado máximo. Es, por ello, conveniente que sean ellos la base del sistema, y no que entre a formar parte del sistema jurídico con una cierta normalidad una categoría tan imprecisa como lo es la inexistencia, que podría generar una cierta inseguridad jurídica si se utilizará con cierta profusión. Entendemos, en consecuencia, que su aplicación de forma estrictamente restrictiva es la mejor solución.

C. Nulidad de pleno Derecho

A diferencia de lo que ocurre en el resto del ordenamiento jurídico, en el ámbito del Derecho administrativo la regla general es la anulabilidad del acto y excepcionalmente la nulidad de pleno derecho.[773] Peculiaridad que encuentra justificación en la presunción de validez del acto administrativo, que responde, a su vez, como veremos, a motivos de eficacia, que aconsejan restringir siempre que sea posible su paralización, pues al ser un instrumento al servicio del interés público, sería este último el que se estaría frenando.[774]

---

773 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1585. Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, p. 275. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 264. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 155.

774 Apunta Parada Vázquez que las –razones comúnmente invocadas para explicar la diferencia de la regulación de la invalidez en el Derecho administrativo y civil (y en especial la reducción al mínimo de los supuestos de nulidad absoluta en aquél) son la necesidad de preservar la presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa, así como la seguridad jurídica, que resultaría perturbada por la per-

Por lo demás, el régimen de la nulidad de pleno Derecho se pauta en lo esencial, a reserva de alguna modulación, a los mismos caracteres que reviste en el Derecho privado. Constituyendo, al igual que en este ámbito, el máximo grado de invalidez que contempla el ordenamiento jurídico.[775]

La nulidad radical se puede hacer valer por cualquier persona o, incluso, pueden ser perseguidos de oficio por la propia Administración.[776]

Aunque hay quien ha manifestado postura contraria,[777] la mayor parte de la doctrina tiende a considerar que los vicios que implican la nulidad de ple-

petua amenaza de sanciones radicales que la nulidad absoluta o de pleno derecho comporta–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 183. En la misma línea, señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que en el Derecho administrativo –priman sobre los aspectos meramente formales, otra serie de consideraciones de tipo político –plasmadas en el principio constitucional de la seguridad jurídica- como puede ser la continuidad de los servicios públicos, los riesgos frente a la suspensión de las prestaciones administrativas o, en definitiva, la confianza de los ciudadanos ante la máquina burocrática omnipresente que supone nuestra actual Administración–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 182-183 II. Véase también al respecto, Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p.166.

775 Señala González Pérez que la –nulidad de pleno Derecho o nulidad absoluta constituye el grado máximo de invalidez. El concepto, elaborado en el Derecho común, puede, pese a las dificultades que ello ofrece, aplicarse en Derecho administrativo–. –Los supuestos de nulidad serán más restringidos que en el Derecho común, la nulidad de pleno Derecho sólo se dará en supuestos taxativamente enumerados; pero cuando así ocurra podrá aplicarse a los actos que incurran en ella, en principio, la técnica de la nulidad tal y como se elaboró en el Derecho civil–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1589.

776 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 263.

777 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que el –acto nulo de pleno derecho no puede impugnarse en cualquier momento, pues todos los actos administrativos gozan de la presunción iuris tantum de legalidad y esta presunción sólo se puede intentar destruir dentro del plazo establecido para ello por la ley. La presunción de legalidad es consustancial al acto administrativo. Le acompaña desde el mismo instante de su nacimiento. El juicio sobre la legalidad o la ilegalidad del acto es necesariamente posterior a su nacimiento y para emitirlo resulta imprescindible recurrir contra aquél dentro de plazo. La seguridad jurídica no es compatible con dejar abierta indefinidamente la posibilidad de discutir y, en su caso, destruir, el acto presuntamente legal. La suposición del administrado de que el acto administrativo es ilegal y nulo de pleno derecho no puede prevalecer, pues nada lo justifica, sobre la presunción legal de que es conforme a Derecho y por aquella suposición permitirle impugnarlo en cualquier momento. Tampoco para ningún caso ni en ningún momento existe la presunción legal de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, por lo que la declaración judicial o administrativa de que un acto es nulo de pleno derecho – siempre posterior a la admisión del recurso- no puede justificar a posteriori la admisión del re-

no Derecho son imprescriptibles, no sanan con el paso del tiempo.[778] Lo que determina que no pueda hacerse valer contra ellos la excepción de acto consentido.[779]

El acto nulo de pleno derecho lo es por sí mismo, sin necesidad de que se declare formalmente esa nulidad por un órgano administrativo o judicial. Sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los tribunales para destruir la apariencia jurídica que pueda haber generado. Teniendo en cuenta que la sentencia que en tal supuesto se dicte tiene un mero carácter declarativo, no constitutivo, esto es, la nulidad proviene del propio vicio del que adolece el acto, no de la sentencia que así lo declara.[780]

Este régimen, sin embargo, no es extrapolable al ámbito administrativo, dada la necesidad de que se haga valer esa invalidez a través de un procedimiento formalizado de impugnación. Se trata de una consecuencia derivada de la presunción de validez de los actos administrativos y de la autotutela ejecutiva de éstos, que impide que se pueda derivar los efectos propios de la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho hasta que no se deshaga esa presunción mediante la declaración de la misma por parte de la autoridad competente.[781]

---

curso fuera del plazo improrrogable fijado por la ley para recurrir–. Boquera Oliver Op. Cit., nota 375, p. 123.

778 Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, p. 275. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 263. Señala Brewer-Carías que –los actos administrativos nulos de nulidad absoluta, nunca pueden adquirir firmeza, por lo que siempre podrían ser impugnados, ya que por el transcurso del tiempo nunca pueden llegar a ser convalidados–. Brewer-Carías, Op. Cit., nota 519, p. 151.

779 González Pérez, Op. Cit., nota 373, pp. 1586-1587.

780 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 263.

781 Señala González Pérez que –hay que hacer una salvedad al esquema tradicional de la nulidad: que la eficacia inmediata de ésta, sin necesidad de declaración por el órgano en cada caso competente, pugna con el principio de presunción de validez de los actos administrativos (...). En cuanto los actos de la Administración son válidos y producen efectos desde el momento en que se dictan, en tanto que no sean declarados nulos por el órgano administrativo o jurisdiccional competente, despliega sus efectos, cualquiera que sea el grado de invalidez en que incurran. La Administración, ante un posible acto nulo, no puede desconocer su existencia, sino que es preciso tramitar el oportuno expediente de anulación, con todas las garantías–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, pp. 1589-1590. En la misma línea, señala Nieto que nada –se adelanta, en efecto, con proclamar que los actos nulos lo son por sí mismos, sin necesidad de ser impugnados, cuando de hecho, si no son impugnados, el destinatario padecerá inexcusablemente las consecuencias del acto y de nada servirá argumentar, por ejemplo, ante el recaudador ejecutivo que el acto de imposición es nulo de pleno derecho. El agente se encogerá de hombros y dirá que mientras no tenga una declaración administrativa o

La nulidad de pleno Derecho produce sus efectos ex tunc, esto es, desde el mismo momento en que se dictó el acto.[782] Si bien este planteamiento no deja de generar también serias reservas en el Derecho administrativo, donde el principio de validez del acto administrativo va a permitir a éste operar de hecho, nulo o no, produciendo efectos hasta que se declare formalmente, como acabamos de ver. Muchos de esos efectos no podrán ser removidos en la práctica una vez declarada esa nulidad, haciendo en muchos casos más hipotética que real esa pretendida invalidez ab initio.[783]

La nulidad radical no puede ser tampoco objeto de convalidación, esto es, no puede ser curada su invalidez mediante la eliminación del vicio del que adolece.[784]

Si bien hay una parte de la doctrina que cuestiona esta tesis, y considera que no hay argumento alguno que sustente esta posición, que no tiene otra virtud que la de impedir que la Administración corrija los vicios administrativos más graves.[785]

---

judicial de invalidez, el acto será ejecutado–. Nieto, Op. Cit., nota 644, p. 56. Véase también al respecto, Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 156.

782 González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1590. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 263.

783 Apunta Nieto que –resulta muy difícil aceptar sin más la distinción entre los grados de invalidez y sus correlativas consecuencias ya que, dígase lo que se diga, el acto nulo no lo es ex tunc, ab initio, puesto que produce efectos indudables desde el mismo momento de su aparición. Por ello mismo, el interesado tiene que acudir al Juez (y previamente, en su caso, a un órgano administrativo superior) solicitando la declaración de nulidad. Algo que carecería de sentido si el acto fuera nulo en los términos que técnicamente se afirman ya que, de ser así, podría encogerse cómodamente de hombros ante un acto nulo, ¿Para qué molestarse en impugnar un acto nacido muerto y que no puede producir efectos en ningún caso?–. Nieto, Op. Cit., nota 644, p. 50.

784 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 158. Como apunta Chinchilla Marín, la convalidación es la –técnica que consiste en corregir los vicios del acto para darle validez–. Chinchilla Marí n, –Nulidad y anulabilidad–, en Leguina Villa y Sánchez Morón (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos, 1993, p. 212. Por su parte, Bocanegra Sierra señala que la –convalidación consiste en aquella operación a través de la cual la Administración subsana un acto inválido, permitiendo la consolidación de su eficacia, dictando un nuevo acto administrativo que corrige los vicios del anterior ilegal–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 190. Sánchez Goyanes apunta que la convalidación comporta la verificación de un hecho jurídico o de una declaración administrativa en cuya virtud el acto anulable adquiere plena validez–. Sánchez Goyanes, Op. Cit., nota 153, p. 252.

785 En tal sentido, Boquera Oliver apunta que la imposibilidad de convalidar los actos nulos de pleno derecho no –es una consecuencia lógica de la infracción gravísima del Ordenamiento jurídico, sino querida e impuesta por

El verdadero problema surge a la hora de determinar que concretos vicios tienen entidad suficiente para ser considerados actos nulos de pleno Derecho. Ya sabemos que falta en Nicaragua una ley general que regule el procedimiento administrativo, de lo que se deriva, a su vez, que falte una delimitación de los supuestos generales de nulidad de pleno Derecho.

Carencia grave, pues no es conveniente la delimitación de las causas de nulidad de pleno Derecho en términos abstractos, a la luz de un criterio conceptual, pues esto genera una cierta inseguridad jurídica, siendo conveniente que sean objeto de una predeterminación realizada por el propio ordenamiento jurídico.[786]

Ahora bien, tampoco es, en nuestra opinión, esencial a la nulidad de pleno derecho que sea objeto de una tipificación legal expresa, como sugieren algunos autores.[787] Esa es la opción más conveniente y la que se sigue en la mayor

---

el Legislador, pues (...) los defectos o vicios de los actos jurídicos por su naturaleza y cualquiera que sea su gravedad, pueden remediarse–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 122. También Chinchilla Marín, que critica la tesis que defiende que los actos nulos de pleno derecho no pueden ser convalidados, pues –no sirve para justificar esta exclusión el argumento de que los actos radicalmente nulos no pueden producir efectos, por la sencilla razón de que no es cierto que quod nullum est nullum efectum producit (...). Tampoco es convincente el argumento de gravedad del vicio que determina la nulidad de pleno derecho, pues (...) la subsanación se caracteriza por ser un acto administrativo que corrige los vicios que invalidan un acto. Con la subsanación se elimina el vicio que determina la invalidez y es entonces, esto es, una vez que el vicio ha sido eliminado, cuando se convalida el acto. Si esto es así ¿qué sentido tiene impedir a la Administración que elimine los vicios más graves? ¿no sería más bien, al contrario, una obligación para la Administración derivada del principio de legalidad? Sin duda habrá defectos imposibles de subsanar, como ocurre, por ejemplo, con el acto que sea constitutivo de delito o falta, o tenga un contenido imposible, pero no porque éstas sean causas de nulidad radical, sino porque su propia naturaleza lo impide. Prueba de ello es que también, por la misma razón, hay defectos determinantes de anulabilidad que difícilmente pueden ser subsanados sin eliminar el acto mismo–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 212.

786 Como apuntan Villar Palasí y Villar Ezcurra, –la necesidad de poder conocer de antemano cuál pueda ser la sanción frente a una infracción del Ordenamiento jurídico obligará a establecer unos estándares apriorísticos en la graduación de los vicios del acto y de sus efectos–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 169 II.

787 Como señala Flavio Escorcia, –la separación de las dos clases de nulidades, esto es, de la nulidad absoluta o de pleno derecho y de la nulidad relativa o anulabilidad, habrá que atenerse a lo que expresamente dispongan las leyes, pues entre ambas no existen límites conceptuales, en el sentido de que pueda establecerse teóricamente y en términos generales, las consecuencias y el tipo de irregularidad que cada una implica necesariamente. La diferencia es de grado y se basa en puntos de vistas referentes al interés público–. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 222. Chinchilla Marín ha resalta-

parte de los ordenamientos jurídicos, pero nada impide que, faltando una delimitación expresa de los supuestos que implican tal consecuencia, se pueda fijar ésta vía jurisprudencial y doctrinal.[788]

Esta última posibilidad es la única salida en Nicaragua, pues, mientras no vea la luz un precepto que de respuesta a esta necesidad, deberemos guiarnos por las referencias fragmentarias que se pueden encontrar dispersas por las normas específicas. A lo que podemos y debemos añadir un catalogo básico de causas que, por su gravedad, parecen lo suficientemente groseras como para justificar su consideración como vicios de nulidad de pleno Derecho.

El planteamiento no es desde el punto de vista técnico el más recomendable, pero entendemos que es la única solución posible para superar las notables carencias que ocasiona la falta de una ley básica de procedimiento administrativo. En cualquier caso, estas causas deben, por motivos obvios, ser objeto de rigurosa interpretación restrictiva.

El criterio a seguir para delimitar los supuestos que deben recibir la nulidad radical no puede ser otro que la gravedad del vicio. De tal modo que, aquellos defectos que tengan suficiente entidad para considerarse una cuestión de orden público, esto es, que trasciende a los propios intereses del sujeto afectado, afectando a la colectividad, determinarán la nulidad de pleno derecho.[789] Por el contrario, aquellas vulneraciones del ordenamiento jurídico de menor intensidad, cuya incidencia no vaya más allá del sujeto interesado, serán vicios que provocarán tan sólo la anulabilidad.[790]

---

do –el carácter excepcional de la sanción de nulidad absoluta para los actos administrativos, fiel reflejo del dogma del derecho medieval francés pas de nullité sans texte, según el cual no existen otras causas de nulidad de pleno derecho que las expresamente establecidas en las leyes–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 195.

788 Apunta Boquera Oliver que el –legislador podría adoptar el criterio de fijar una regla que orientase sobre cuándo un acto debe ser nulo de pleno derecho y dejar al juicio de los Tribunales la apreciación de cuando el acto administrativo debe declararse viciado de nulidad radical–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 115.

789 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –el único criterio válido cuando se trata de delimitar los dos tipos básicos de invalidez es el de la gravedad y trascendencia de los vicios que se trata de sancionar. Cuando esta gravedad es máxima, de forma que el vicio cometido trasciende del puro ámbito de intereses del destinatario del acto viciado para afectar al interés general, el orden público, la sanción aplicable tiene que ser la nulidad de pleno derecho, ya que lo que de alguna manera afecta a todos no puede quedar al arbitrio del eventual consentimiento de uno sólo–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 625. 1997

790 Indican Villar Palasí y Villar Ezcurra que la –anulabilidad (...) supone la existencia de un vicio que no afecta al interés público, sino solo al del sujeto que lo pone de manifiesto. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 253.

Así, en primer lugar, parece que los actos administrativos que impliquen una infracción penal añaden a sus vicios intrínsecos el desvalor que esa infracción penal implica, por lo que no pueden recibir otro grado de invalidez que la más alta que reconoce el ordenamiento jurídico.[791]

Este planteamiento es extensible a los actos que se dictan como consecuencia de una infracción penal. Si bien será preciso en este caso la existencia de una estrecha relación de causalidad entre ésta y el acto administrativo, hasta el punto de que la primera haya sido factor determinante de que se haya dictado el segundo.[792]

En ambos casos es irrelevante que la conducta delictiva haya sido realizada por los particulares o por un funcionario o autoridad de la Administración actuante.[793]

También parece evidente que deben considerarse infectados de nulidad en su máximo grado aquellos actos que se han dictado al margen de todo procedimiento previo. Entendiendo que no es preciso para que se de esta circunstancia que falte toda tramitación procedimental, situación más que extraña en la práctica, pues, por mínima que sea, siempre hay una cierta actuación formal en el actuar de la Administración. Hay que considerar, por ello, comprendido todos aquellos en que el cauce procedimental seguido es tan nimio que no

791 Señala González Pérez que, cuando –la ilicitud en que han podido incurrir los agentes administrativos es de tal entidad que está sancionada por la Ley penal, se produce la intervención del Juez ordinario en el proceso penal para restablecer el orden jurídico perturbado–. –El agente administrativo, en su actuación, puede apartarse del cauce que le marca el Ordenamiento a que está sometido, produciendo actos que en cuanto no se ajusten al Ordenamiento, son ilegales. Ahora bien aparte de esta ilegalidad en que puede incurrir el agente de la Administración, existe otra más grave–. –El Derecho ante la trascendencia de determinadas infracciones, en razón a los bienes que puedan resultar lesionados, las sanciona penalmente. En cuanto la actuación de los agentes de la Administración encaje en alguna de las figuras delictivas definidas por la Ley penal, se habrá producido, aparte de las posibles infracciones del Ordenamiento jurídico-administrativo, una infracción de la Ley penal. El acto administrativo que hubiera podido nacer como consecuencia de aquella actuación, vendrá viciado por una infracción mucho más grave que la infracción de la norma jurídico-administrativa, vendrá viciada por la ilicitud penal–. –El Juez actuará con plenitud de jurisdicción para verificar los hechos cometidos y su posible calificación como delitos. Manejará, indudablemente, normas de Derecho penal, no de Derecho administrativo. Pero normas penales que definen y sancionan ilicitudes de la actividad administrativa. De tal modo que la consecuencia de la calificación de delito del acto será la nulidad de pleno Derecho–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1599.

792 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 614. 1997 González Pérez, Op. Cit., nota 373, pp. 1601-1602.

793 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 189. II

puede ser considerado como tal.[794] A este supuesto se debe añadir aquellos en que se tramita un procedimiento distinto al legalmente establecido al efecto.[795]

Fuera de estos casos, se tiende a considerar que la simple infracción de un trámite, incluso aunque éste tenga un carácter esencial, no comporta la nulidad de pleno Derecho, sino la mera anulabilidad del mismo.

Dicha tesis parte de la consideración de que el Derecho administrativo es, por esencia, un ordenamiento jurídico de carácter antiformalista, en el que el defecto de forma tiene un carácter puramente instrumental, esto es, sólo tiene relevancia en la medida en que influye en la decisión de fondo.

De aquí se deriva la consideración de las deficiencias procedimentales como simples irregularidades invalidantes en cuanto no generen una indefensión. Esto es, se consideraran sanadas en la medida en que las posibilidades de defensa que ofrecen a los administrados o al interés público, puedan ser subsanadas a lo largo de las distintas oportunidades que ofrece el procedimiento administrativo y, en su caso, el recursos administrativo y/o e recurso contencioso-administrativo. Por ejemplo, la falta de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo sería una mera irregularidad no invalidante si se da esa audiencia en el recurso administrativo o contencioso, permitiendo al interesado defender de forma debida su posición.

Si aún después de pasar por esas distintas posibilidades de reducción del vicio formal éste persistiera se podrían dar dos situaciones diferentes. La primera es que ese defecto formal no tuviera trascendencia en cuanto al fondo de la decisión, que hubiera permanecido inalterable pese a esa deficiencia. En tal caso el principio de economía procesal impide repetir la tramitación de un procedimiento que está destinado a desembocar en el mismo resultado.

Si, en segundo lugar, el vicio formal incidiese verdaderamente en el fondo de la decisión, se podrían dar hasta tres casos distintos. El primero de ellos sería que la decisión adoptada fuese, a pesar de ello correcta. No tendría sentido, entonces, invalidar un acto que sabemos que es conforme al ordenamiento jurídico.

El segundo supuesto sería que se supiese que la decisión de fondo es incorrecta. Habría, entonces, que declarar la existencia de un vicio de forma y

794 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, este –olvido total y absoluto del procedimiento establecido no hay que identificarlo, sin embargo, con la ausencia de todo procedimiento. Ello significaría reducir a la nada el tipo legal, ya que, aunque sólo sea por exigencias derivadas de la organización siempre hay unas ciertas formas, un cierto iter procedimental, por rudimentario que sea, en el actuar de los órganos administrativos–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 617. 1997

795 González Pérez, Op. Cit., nota 373, pp. 1602-1605. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 192-193.

de fondo, pero es éste verdaderamente el relevante, pues es el que determina verdaderamente la invalidación de acto.

Por último, hay un tercer supuesto posible: que el vicio de forma haya determinado la imposibilidad de decidir acerca de la corrección o incorrección de la decisión de fondo adoptada. Es en este caso en el que el defecto de forma despliega plenamente su virtualidad, pues va a derivarse de él necesariamente la nulidad del acto.[796]

796 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que se –ha dicho que no hay Derecho menos formalista que el Derecho Administrativo (Vedel) y esta afirmación es plenamente cierta (...). Al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce tan siquiera con carácter general virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad salvo en aquellos casos excepciona les en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo previsto, cuando éste tenga carácter esencial, o se produzca una situación de indefensión.

Este mismo concepto de indefensión es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir, en una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia, en los que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vista.

El vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración–.

–La utilización de una perspectiva dinámica o funcional, (..) es absolutamente fundamental para situar definitivamente el vicio de forma en el lugar que le es propio dentro de la teoría de las nulidades de los actos administrativos.

El procedimiento administrativo y la vía de recurso ofrecen al particular oportunidades continuas de defenderse y de hacer valer sus puntos de vista, lo cual contribuye a reducir progresivamente la inicial trascendencia de un vicio de forma o de una infracción procedimental–.

–De esta manera lo probable es que cuando se llegue a alcanzar la resolución capaz de causar estado en la vía administrativa, los vicios formales del acto inicial hayan quedado totalmente eliminados. Si esto no fuera así y subsistiera todavía una sombra de indefensión, el propio recurso contencioso-administrativo ofrece a lo largo de su tramitación nuevas oportunidades de eliminar esa sombra (alegaciones, prueba, diligencias para mejor proveer, etc.).

El vicio de forma puede ser objeto, por tanto, de una reducción progresiva. La indefensión que (...) determina su trascendencia invalidante puede serlo también, hasta el punto de llegar a desaparecer en muchos casos–.

Esta tesis cuenta con el aval de un sector importante de la doctrina.[797] Si

---

–Puede ocurrir que después de haber recorrido el largo camino señalado, quede todavía al final del mismo un defecto formal no subsanado. ¿Podrá declararse entonces la nulidad del acto afectado por dicho vicio formal?–.

–Si la decisión de fondo hubiera permanecido la misma, no tiene sentido anular el acto recurrido por motivos formales y tramitar otra vez un procedimiento cuyo resultado último ya se conoce. (...) Eficacia y celeridad sirven de fundamento al principio de economía procesal, al que es contraria la repetición inútil de la tramitación de un expediente.

Una segunda hipótesis es la siguiente. El vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que ésta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal. En esta hipótesis cabe aún distinguir tres supuestos:

Si la decisión de fondo es correcta, a pesar de todo –primer supuesto-, lo que procede es declararlo así y confirmar el acto impugnado. El propio principio de economía procesal obliga a ello, ya que tampoco tendría sentido en este caso repetir el procedimiento viciado si se sabe de antemano que la decisión final es ajustada a Derecho.

Si la decisión de fondo es incorrecta –segundo supuesto- entonces concurrirán dos vicios, capaces, en principio, de determinar la nulidad del acto: el vicio formal y el vicio de fondo. Lo procedente en este caso es declarar la existencia de ambos, y muy especialmente la del último de ellos, con el fin de evitar que, tramitado de nuevo el expediente y subsanado el defecto de forma cometido inicialmente, puedan repetirse otra vez las mismas infracciones de fondo (...). Resulta entonces que en este segundo caso tampoco es el vicio formal el que determina realmente la anulación, sino el vicio de fondo.

¿Qué papel corresponde entonces al vicio de forma? ¿En qué casos puede determinar por sí mismo la anulación de un acto? Justamente en el tercero y último de los supuestos anunciados, es decir en aquellos casos en que no es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no, porque precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada. No siendo posible por esta razón decidir con seguridad acerca de la corrección o incorrección sustancial del acto administrativo objeto de recurso, no hay más remedio que declarar la nulidad de dicho acto en base a la existencia del defecto formal advertido–.

–Como regla general, el vicio de forma no es sino una presunción de ilegalidad del acto a que afecta, presunción que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de éste respecto del defecto formal advertido–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 634-639. 1997

797 Así, Parejo Alfonso, que señala que no –es posible, (...) coincidir con las opiniones doctrinales críticas con la jurisprudencia expuesta. Más bien debe considerarse que ésta mantiene una postura equilibrada y ponderada, que atiende tanto a la naturaleza y la función institucional del procedimiento administrativo (...), como a las circunstancias concretas del caso. Lo esencial es, en efecto, si se ha respetado o no, de modo suficiente, el principio

bien hay también autores en contra de ella, que consideran que las vulneraciones procedimentales graves deberían reputarse vicios de orden público, comportando la invalidez del acto en su máximo grado.[798]

Son actos nulos de pleno Derecho los dictados con manifiesta incompetencia material o territorial. Consecuencia que se deduce de la vinculación positiva de la Administración al Derecho, que exige que ésta no pueda ejercitar poderes de los que carece por no haber recibido la oportuna habilitación legal para ello. El acto dictado por órgano incompetente material o territorialmente procede de un sujeto no capacitado, consiguientemente, para dictarlo, pues no ha recibido la atribución de esa facultad por parte del ordenamiento jurídico. El resultado no puede ser otro que la nulidad radical de los actos dictados en dicha circunstancia.[799]

De este régimen escapan, sin embargo, aquellos actos que estén aquejados de incompetencia jerárquica, pues se considera en este caso que serían subsanables mediante convalidación por el superior jerárquico competente.[800] Si bien, debe hacerse extensible esta solución tan sólo a aquellos casos en que la distancia jerárquica entre el órgano que dictó el acto y el competente no es

---

de contradicción (cuando éste sea pertinente) y si, consecuentemente, se ha cumplido en el procedimiento el necesario debate sobre su objeto, sobre la cuestión de fondo. Como quiera que ni el procedimiento es un proceso judicial, ni la Administración es equiparable al juez, el criterio determinante ha de ser el servicio al interés general, con el debido respeto a las garantías del administrado, pero sin sustantivación excesiva de esta última dimensión–. Parejo Alfonso, Op. Cit., nota 80, p. 460.

798 En tal sentido Parada Vázquez, que postula –la configuración de los vicios de forma graves como vicios de orden público que originan la nulidad radical o de pleno derecho como hacía la vieja jurisprudencia de lo contencioso-administrativo que, al igual que en los procesos penales y civiles de apelación, analizaba tales vicios en un pronunciamiento preferente. La importancia de las formas, de la garantía, en suma, en relación al acto administrativo limitador de derechos, sancionador o arbitral, debe ser exactamente igual que la de las formas previas a los actos judiciales. Por ello, resultaba peligrosa la tesis de que los vicios de forma deben analizarse desde una perspectiva funcional, reduciendo su inicial trascendencia–. Parada Vázquez, Op. Cit., nota 240, p. 201.

799 Señala Morell Ocaña que la nulidad de pleno derecho de los actos dictados por órgano incompetente por razón del territorio o la materia se –deriva de la rigurosa construcción del principio de legalidad que es propia del Derecho Administrativo. La afirmación dogmáticamente sostenida de que la Administración no puede actuar como tal si carece de habilitación legal para ello, tiene ahora su consecuencia lógica en el campo de las nulidades: si el acto no queda dentro de la esfera de capacidad (acotable por razón de la materia y del territorio) que la Ley entrega al ente administrativo, ni de las potestades con que la propia Ley le ha dotado para ejercer sus funciones públicas, el ente carece de competencia (empleada la expresión lato sensu...) para actuar: el acto será nulo de pleno derecho–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 328-329.

800 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 223.

muy alta, pues en tal caso parece lógico considerar que estaríamos también ante un acto nulo de pleno Derecho, no convalidable.[801]

No plantea duda alguna que serán nulos de pleno derecho los actos dictados faltando la propia atribución de potestad, pues es, en realidad, el caso en que se produce la más absoluta falta de competencia.[802]

Dado su carácter de elementos estructurales del ordenamiento jurídico, pocas dudas puede plantear la aplicación de la sanción de invalidez en su grado máximo a los actos que se dicten vulnerando derechos fundamentales.[803]

La dificultad surge, sin embargo, para determinar cual es el grado de afectación al derecho fundamental preciso para que se produzca tal consecuencia. Debe tenerse presente que, precisamente por su carácter esencial antes reseñado, cualquier cuestión jurídica es susceptible de vincularse de una forma u otra con un derecho fundamental. Por lo que parece evidente que no cualquier simple incidencia negativa en el campo de los derechos fundamentales puede conllevar la nulidad de pleno derecho como sanción.

Por una parte se ha señalado que se castigara con el mayor grado de invalidez todo acto que impida el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, sin que pueda distinguirse si se vulnera su contenido esencial o su contenido adicional.[804]

---

801 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 189-190. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 267-268. Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra: –esta conclusión no nos parece acertada en la medida en que no tiene en cuenta la gravedad del vicio (que es el factor determinante de la existencia de una gradación) sino un criterio completamente al margen de tal consideración. No existe razón objetiva alguna para considerar que la incompetencia funcional o territorial hayan de ser causa de nulidad mientras que la incompetencia jerárquica solo pueda dar lugar a la anulabilidad del acto–. –Habrá que atender, pues, a la gravedad del vicio o, lo que es lo mismo, a la extensión del desajuste entre la competencia del órgano y el acto producido por el mismo para decidir si existe o no causa de nulidad (...) la convalidación sólo se refiere a los actos anulables y, por tanto, únicamente la incompetencia jerárquica no grave puede ser considerada como vicio de anulabilidad–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 186-187 II

802 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 268.

803 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, pp. 195-198. Como indica Enríquez Sancho, la –configuración de los derechos fundamentales no sólo como atributivos de un ámbito de libertad inmune a la actuación estatal y de efectivos derechos subjetivos ejercitables frente al Estado, sino también como integrantes de un cuadro de valores que se reconocen en (...) la Constitución como fundamentales del orden político y de la paz social justifica sobradamente la imposición de la más grave sanción de la nulidad absoluta de los actos administrativos que los infrinjan–. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 266.

804 En tal sentido Chinchilla Marín, que considera que –lesiona un derecho fundamental el acto administrativo –en sentido genérico – que impide el pleno

Por otra, se apunta, con razón, que este criterio debe ser aplicado con prudencia, salvando el carácter estrictamente restrictivo que la nulidad de pleno derecho tiene en el Derecho administrativo y, en consecuencia, aplicándolo sólo a aquellas vulneraciones relevantes de derechos fundamentales.[805]

Conciliar ambos extremos nos parece en la práctica una tarea difícil y delicada, que sólo una ajustada práctica judicial podrá llevar a buen término.

A este listado se deben añadir también los actos que supongan la adquisición de facultades por parte de aquellos que carecen de los requisitos esenciales para ello.

Hay quien se ha pronunciado en contra de esta tesis, pues considera que eso habilita a la Administración a revocar, sin límite temporal alguno, los actos favorables a los administrados, pues sería posible dar una interpretación amplia que comprendiera dentro de este supuesto todos los actos contrarios al ordenamiento jurídico.[806]

---

ejercicio de los derechos fundamentales (...). Basta, pues, que el acto impida ejercer el derecho fundamental en su plenitud, plenitud que, (...) abarca no sólo el contenido esencial del derecho fundamental, sino también su contenido no esencial o adicional. El quebrantamiento de un derecho fundamental no es fraccionable: o se vulnera o no se vulnera, con independencia de que las facultades afectadas por la vulneración formen parte del contenido esencial o del contenido adicional de aquél. Distinto es que no toda incidencia negativa por parte de la actuación administrativa en el ejercicio de un derecho fundamental merece la consideración de lesión o vulneración del mismo, pero cuando se trate de una verdadera lesión lo será, tanto si afecta a su contenido esencial, como si afecta sólo a su contenido adicional. Cuando esto ocurra el acto en cuestión deberá declararse nulo, esto es, radicalmente nulo, sin distinciones entre nulidad y anulabilidad–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 198.

805 En tal sentido, señala Bocanegra Sierra que –las exigencias institucionales de la nulidad de pleno derecho (su reserva para infracciones de carácter manifiesto y grave) y la necesidad de que la lesión de los derechos fundamentales de matiz procesal dé lugar a verdaderas situaciones materiales de indefensión, lo que pueda posibilitar la configuración de una regla juiciosa que evite, en todo caso, las vulneraciones más graves del Ordenamiento jurídico administrativo, que afectan al núcleo esencial de la dignidad humana, esto es, a la esfera de libertad que los derechos fundamentales protegen frente a las inmisiones de los poderes públicos–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 170.

806 Señala Enríquez Sancho que esta opción –parece peligrosa; puesto que su objeto son los actos favorables al administrado la consecuencia no es otra que habilitar a la Administración para que pueda proceder a su revocación sin límite temporal alguno. En una interpretación amplia todos los actos que otorguen derechos o facultades a quien carezca de los requisitos esenciales para su adquisición serían contrarios al ordenamiento jurídico y resultarían incluidos en esta causa de nulidad–. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 27.

No compartimos esta opinión, la causa tiene virtualidad invalidante sólo para aquellos actos en los que se otorgan facultades o derechos faltando –requisitos esenciales–, esto es, imprescindibles, de importancia notoria. En consecuencia, no cualquier deficiencia o carencia puede suponer el rechazo, sino tan sólo aquellas que tengan una importancia cualificada.

No se puede negar, ciertamente, que se trata de un supuesto de difícil precisión en la práctica, cuya concurrencia sólo se podrá decidir, además, en el caso concreto, pues no es posible de otra forma saber cuando faltan los requisitos esenciales para adquirir un derecho o facultad.[807] Pero su precisión no es imposible, y la práctica administrativa y judicial ira con el tiempo limando los límites de este supuesto aumentando la seguridad jurídica al respecto.

Huelga decir que, dada la gravedad de la sanción prevista, se configura, como ya hemos visto, como una sanción excepcional, aplicable sólo a la no concurrencia de requisitos especialmente relevantes,[808] por lo que el carácter esencial del requisito deberá sujetarse a interpretación restrictiva. A lo que se añade, obviamente, la necesidad de que la carencia de ese requisito esencial sea incontrovertible.[809]

Una parte de la doctrina considera que también deben ser nulos en su grado máximo los actos que denieguen la adquisición de derechos o facultades cuando se cumplen estrictamente los requisitos exigidos para su adquisición.[810]

Nos parece correcta esta apreciación, pero sólo en la medida en que se trate de supuestos en los que no haya margen alguno para la valoración, esto es, cuando se trate de facultades o derechos para cuya adquisición se deban cumplir un conjunto de requisitos totalmente reglados, que sea evidente que concurran en el caso concreto. Fuera de estas situaciones, supondría, a nuestro juicio, entrar en una vía peligrosa, que generaría una notable inseguridad jurídica, y que acabaría convirtiendo prácticamente cualquier denegación de una solicitud en una posible causa de nulidad de pleno derecho.

Aunque hay quien considera que se trata más bien de un supuesto de inexistencia que de nulidad de pleno derecho,[811] y quien lo considera un falso

807 Apunta Chinchilla Marín que definir –que requisitos son esenciales para adquirir una facultad o un derecho es algo que, en mi opinión, sólo cabe hacer ante los concretos derechos o facultades de que se trate, sin que ni siquiera en tal caso sea una tarea fácil–. CHINCHILLA MARÍN, Op. Cit., nota 662, p. 200.

808 Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 176.

809 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 624. 1997

810 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 201.

811 En tal sentido Boquera Oliver, que entiende que –cuando un contenido imposible sólo es una apariencia de contenido. La falta de este elemento esencial del acto administrativo –como la de cualquier otro elemento de este carácter- origina su inexistencia–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, p. 87.

supuesto de invalidez (dado que la propia realidad fáctica determina el efecto que se logra con la invalidación del acto),[812] se suele considerar que serán nulos de pleno derecho, también, por último, los actos que tengan un contenido imposible. La doctrina discrepa del alcance que se debe dar a este supuesto. Para algunos comprende tanto la imposibilidad física como la legal.[813] Mientras que para otros, dicha consecuencia se extenderá sólo a los actos cuya imposibilidad sea física o material, pero no cuando sea meramente jurídica, pues en tal caso se podría llegar a castigar con la nulidad de pleno derecho todo acto contrario a la legalidad.[814]

Debe tenerse presente, a tales efectos, que son actos de contenido imposible aquellos cuyo contenido no es lo suficientemente determinado como para llevarse a la práctica, pues difícilmente se puede cumplir aquellos que no se sabe de forma suficientemente precisa en que consiste.[815] Así como aquellos que sufren una imposibilidad lógica, derivada de la existencia de elementos

García De Enterría y Fernández Rodríguez entienden que –más que de actos nulos de pleno derecho habría que hablar de actos inexistentes, ya que, normalmente la imposibilidad de contenido se traduce en la imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 613 1997. También esa opinión, Báez Martínez, Op. Cit., nota 689, pp. 280.

812 En tal sentido, Villar Palasí y Villar Ezcurra, que entienden que –esta causa de nulidad carece de sentido como tal ya que no se refiere a un desajuste del acto con el Ordenamiento jurídico sino con la realidad a la que debe ser aplicada (...). La imposibilidad material provoca, de suyo, la ineficacia del acto por lo que resulta absurdo tener que proceder a la declaración formal de un supuesto vicio, toda vez que el resultado que pueda derivarse de ello ya ha sido obtenido de hecho (es decir, la ineficacia del acto). Se trata, en suma, de un falso motivo de nulidad, tanto por su estructura (al no existir quebrantamiento del Ordenamiento jurídico) como por sus efectos (imponiendo una ineficacia que ya se ha producido en la mayoría de los casos)–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 188, pp. 186-187 II

813 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1598.

814 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 332. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 268. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 187-188 II. Parejo Alfonso Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 495-496. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, pp. 172-173.

815 En tal sentido, Morell Ocaña, que señala que –se equiparán a la imposibilidad la indeterminación y la ambigüedad; es decir, aquellos casos en que la declaración no establece, con la precisión y claridad indispensables para que pueda cumplirse, el contenido de lo que impone u otorga. Se recoge, así, una de las hipótesis tradicionales de nulidad: aquella en que se frustra el fin que la declaración se ha propuesto porque el mismo o los medios para su obtención, no han sido objeto de la indispensable determinación Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 332.

contradictorios que privan al acto de la necesaria coherencia exigida por la lógica jurídica.[816]

Para que el carácter imposible del acto determine la nulidad, es preciso que sea originaría, si aparece de forma sobrevenida no estamos ante un supuesto de invalidez, sino de ineficacia.[817]

A estos supuestos generales se debe añadir cualesquiera otros supuestos específicamente recogidos en el ordenamiento jurídico de Nicaragua.

Así, por ejemplo, el art. 27. LCE sanciona con la nulidad de pleno derecho el pliego de bases y condiciones que se elabore en contravención de lo indicado en el art. 27 LCE. También el art. 37 LCE sanciona con la nulidad la evaluación de la ofertas utilizando criterios o ponderaciones distintas a las fijadas en el pliego de bases y condiciones de la licitación.

Debe, en todo caso, tenerse en cuenta a la hora de aplicar este listado, que la nulidad de pleno derecho es en el Derecho administrativo una sanción en cierto modo excepcional, por lo que será objeto de interpretación restrictiva.[818]

D. Anulabilidad

La anulabilidad es la sanción que reciben con carácter general los actos administrativos afectados por algún vicio de invalidez.[819] De tal forma que se convierte en una suerte de categoría residual: serán anulables todos los actos infectados por un vicio que carece de la gravedad para ser considerado como de nulidad de pleno derecho, pero con la suficiente entidad como para determinar la invalidez, esto es, que no constituye lo que más tarde estudiaremos que constituye una irregularidad no invalidante.

No hay una posición unánime acerca de la sanción que debe comportar la desviación de poder. Con carácter general se suele considerar como una causa de anulabilidad. Si bien hay quien discrepa de esta calificación, bien demandando su conversión en todo caso en una causa de nulidad de pleno

816 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que –imposibilidad lógica se produce cuando en la estructura del acto se aprecian elementos irremisiblemente contradictorios, sin que exista aquella lógica congruencia, aquella interna armonía que postula una elemental regla de lógica jurídica–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 188 II.

817 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 613 1997

818 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 200.

819 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 158. Como señala González Pérez, la –anulabilidad constituye la consecuencia general de las infracciones del ordenamiento jurídico administrativo. Cuando un acto administrativo infringe el Ordenamiento jurídico es anulable–. En González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1612.

derecho;[820] bien considerando que debería distinguirse según la desviación consista en la persecución de un fin distinto al exigido por la norma, pero público, o un fin privado del agente, siendo en el primer caso causa de anulabilidad y en el segundo de nulidad de pleno derecho.[821]

Cuando se trata de vicios de anulabilidad, se da un plazo al administrado para impugnarlos. Trascurrido éste, el vicio deviene inatacable, presumiéndose que ha sido consentido por el afectado y quedando firme a todos los efectos. Se puede afirmar, por ello, que son vicios que sanan con el paso del tiempo.[822]

La persecución de los vicios de anulabilidad queda exclusivamente entregada a los afectados por la misma, esto es, puede hacerse valer tan sólo por los interesados.[823]

---

820 En tal sentido, Chinchilla Marín, que apunta que sorprende –que la desviación de poder no figure entre los motivos de nulidad radical, pues el vicio en el elemento causal de los actos administrativos puede revestir en algunos casos una gravedad tal que justifique la aplicación de la sanción máxima de la nulidad de pleno derecho (...). Y sorprende especialmente porque la desviación de poder es, en general, una de las ilegalidades más graves que pueden cometer las Administraciones públicas–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 205.

821 García De Enterría y Fernández Rodríguez consideran que no –es lo mismo, evidentemente, que el fin perseguido realmente sea un fin público, aunque diferente del fijado por la norma, que sea un fin privado del agente. En este último caso hay algo más que una desviación de poder, determinante de la anulabilidad del acto; hay, en efecto, una verdadera apropiación de la organización y de sus instrumentos por el agente en su exclusivo beneficio individual, una usurpación de poderes administrativos indigna de toda protección y cuya depuración no puede quedar al arbitrio del particular concretamente afectado por el acto producido–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 634-639. 1997. Véase también, Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 272.

822 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, pp. 1609-1610. Escuin Palop, Op. Cit., nota 446, pp. 276-277. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 263. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, pp. 113-114. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 162. Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, que la –anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio exclusivo del particular afectado por el acto viciado. Para ello se reconoce a éste la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de nulidad del acto. Si esta reacción del afectado no se produce el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de dependencia prolongada–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 629. 1997.

823 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 263.

El acto anulable puede ser, asimismo, convalidado, mediante la eliminación del defecto que impedía su validez, con lo que queda sanado y produce sus efectos normales.[824]

En el Ordenamiento jurídico de Nicaragua podemos encontrar un ejemplo en el art. 38 LCE, que permite admitir las ofertas que presenten defectos de forma, omisión o errores leves, que no modifiquen sustancialmente los principios de igualdad, transparencia y economía de la oferta y puedan corregirse en la propia oferta o dentro del plazo común que fije el Comité de Licitación (art. 38 LCE).

La anulabilidad produce efectos ex nunc, esto es, desde el momento en que se declara ésta por el órgano administrativo o judicial competente. Respetándose, en consecuencia, los efectos producidos por el acto hasta que se produce su efectiva invalidación.[825]

A diferencia de la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad requiere de un pronunciamiento expreso de un órgano administrativo o judicial competente que la haga valer, por lo que la resolución o sentencia que declare la misma tiene carácter constitutivo.[826]

E. Irregularidad no invalidante

En el ámbito del Derecho administrativo junto a las dos categorías básicas de invalidez, nulidad de pleno derecho y anulabilidad, se distingue una categoría adicional, la irregularidad no invalidante, entendiendo por tal aquellas deficiencias de escasa entidad, que no ostenta, por ello, de fuerza invalidante.[827]

Las razones a las que obedece la existencia de esta tercera categoría de vicios debe buscarse en motivos prácticos de eficacia procesal: no tiene sentido proceder a la anulación de actos que adolecen tan sólo de pequeñas irregularidades que no les impiden en absoluto realizar correctamente su cometido.[828]

---

824 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 162. Como indica González Pérez, los –actos administrativos anulables, a diferencia de los nulos de pleno Derecho, pueden ser subsanados. Al desaparecer el defecto que los invalidaba, el acto deviene válido. Se borra la infracción en que incurriría y, por tanto, el acto queda plenamente ajustado a Derecho–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1637.

825 González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1610. Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 625, p. 263. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, pp. 112-113.

826 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 263.

827 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 274. Señala Boquera Oliver que la –infracción leve del Ordenamiento jurídico –calificada como irregularidad- no repercute sobre la eficacia jurídica de los actos administrativos, aunque puede ocasionar responsabilidad administrativa para su autor–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, p. 111.

828 Como señala Morell Ocaña, –un imperativo pragmático lleva al mantenimiento de aquellos actos administrativos que, aun presentando una deter-

Dentro de esta categoría se suelen comprender, en primer lugar, las actuaciones realizadas por la Administración fuera de plazo, siempre que ese plazo no sea esencial.

Debiéndose considerar esencial, y por lo tanto, con trascendencia anulatoria, aquellos plazos a los que el ordenamiento jurídico anuda una consecuencia jurídica ineludible y los que en un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva serían susceptibles de otorgar una ventaja competitiva a los demás candidatos.[829]

Frente a ello, serán irregularidades no invalidantes la vulneración de aquellos plazos que el ordenamiento jurídico no establece con un propósito esencial, sino tan sólo para evitar una demora excesiva en el cumplimiento por parte de la Administración de sus cometidos.[830]

También se incluyen, en segundo lugar, dentro de esta categoría, aquellos defectos de forma que no impiden que el acto produzca su fin ni generan indefensión.[831] Consecuencia que se deriva de la instrumentalidad de las formas, que sólo tendrán trascendencia cuando afecten al fondo, esto es, al contenido material del acto.[832]

Debe entenderse que se trata de defectos que impiden al acto alcanzar su fin aquellos que impiden decidir acerca de la validez o invalidez de éste.[833]

Las especiales consecuencias derivadas de los vicios procedimentales: la nulidad de actuaciones.

Si durante la tramitación de un procedimiento se incurre en un vicio de trascendencia anulatoria se produce, como regla general, la nulidad de actuaciones,[834] esto es, la anulación del trámite desde el momento en que se produce ese vicio, obligando a la nueva tramitación del procedimiento desde ese momento.[835]

---

minada irregularidad, pueden alcanzar el fin propuesto, sin merma de las garantías que el ordenamiento brinda a las libertades y derechos de los particulares–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 324.

829 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 161.

830 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 1e13, pp. 199 II.

831 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 274-275.

832 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 500.

833 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 161.

834 Enríquez Sancho, Op. Cit., nota 651, p. 273. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 347.

835 González Pérez apunta que, con –la expresión "nulidad de actuaciones" se designa todos los supuestos de ineficacia de los actos de un procedimiento como consecuencia de haberse incurrido con anterioridad en un defecto de procedimiento esencial–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1637. Villar Palasí y Villar Ezcurra señalan que en tales supuestos –todo el procedimien-

Este modo de sancionar los defectos procedimientales ha sido criticado por una parte de la doctrina, que considera que lo que procede es resolver sobre el fondo, pese a ese defecto de forma, siempre que sea posible; y en caso de que no lo sea, simplemente anular el acto impugnado, pues en caso contrario se sanciona en contra del recurrente, dejando en manos de la Administración la posibilidad de mantener el procedimiento eternamente pendiente, mediante la provocación sucesiva de la nulidad de actuaciones. Si bien debe admitirse la nulidad de actuaciones en vía administrativa, en virtud de los poderes jerárquicos del órgano encargado de conocer el recurso, que le permiten retrotraer el procedimiento para su correcta tramitación.[836]

F. Invalidez y plazo de impugnación

La impugnación de los actos administrativos está sujeta a rigurosos plazos de caducidad. Transcurridos éstos sin la interposición del correspondiente

---

to se anula a partir de la infracción advertida mediante la resolución estimatoria del recurso, que se limita, por ello, a declarar la nulidad de lo actuado con posterioridad y a restituir las actuaciones al estado que tenían cuando se cometió el error. Su efecto es, por tanto, meramente negativo–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 243 II.

836 Es la opinión de García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que esta –estructura de las sentencias, limitada a declarar la nulidad de lo actuado y a ordenar la reconstrucción del expediente a partir del momento en que se cometió el defecto formal, carece de justificación institucional (...) y lleva consigo, en muchas ocasiones, una prima de ilegalidad y una paradójica condena en perjuicio del recurrente.

Carece de justificación institucional, porque si el defecto de forma tiene verdadera trascendencia por haber sustraído elementos de juicio de valor esencial, lo que procede es anular el acto viciado pura y simplemente, sin añadir orden alguna de reconstruir el expediente, decisión que la Administración es libre de adoptar–.

–Supone en muchos casos una prima a la ilegalidad y una condena en perjuicio del recurrente, porque se deja en manos de la Administración prolongar indefinidamente la situación de injusticia, sin más que reiterar los vicios formales en cada nueva tramitación–.

–Por todas estas razones es forzoso considerar como una práctica viciosa la declaración de nulidad de actuaciones por vicios formales.

Si éstos existen, hay que tratar de llegar a pesar de ellos a un enjuiciamiento del fondo, siempre que sea posible; si no lo es, porque la comisión de la infracción formal ha sustraído elementos de juicio esenciales que impiden una valoración del acto en cuanto al fondo, lo que procede es declarar sin más la nulidad de dicho acto y restablecer de inmediato la situación del recurrente indebidamente alterada por el mismo–.

–Sólo en el ámbito administrativo (...) es posible acordar la nulidad de lo actuado y la retroactividad del expediente al momento en que el vicio de forma fue cometido (...). Esta posibilidad se justifica solamente en el ámbito de la supremacía jerárquica del órgano administrativo que resuelve el recurso

recurso, se produce la inatacabilidad del acto, generándose de está forma una prescripción de facto de los derechos materiales afectados por el mismo.

Esta tesis encuentra apoyo en la necesidad de seguridad jurídica,[837] si bien dicho fundamento debe ser contrarrestado por las exigencias de la tutela judicial efectiva, que parece claramente reñida con los efectos que produce este restrictivo régimen.[838] Tienen, por ello, razón, quienes se han mostrado críticos con esta doctrina.[839]

(...), pero no es posible trasladarla al campo del recurso contencioso-administrativo por la sencilla razón de que éste no es un recurso jerárquico, ni los Tribunales de la Jurisdicción son superiores de la Administración–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 639-640. 1997

837 En tal sentido Boquera Oliver, que señala que la –seguridad jurídica no es compatible con dejar abierta indefinidamente la posibilidad de discutir y, en su caso, destruir, el acto presuntamente legal–. A lo que añade que permitir –que cualquier pueda interponer recursos sería conveniente para la vida en comunidad, pues debe anularse todo acto ilegal, lesione o no lesiones intereses o derechos del recurrente, pero permitir que éstos se impugnen en cualquier momento produciría una grave inseguridad para las relaciones jurídicas y abriría la posibilidad de paralizar la actividad de la Administración. No es un signo de progreso paralizar a quien debe procurar la satisfacción de los intereses públicos–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, pp. 128-129.

838 En tal sentido Brewer-Carías señala que esta prerrogativa –se justifica por la necesidad de que las actuaciones administrativas tengan cierta estabilidad en beneficio de la seguridad jurídica–.

–Ahora bien, la consideración de la vía contencioso-administrativa como una manifestación del derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, sin duda exige compatibilizar el principio de la estabilidad de las decisiones administrativas con el principio de legalidad–. Brewer- Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, p. 149.

839 En tal sentido Parada Vázquez, que considera que el –derecho a combatir una injusticia es una garantía de quien lo sufre, sin que se le pueda obligar a hacerlo a seguidas del acto mismo que considera lesivo, o en un brevísimo plazo so pena de perder definitivamente su derecho, porque quizás no sea desde su particular circunstancia personal o económica el momento más adecuado para afrontarlo–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 440, pp. 759-760. Morell Ocaña, por su parte, entiende que esta doctrina –ha llevado a una situación absolutamente criticable desde el punto de vista de la propia primacía de la legalidad, ya que el acto que se ha convertido en inimpugnable puede ser ilegal. Es decir, se ha terminado por imponer el postulado de estabilidad de las situaciones jurídicas generadas por un acto administrativo al de la legalidad de la actuación de la Administración–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 418. García De Enterría y Fernández Rodríguez señalan: –criticamos enérgicamente este estado de cosas, cuya falta de justificación, material y técnica, considerábamos indiscutible. Decíamos entonces que no era justo que pudieran perderse derechos sustantivos de los particulares por el simple transcurso de unos pocos días y que en la base de ese planteamiento latía una confusión inadmisible entre las cuestiones de procedimiento y las cuestiones de fondo, entre el concepto de facultades

A pesar de ello, el Derecho positivo de Nicaragua mantiene la sujeción de la impugnación de la actividad administrativa a breves plazos de caducidad, por lo que transcurridos éstos se cierra la posibilidad de recurrir ese acto, que deviene inatacable.

Dicho razonamiento no es aplicable, sin embargo, aunque haya alguna opinión en contra,[840] a los actos afectados por vicios de nulidad de pleno derecho que, en cuanto imprescriptibles podrán ser impugnados en cualquier momento,[841] por lo que no podrá aplicarse a los mismos la excepción de acto confirmatorio.[842]

6. La conservación del acto administrativo invalido

Por razones obvias de eficacia, hay que tratar de reducir al máximo las consecuencias derivadas de la invalidez de los actos administrativo, a fin de evitar un gasto inútil de tiempo y de dinero. Esto obliga a restringir los efectos invalidantes de los vicios a aquellos actos o partes de un acto que se ven afectadas propiamente por la infracción del ordenamiento jurídico que se trate, sin

---

procedimentales y el derecho material, confusión que resultaba de una traslación al Derecho Administrativo material del efecto formal de "preclusión procesal"–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 630. 1997

840 En ese sentido, Boquera Oliver, que considera que si se consolidara esta tesis, –con sólo decir que se impugnan actos nulos de pleno derecho, podrán interponer recursos quienes quieran, cuando quieran y contra lo que quieran, y con los actos nulos de pleno derecho se podrá hacer lo que se quiera. Esta actitud tiene justificación si existen "indicios racionales" de que lo impugnado es una apariencia de acto administrativo, pero no es legalmente posible si los "indicios racionales" son de que el acto administrativo es nulo de pleno derecho. Si para evitar caer "en actividades inútiles" los jueces olvidan la presunción de legalidad del acto administrativo y las exigencias procesales que ésta comporta, resultarán superfluos el Derecho administrativo y las normas reguladoras de los procesos contencioso-administrativos–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, pp. 127-128.

841 Como señala Brewer-Carías, –la caducidad de un recurso de nulidad por transcurrir el lapso (...) previsto en la ley para su ejercicio, no puede convertir en legal lo que es ilegal, y menos aún puede dar estabilidad a decisiones que, por ejemplo, estén viciadas de nulidad absoluta o violen derechos constitucionales–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, p. 151.

842 Apuntan Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González que los –característico del acto afectado de nulidad absoluta consiste en que "no corren los plazos para su impugnación" al tratarse de acto que tractu tempore convaleceré non potest; por lo que frente a un recurso formalmente extemporáneo contra el mismo no podría invocarse la doctrina del "acto confirmatorio"–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González Op. Cit., nota 435, pp. 27-28.

extenderla, por lo tanto, a aquellos actos o partes de un acto cuyo contenido hubiera sido el mismo si no se hubiese incurrido en esa vulneración legal.[843]

Un primer grupo de medidas en tal sentido, viene referido a los supuestos en que se produce un vicio invalidante en las actuaciones durante la tramitación de un procedimiento administrativo. En tal supuesto, esa infracción no va a producir tan sólo la invalidación del acto de trámite concretamente afectado, sino también de todos los subsiguientes a éste que, al ser el procedimiento administrativo una unidad integrada por actos vinculados entre sí, estarán normalmente relacionados con el viciado.[844]

Sin embargo, en aplicación del principio de conservación del acto administrativo se deberán tratar de reducir estos rigurosos efectos siempre que sea posible. Así, cuando nos encontremos con actos que no se vinculan con el viciado y son, por tanto, totalmente independientes de éste, aunque sean posteriores al mismo, conservarán su validez.[845]

843 Señala González Pérez que el –principio favor acti se traduce en la presunción de validez (...). Llega hasta eliminar la invalidez por razón de economía procesal cuando la repetición de las actuaciones conduciría a un resultado igual o, al menos, a limitar sus efectos–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1628. En la misma línea, Chinchilla Marín señala que esta restricción de la invalidez es –la aplicación en el ámbito del Derecho administrativo de la regla general expresada por el aforismo romano utile per inutile non vidiatur. Con ello se trata de evitar que la ilegalidad de un acto, ya sea determinante de nulidad de pleno derecho o anulabilidad, no contamine al resto del procedimiento o de los actos dictados como consecuencia del que se declara nulo o anulable. Se establece así la intransmisibilidad o incomunicación de las nulidades para evitar que lo "útil" se vicie por lo "inútil"–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 207.

844 Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, p. 233. Como señala González Pérez, en –principio, la anulabilidad de un acto de los que integran el procedimiento determina la de los actos sucesivos del mismo y, por tanto, la anulación supondrá retrotraer las actuaciones administrativas al trámite en que se cometió la infracción–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1629.

845 Como señala González Pérez, existen –actos en los que no se da aquella "causalidad" respecto de los anteriores, que es la propia del procedimiento, actos que aun cuando están integrados en el procedimiento son independientes del anulado. Todas aquellas actuaciones que no traigan causa del acto anulado, han de mantenerse válidas. Y, cuando se repongan las actuaciones al momento en que se cometió la infracción y repitan los trámites ulteriores, resulta necesario repetir las actuaciones que eran independientes del acto que incurrió en la infracción–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, pp. 1629-1630.

Situación que tendrá, no obstante, un carácter más bien limitado en la práctica, pues lo más frecuente será que los actos posteriores estén en relación con los anteriores, y se vean afectados por los vicios que aquejan a éstos.[846]

Tampoco se extenderá la anulación de actuaciones a aquellos actos cuyo contenido no iba a variar si se repitiera su realización. Sería contrario al principio de economía procesal, y a la propia lógica, malgastar medios humanos y materiales en reiterar una actuación que se sabe va a producir idénticos resultados.[847]

Estas medidas que acabamos de examinar se pueden extender también, en algunos casos, al interior del acto administrativo. Éste está compuesto en ocasiones de diversas partes perfectamente diferenciadas.[848] Cuando es sólo una de ellas la que está afectada por el vicio invalidante, no es preciso que todas las demás sigan su misma suerte, pues se podrá salvar la validez de aquellas que sean independientes de la infectada o que no fueran a cambiar en caso de ser repetidas.

Nótese que para que se pueda producir esta salvación parcial de la validez de un acto es necesaria la concurrencia de un doble requisito. Por un lado, es preciso que se trate de un acto divisible, en el que se puedan encontrar partes

846 Considera González Pérez que –difícilmente se aplicará esta excepción. Pues lo normal es que entre los actos que integran el procedimiento exista aquella conexión causal. De tal modo que cada uno presupone los anteriores. Así la audiencia y vista será de todo el expediente –por tanto, presupone todos los actos anteriores-, el informe de un órgano, por lo general, deberá emitirse a la vista de los anteriormente emitidos, etc. Ahora bien, puede que en algún supuesto no se dé aquella relación de causalidad y exista acto independiente al anulado. Así, respecto de los informes que se emitieron (y obran en el expediente) sin tener a la vista el informe omitido (omisión que da lugar a la anulabilidad) cuando éste no era presupuesto de aquéllos. Cuando así se regule, será absurdo que, anuladas las actuaciones, se repitieran unos informes que deben emitirse sin tener a la vista el anterior precisamente omitido y emitido al reponerse las actuaciones. Asimismo cuando la infracción consiste en la omisión del trámite de audiencia respecto de algún interesado, no tendría sentido anular la audiencia concedida a los demás y repetirla en su caso–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1630.

847 Apunta González Pérez que el –principio de economía procesal, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procedimientos de toda índole, impone la conservación de los actos o trámites cuyo contenido sería el mismo de repetirse las actuaciones –dilatándose la tramitación, en contra del principio de celeridad y eficacia– para llegar a idénticos resultados. Si, racionalmente, puede preverse que se reproducirán los mismos actos, lo lógico es su mantenimiento–. Ibídem, p. 1636.

848 Señala González Pérez que el contenido del acto administrativo –no constituye una unidad indivisible: puede estar formado por declaraciones que aisladamente consideradas formen un todo que sean independientes de las demás–. Ibídem, p. 1631.

independientes las unas de las otra, bien desde el punto de vista subjetivo (que venga referido a dos o más sujetos) u objetivo (contenga aspectos distintos, susceptibles de individualizarse los unos de los otros). Por otra, es preciso que la parte salvada no dependa de elementos de la parte viciada, esto es, que la parte no anulada cuente con todos los elementos precisos para su validez por sí sola, y que tenga entidad propia para satisfacer el interés público que se pretendía.[849]

Para que así ocurra, el defecto se debe dar en el contenido del acto, nunca en sus elementos estructurales (causa, fin...), pues la falta de éstos llevaría aparejada siempre la invalidez del acto en su conjunto.[850]

La conversión del acto administrativo es una medida dirigida a lograr la misma finalidad que las que hemos examinado con anterioridad, pero está dotada, sin embargo, de una naturaleza diferente. En este caso no se trata de mantener la validez del acto, sino de transformarlo en otro distinto. Más precisamente, se convierte un acto que es inválido como tal, en otro distinto, que si sería valido, pues se cumplen todos los requisitos que precisa éste para su validez.[851]

La conversión no supone propiamente la conservación del acto viciado, pues éste es inválido y desaparece. Más bien lo que supone es la creación con los elementos de ese acto inválido, por motivos de eficacia, de otro diferente que si es valido. Hay, por tanto, que distinguir en la conversión entre un acto

849 En tal sentido Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 208. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 347-348.

850 Así lo señala Boquera Oliver, indicando que esta solución –sólo es aplicable al contenido del acto administrativo; a partes del contenido del acto administrativo. Si el contenido del acto lo constituyen derechos y obligaciones y se anula alguno o algunos de ellos por ilegales, los restantes pueden subsistir si no existe interdependencia esencial entre unos y otros. La causa, la voluntad, la forma y el fin no tienen partes. Ni el término "partes" de dicho precepto puede entenderse como elementos componentes del acto administrativo porque la invalidez de un elemento constitutivo del acto origina la destrucción de éste–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 131, pp. 114-115.

851 Chinchilla Marín define la conversión como la –técnica en virtud de la cual se "salva" a un acto de la anulación mediante su transformación en otro distinto–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 209. Morell Ocaña considera que la conversión es –la figura jurídica en cuya virtud, y por efecto directo de la ley, el acto nulo o anulable que, sin embargo, contenga los elementos constitutivos de otro distinto, producirá los efectos de éste–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 348. Bocanegra Sierra entiende que la conversión de los actos administrativos es –la transformación de los mismos en un acto de otro tipo cuyos requisitos de validez, tanto formales como materiales, cumplen–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 191.

nulo que queda invalidado, y un acto nuevo y distinto que nace de los elementos del anterior.[852]

Nótese que no se trata de una convalidación, supuesto en el que se sanan los vicios que impiden la invalidez de un acto, eliminando así los obstáculos para su validez. En este caso no hay ninguna curación de vicios, sino la simple mutación de un acto, para convertirse en otro diferente.[853]

En realidad, la conversión no opera en el ámbito de la validez, sino de la eficacia. El acto que era inválido lo continúa siendo, pero se salvan algunos de los efectos del mismo, en cuanto los elementos que permiten éstos no están afectados por el vicio de que se trate.[854]

No es la conversión una figura que se paute fácilmente a los postulados básicos del Derecho administrativo, por lo que su aceptación en dicho ámbito no es excesiva. Hay, por ello, quien niega su operatividad en nuestra disciplina, donde es posible siempre encontrar técnicas más adecuadas para dar satis-

852 En tal sentido González Pérez, que apunta que de ahí que no –sea muy apropiado hablar de conversión, de transformación. Porque el acto desaparece. Si bien, al existir en él elementos que, a tenor del ordenamiento jurídico, son constitutivos de otro distinto, se dan los efectos propios de éste. El acto del que derivan los efectos que subsisten es, por tanto, un acto nuevo. No deriva del invalido. La conversión que existe entre uno y otro no es otra que los elementos que dan vida al acto nuevo se daban en el nulo–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1633. La misma opinión Chinchilla Marín, que considera que –el acto que, a pesar de tener vicios determinantes de nulidad o anulabilidad, reúna los elementos constitutivos de otro distinto, se transformará en este segundo, por la sencilla razón de que, al cumplir con todos los requisitos o elementos que componen un acto administrativo –subjetivo, objetivo, formal y causal–, es un acto completo y válido que el principio favor acti exige mantener como acto distinto al que inicialmente se pretendió producir–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, pp. 210-211. También esa opinión, Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 348.

853 Señala González Pérez que estamos –ante un supuesto distinto al de convalidación. En la convalidación se mantiene el acto invalido, una vez limpiado del defecto de que adolecía.

En la conversión se da vida a otro acto distinto. Desaparece el acto invalido –nulo o anulable- y nace otro nuevo–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1633.

854 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que la conversión –se mueve aquí en el plano de la eficacia, no en el de la validez. El acto nulo o anulable no deja de ser tal, ni queda sanado o convalidado. Si así se solicita por los interesados, no habrá más remedio que declarar su nulidad. Sin embargo, las consecuencias de dicha nulidad se dulfican, admitiéndose por la Ley como legítimos aquellos efectos que puedan considerarse amparados o justificados por los elementos del acto no afectados por el vicio que determina su nulidad o anulabilidad–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 641. 1997

facción a sus funciones.[855] Otros, de forma más matizada, se limitan a señalar que no parece muy probable que sea objeto de una profusa aplicación, que dificulta la improbable concurrencia de los elementos precisos para la validez de un acto en otro, lo que incluye la necesidad de concurrencia de un mismo fin, pues en caso contrario se estaría cayendo en una desviación de poder.[856]

La doctrina discute acerca de la necesidad de emitir un acto formal de conversión para que ese efecto se produzca. Así, para algunos autores es evidente la necesidad de esta confirmación formal por razones de seguridad jurídica;[857] mientras que otros la reputan innecesaria.[858]

7. Revocación y revisión de oficio

Con carácter general, la revocación se define como la retirada definitiva de un acto propio por parte de la Administración, mediante la emisión de otro de signo contrario.[859] A partir de aquí las posiciones doctrinales se bifurcan, pues algunos autores denominan revocación a la eliminación de un acto ad-

---

855 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que, de –dudosa generalización en el propio Derecho Privado (...) es inadmisible en el Derecho administrativo. En éste priva no la interpretación de la voluntad eventualmente reconstruida del agente administrativo, sino el ajuste del acto objetivado en su expresión exterior al Ordenamiento jurídico, su naturaleza no es la deseada por tal agente, sino la que resulte de una interpretación objetivada a través de las normas–. –Prácticamente no hay un solo caso en la heterogénea serie de supuestos posibles que no pueda resolverse en Derecho administrativo por medio de otras técnicas más apropiadas. De otro lado, la fungibilidad de tipos legales que supone la conversión, es contraria a la tipicidad normativa del acto administrativo–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 173-174 II

856 Señala Chinchilla Marín que el –Derecho administrativo deja (...), en mi opinión, poco margen para malabarismos de transformaciones o conversiones de fines y formas que, por otra parte, siempre encontrarán el freno de la desviación de poder. La segunda razón es que la finalidad que se pretende alcanzar con la conversión es igualmente alcanzable con la técnica de la convalidación de los actos administrativos–. Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 211. También en esa línea Morell Ocaña, que señala que –ha de darse identidad de fines; entre el acto primitivo y el que resulta de la conversión (...). Si el resultado práctico es distinto, la conversión pierde su fundamento, que es el principio de conservación. Por otra parte, si no existiese identidad de fines, podría llegar a apreciarse desviación de poder–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 348.

857 González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1634. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 348-349.

858 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 662, p. 211.

859 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez que señalan que se –entiende por revocación la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 642. 1997

ministrativo valido por razones de oportunidad.[860] Mientras que para otros la revocación es la extinción del acto por propia iniciativa de la Administración, independientemente de los motivos en los que se base, sean de oportunidad o ilegalidad.[861]

La revocación es una figura siempre polémica. Entendida como la extinción de un acto por motivos de oportunidad constituye una institución con un cierto carácter indeseable, en cuanto supone la eliminación de un acto perfectamente válido, abriendo así la puerta a la arbitrariedad y a la discriminación, por lo que no cabe admitirla con carácter general.[862]

Si bien encuentra apoyo en la necesidad de adecuar las decisiones a las cambiantes exigencias del interés público. Desde esta perspectiva no deja de ser una figura dirigida al cumplimiento por parte de la Administración de su función propia: el servicio a los intereses generales.[863]

---

860 Bocanegra Sierra, –La revocación de los actos administrativos, en especial, su anulación de oficio–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer- Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA, 1997, p. 273. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, pp. 229-230. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 200 II. También Morell Ocaña, que la define como –un cambio unilateral de la voluntad de la Administración, que tiene por objeto la extinción de un acto administrativo anterior, válido pero cuya subsistencia es inconveniente para los intereses públicos–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 251-252. También Entrena Cuesta, que entiende –por anulación la eliminación de un acto administrativo en virtud de los vicios que le afecten. Y por revocación, la eliminación, asimismo, de un acto administrativo como consecuencia de la adopción de nuevos criterios de apreciación del interés público–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 262.

861 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la –revocación consiste en la anulación de los actos administrativos a iniciativa y por la misma Administración que les ha dado nacimiento–. A lo que añade que no –nos parece necesario emplear términos diferentes para expresar la clase de motivos que mueven a la Administración a extinguir sus actos administrativos, pues con ello no se gana en precisión en ningún orden de cosas–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 371. También García De Enterría y Fernández Rodríguez que consideran que existe –una revocación por motivos de legalidad (retirada de actos viciados) y una revocación por motivos de oportunidad (retirada de actos perfectamente regulares en sí mismos, pero inconvenientes en un momento dado)–. Op. Cit., nota 113, p. 642(1997). Pág. 642.

862 Como señala Santamaría Pastor, una –potestad de revocación basada en puros motivos de oportunidad constituye una auténtica invitación a la arbitrariedad, en la medida en que ni la adecuación y corrección de las circunstancias de oportunidad es fácilmente controlable por un Tribunal, ni puede existir garantía alguna eficaz de que dicha potestad se ejerciera con sujeción al principio de igualdad–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 174.

863 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que –la revocación tiene como finalidad llevar a cabo una modificación o supresión de los efectos de un acto por

Hay algunos autores que niegan su posibilidad incluso tratándose de actos desfavorables para el administrado, argumentando que el acto administrativo no aparece nunca con el propósito de hacer sufrir al ciudadano, si se dicta un acto perjudicial para éste es porque el interés público así lo exige. Dejarlo sin efecto supone, en consecuencia, desatender ese interés público.[864]

A pesar de ello, parece que no existen grandes obstáculos para admitirla cuando va dirigida contra actos que no producen efectos favorables para los ciudadanos. Lo que excluye, en principio, de su ámbito, los actos favorables

---

motivos de mera oportunidad. No se trata, sin embargo, de una libre elección de la Administración sino de cumplir con ello la finalidad que siempre debe perseguir con su actuación; la mejor consecución del interés público. Como quiera que este interés puede ser cambiante (ya que lo que es oportuno hoy, no tiene porqué serlo siempre) la Administración debe tener la posibilidad de contrarrestar los efectos de una decisión cuyo mantenimiento pugnaría con el interés público, para lo cual se le reconoce un cauce especial–. –Frente al principio que postula la estabilidad de los actos se encuentra también la necesidad de acomodar la situación administrativa a las circunstancias cambiantes de cada momento. De ahí que como consecuencia de esta tensión entre lo permanente y lo mutable (legalidad frente a realidad) se haya arbitrado la posibilidad de que la Administración pueda dejar sin efectos sus propios actos–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 207 II. En sentido similar, Parejo Alfonso, que considera que la –potestad de revocación encuentra un fundamento general en los principios de servicialidad al interés general y de legalidad (...). Si la Administración está positiva y plenamente vinculada por el ordenamiento jurídico y de tal vinculación forma parte su servicialidad al interés general, parece claro que debe quedar facultada desde la misma legalidad para poder cumplir este último servicio, so pena de admitir una contradicción intolerable entre uno y otro aspectos–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 505.

864 Considera Boquera Oliver que no –es válido el argumento de que la Administración puede anular sus actos si con ello no perjudica a los administrados. El acto administrativo que obliga a un particular a sacrificar sus derechos lo hace a favor del interés público. Nunca el acto administrativo que impone una obligación lo hace gratuitamente (de lo contrario sería un acto inexistente por falta de ese fin). La limitación o sacrificio de los derechos o los intereses privados no puede atribuirse a la malicia de la Administración (de lo contrario, el acto no satisfacería el fin público que lo justifica), sino al cumplimiento de su deber de atender a las necesidades de la colectividad. Anular un acto que perjudica al particular equivale a hacer desaparecer un acto que beneficia a la colectividad. La presunción de legalidad del acto administrativo lleva implícita la presunción de que con él se satisface un interés público (para la satisfacción de los fines públicos ha creado el Legislador e l poder de dictarlo, el poder administrativo). Si se presume que un acto ha sido dictado para conseguir un fin público, no puede considerarse que el contrario también atiende al mismo fin–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, pp. 377-378.

al administrado.[865] Si bien esta prohibición de revocación no afectará, en ningún caso, a las meras expectativas de derechos.[866] Podrán ser, también, objeto de revocación, por no afectar a las posiciones jurídicas de los administrados, también los actos puramente organizativos.[867]

Tampoco será posible la revocación de los actos que hayan sido objeto de sentencia judicial firme.[868]

Cuando se trata de actos favorables, como acabamos de decir, la revocación no está, con carácter general, permitida. Prohibición que tiene su origen en el carácter claramente expropiatorio de esta operación. Esto hace que sólo sea admisible cuando haya una habilitación legal previa que permita llevarla a cabo, debiendo venir, además acompañada de la correspondiente indemnización.[869]

No basta al respecto con una simple reserva de revocación contenida en el acto administrativo, pues dada la naturaleza expropiatorio de este tipo de revocación, ya señalada, requiere de respaldo legal en todo caso.[870]

El acto de revocación tiene carácter constitutivo, por lo que sólo a partir de éste produce efectos la revocación.[871]

Mayor permisividad se da a la extinción del acto por la propia Administración cuando se basa en motivos de legalidad. Si bien no falta quien se muestra contrario a dicha posibilidad, sentando la irrevocabilidad general del acto administrativo y propugnando que su invalidación exija en todo caso un pronunciamiento judicial, única vía que ofrece todas las garantías precisas.[872]

---

865 En tal sentido Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, pp. 262-263. También Morell Ocaña, que considera que en –el ámbito del acto administrativo la gran limitación a la potestad de revocación proviene de que el propio acto ha podido crear situaciones de ventaja en favor de los particulares, situaciones que quedarían sacrificadas. De aquí que, a pesar de que la revocación se funde siempre en su oportunidad para el interés público, haya encontrado su oposición y límite en la teoría de los derechos adquiridos. En realidad, la evolución ha situado, dentro de la barrera de los llamados derechos adquiridos –que conceptualmente no tiene demasiada consistencia- toda situación de ventaja o efecto favorable creado por el acto administrativo a favor de un particular–. Morell Ocaña, Luís, Op. Cit., nota 404, p. 252.

866 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 263.

867 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 505.

868 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 262-263.

869 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 657. 1997

870 Bocanegra Sierra: Op. Cit., nota 526, p. 218.

871 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 230.

872 En tal sentido Boquera Oliver, que entiende que –la irrevocabilidad del acto administrativo es una consecuencia lógica de su naturaleza jurídica y, por consiguiente, aquélla constituye un concepto o principio científico de la teoría del acto administrativo–. A lo que añade que, –cuando la Administración

El grado de invalidez del acto, nulidad de pleno derecho o anulabilidad, no es criterio determinante para admitir o negar la posibilidad de revisión de oficio.[873] Sin embargo, va a ser determinante a la hora de decidir las formas y condiciones de esa revisión.

Así, con carácter general, parece difícil negar la capacidad de la Administración para revisar sus propios actos cuando están afectados por un vicio de nulidad de pleno derecho, dado el carácter imprescriptible de estos defectos, que en su momento examinamos.

Tratándose de actos meramente anulables la cuestión se muestra más compleja. En principio, no hay grandes resistencias a admitirla cuando se trata de actos desfavorables para los ciudadanos.[874]

Sin embargo, cuando se trata de actos favorables se opone a dicha solución el principio que prohíbe ir contra los propios actos. Si bien, en nuestra opinión, sufriendo de vicios de entidad suficiente para ocasionar la invalidez, dicha regla no es oponible.[875]

---

estime que alguno de sus actos sea contrario al Ordenamiento jurídico y lesivo para sus derechos o intereses, puede presentar al Juez las pruebas de su apreciación y pedirle la anulación del mismo. De este modo el acto será juzgado, y en su caso anulado, por el Juez y no por su autor. Ésta será la mejor garantía para los derechos e intereses de quienes recibieren de los efectos jurídicos del acto administrativo y para el interés público–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 380.

873 En tal sentido, Bocanegra Sierra, que considera que no cabe que –el distinto grado de invalidez de los actos administrativos sirva para justificar la existencia o inexistencia de las potestades de revisión de oficio de la Administración, que no derivan, en absoluto, de la ilegalidad de los actos, sino de los poderes de autotutela que el Ordenamiento le reconoce para la eliminación, por sí misma, de todos los actos administrativos ilegales, eliminación que, eso sí, (...) se somete a distinto régimen jurídico según que la revisión de oficio lo sea de actos nulos o anulables–. Bocanegra Sierra: Op. Cit., nota 526, pp. 206-207.

874 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 263. También Villar Palasí y Villar Ezcurra, que consideran que cuando se trata de actos de gravamen –nada se opone, desde la perspectiva de los administrados, a que la Administración revise tales actos, pues su declaración de nulidad o anulabilidad no perjudica a los destinatarios del mismo y tampoco existe ningún obstáculo desde la perspectiva del interés público, ya que la Administración se halla vinculada a la Ley por lo que el interés público exige la eliminación de los actos nulos o anulables. De aquí que deba afirmarse que la Administración puede revisar los actos de gravamen por un acto de contrario imperio, sin someterse a la observancia de especiales garantías jurídicas–. Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit, nota 113, p.201. II

875 Esa es la opinión de Morell Ocaña, que señala que la –evolución histórica lleva a la aceptación generalizada del principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos (...). La clave reside en la invocación de un principio general del derecho, el que prohíbe "ir contra los propios actos"; ahora bien, y

En cualquier caso, los poderes de revisión de la Administración, ya sea para actos nulos de pleno derecho o anulables, deben encontrar límite en los principios de buena fe y de confianza legítima. En ocasiones la aplicación estricta de la legalidad podría llegar a convertirse en una injusticia aún mayor que la que se deriva de la propia ilegalidad (piénsese, por ejemplo, en la invalidación de un acto nulo de pleno derecho cuando ha pasado un larguísimo periodo de tiempo, en el que se ha dado lugar a toda una serie de relaciones jurídicas de diversas índole que surgen desde la confianza en la aparente legalidad de una situación de hecho que aparenta total regularidad), lo que determina la necesidad de que el órgano enjuiciador pueda hacer prevalecer en determinados casos motivos de equidad respecto a los de legalidad.[876]

8. Rectificación de errores materiales

La rectificación de errores materiales viene a corregir aquellas equivocaciones puramente materiales, aritméticas o de hecho de que pueda adolecer un acto administrativo. No se trata, por tanto, de rectificar un acto por su disconformidad con la legalidad o por motivos de oportunidad, sino tan sólo de adecuar la letra del acto a aquello que se pretendió realmente decir o a aquello que se debió decir pero que un error, ni jurídico ni de juicio, sino puramente fáctico, impidió que dijera.

---

aparte otros matices de la cuestión, tal principio no debiera invocarse cuando se trata de actos afectados por un vicio con virtualidad bastante para crear su ineficacia–. Morell Ocaña, Luís, Op. Cit., nota 404, p. 343.

876 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –el tema de la revocación de actos administrativos por motivos de legalidad es en extremo delicado, en cuanto que atenta contra situaciones jurídicas establecidas. El enfrentamiento entre los dos principios jurídicos básicos, de legalidad y de seguridad jurídica, exige una gran cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto al que alude la vieja máxima summum ius, summa iniuria.

Resaltan, por ello, la necesidad de –modulación en ciertos casos de las consecuencias inherentes al ejercicio de las facultades revisoras y una ratificación del carácter restrictivo con que dicho ejercicio debe contemplarse, un temperamento, en definitiva, de los rigores propios de la revocación, que se corresponde, por otra parte, con la imprescindible limitación de los efectos típicos de la nulidad que se impone en ocasiones a resultas de la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada observancia (protección de buena fe o del tercero inocente o de la confianza legítimamente generada por el acto viciado, etc.)–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 654. 1997.

No es, por tanto, ni un supuesto de anulación ni de revocación, pues el acto es perfectamente válido, manteniéndose en sus términos, si bien salvado ya de las deficiencias que el error de hecho le provocó.[877]

La rectificación de errores materiales requiere para llevarse a cabo el cumplimiento de una serie de requisitos:

a) No podrá implicar una alteración fundamental del sentido del acto.[878]

b) Se debe tratar de correcciones que no conlleven la necesidad de realizar juicio valorativo, ni calificación o interpretación jurídica.[879]

c) Tienen que ser errores manifiestos que puedan ser objetos de fácil constatación, sin necesidad de acudir a elementos ajenos al expediente.[880]

Dado que tiene un carácter meramente rectificador de errores manifiestos, que no implica declaración de validez alguna, se puede realizar sin límite temporal alguno, y sin necesidad de seguir un cauce procedimental específico.[881]

9. Notificación del acto administrativo

La notificación del acto administrativo es la operación jurídica a través de la que se comunica formalmente el contenido del acto administrativo a los ad-

877 Consideran García De Enterría y Fernández Rodríguez que la –pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de trascripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier equívoco–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 652. 1997. Señala Morell Ocaña que –la potestad de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, no constituye una hipótesis integrable dentro de las figuras de la revocación o anulación de los actos administrativos; muy al contrario, es la propia ostensibilidad del error, en este caso, la que permite, por una parte, apreciar sin dificultad la primacía de la voluntad sobre lo declarado, y, por otra, la subsistencia del acto administrativo en su integridad, más aún, adoptando de modo definitivo la expresión formal coincidente con la voluntad que el sujeto o sujetos quisieron manifestar–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 351. Véase también Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 220.

878 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 652 1997.

879 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 652 1997. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, p. 211 II. Bocanegra Sierra: Op. Cit., nota 526, p. 220.

880 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 652-653 1997. V Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 211 II. Bocanegra Sierra: Op. Cit., nota 526, p. 220.

881 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 652 1997

ministrados interesados en éste, haciendo depender de su correcta realización su eficacia.[882]

La doctrina científica discute su naturaleza jurídica. Así, para algunos el acto de notificación es un acto administrativo a través del que se comunica otro acto administrativo (acto notificado).[883] Para otros, sin embargo, la notificación no es un acto administrativo, sino tan sólo una condición de la eficacia del acto administrativo que se notifica,[884] o un trámite de la ejecución del acto.[885]

882 González Navarro define la notificación como el –acto de dirección procesal por el que una Administración pública (y, más ampliamente, un poder público) comunica a una persona física o jurídica, nominativamente determinada, el contenido de un acto administrativo que le afecta, en ocasiones imponiéndole una determinada carga procesal que también debe precisársele, y de cuya recepción por el destinatario o por un tercero legalmente subrogado a estos efectos, debe quedar constancia en el expediente–. González Navarro, Op. Cit., nota 448, p. 948. Martín Rebollo, por su parte, considera que la –notificación consiste en una comunicación formal del acto administrativo de que se trate, de la que se hace depender la eficacia de aquél y que constituye una garantía tanto para la Administración como para los administrados–. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 176. Morell Ocaña considera que la notificación es –una declaración de conocimiento que realiza la Administración, sobre la existencia de un acto que afecta al particular o particulares a que se dirige–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 195. Boquera Oliver entiende que la –notificación es la comunicación individualizada del acto administrativo a su destinatario–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 284. Parejo Alfonso señala que la notificación –consiste en una comunicación formal y personal del contenido del acto a su destinatario–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 488.

883 Esta es la posición de González Pérez, que considera que –la notificación es el acto por el que se pone en conocimiento de una persona un acto anterior. Es, por tanto, un acto independiente del notificado, aunque de él pueda depender la eficacia de éste–. González Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 1534. También Entrena Cuesta, que considera que la notificación –no forma parte del acto, sino que le sigue: es ulterior a su perfección–. –La notificación es, pues, un nuevo acto–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 233. Igualmente Bocanegra Sierra, que entiende que la notificación y la publicación son –actos independientes del propio acto administrativo notificado o publicado, pero condicionantes de su eficacia–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 137.

884 En tal sentido Parada Vázquez, que considera que la –notificación y la publicación más que una clase de actos son una condición de la eficacia de los actos administrativos–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 440, p. 138.

885 Esa es la opinión de Boquera Oliver, que entiende que la –notificación es un trámite de ejecución del acto. El primer trámite, y muchas veces el único, del procedimiento de ejecución del acto administrativo–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 285.

El Derecho de Nicaragua se ha situado expresamente dentro de la primera tesis, pues la LJ establece que la notificación o comunicación legal del acto administrativo es el –acto por medio del cual se hará saber al interesado el contenido de una resolución de carácter administrativo– (art. 2. 11 LJ).

La notificación o publicación del acto constituye un requisito inexcusable para su eficacia, pues a través de ella el interesado al que va dirigido toma conocimiento de la misma. Condición, obviamente, imprescindible para que pueda ser llevada a la práctica.[886] Si bien no falta opinión contraria, que considera que no es un requisito para la eficacia del acto, sino para su materialización o ejecución.[887]

Debe tenerse presente que la notificación del acto es un requisito que se establece exclusivamente en beneficio de su destinatario. De aquí que la falta de ésta no pueda ser alegada para impedir el cumplimiento de los actos que le favorezcan. No cabe, por tanto, que la Administración se beneficie de la falta de notificación que ella misma ha causado.[888]

Dado que la notificación o publicación del acto no es irrelevante, sino que produce importantes efectos jurídicos, se hace preciso determinar en que supuestos es preciso llevarla a cabo. Para eso hay que dar respuesta a dos cues-

886 Como señala Garrido Falla, el –acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de Derecho objetivo o creador de situaciones jurídicas individuales. En cualquier caso, se comprende la necesidad de que sea comunicado y dado a conocer a la colectividad o a las personas particularmente interesadas en sus efectos. Crear el derecho secretamente carecería de sentido–. –De aquí se desprende que la eficacia de los actos administrativos (...) resulte pendiente, en relación con los de carácter general (especialmente los normativos), por el requisito de la publicación y, en relación con los de carácter concreto, por la notificación–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, pp. 458-459.

887 En tal sentido Boquera Oliver, que señala que, mientras –la ley no dispone otra cosa, los efectos del acto administrativo comienzan en el día o en el instante mismo en que la voluntad se exterioriza (...), pero no pueden cumplirse hasta que su destinatario no los conoce. Puede llamar la atención que el acto sea eficaz antes de conocerlo su destinatario, pero una cosa es la eficacia jurídica y otra su materialización o ejecución. Los efectos del acto administrativo son creados unilateralmente por la Administración Pública e impuestos a sus destinatarios. La voluntad de éstos no cuenta ni para la creación de los efectos ni para su recepción. El conocimiento del acto por el administrado no es necesario para ninguna de estas dos cosas. El acto primero es válido y eficaz y después lo conoce su destinatario. El particular necesita conocer los efectos del acto para cumplirlos y, en su caso, impugnarlos. La notificación atiende estas dos necesidades. Conocidos por el administrado los efectos del acto, los cumplirá o incumplirá, recurrirá o no recurrirá–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 293-294.

888 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 575 1997

tiones: a) que actos deben ser objeto de notificación; b) a que sujetos deben ser notificados éstos.

En cuanto a la primera cuestión, el Derecho positivo de Nicaragua la exige únicamente para las resoluciones de carácter administrativo (art. 2. 11 LJ). Interpretando literalmente este precepto se podría considerar, entonces, que únicamente es exigible respecto a las resoluciones o actos definitivos, no siendo precisa, por tanto, para los actos de trámite.

Dicha solución es, sin embargo, inaceptable de todo grado. Aunque con carácter general esa posición es correcta, las resoluciones deben ser en todo caso notificadas o publicadas, mientras que los actos de trámite no, hay, sin embargo, algunos actos de trámite que si deben serlo. Así, lógicamente, resulta imprescindible notificar los denominados actos de trámite cualificados, esto es, aquellos que por impedir la continuación del procedimiento, decidir directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, provocar indefensión o perjuicio irreparable, se equiparan a una resolución y pueden ser objeto de impugnación autónoma. A los que se debe añadir aquellos otros que sin ser susceptibles de impugnación separada pueden servir de base para impugnar la resolución final del procedimiento en el momento en que se dicte ésta.[889]

Menos problemas plantea, sin embargo, determinar a quien es obligatorio notificar, pues el Derecho positivo de Nicaragua da respuesta de forma expresa y adecuada a esta cuestión, exigiendo que se notifique a los interesados (art. 2. 11 LJ). Debiéndose entenderse, en principio, que ese deber se tiene que cumplir respecto a todos los interesados conocidos. Si bien se podrá, excepcionalmente, omitir la notificación a aquellos interesados a los que el acto en cuestión no les afecte de ninguna forma.[890]

La importante función que está llamada a cumplir, en cuanto de ella depende no sólo el conocimiento del acto por los interesados, sino la propia eficacia de éste, determina que se someta a rigurosos requisitos formales de los que

889 Considera Martín Rebollo que no es preciso impugnar con carácter general los actos de trámite, pues –tal interpretación extrema no significa una garantía constatable adicional para el administrado, ni incide en el mejor funcionamiento de la Administración (...). En mi opinión, la referencia a los actos de trámite hay que observarla desde el papel institucional que cumple la notificación como garantía individual y, en ese sentido, hay que ponerla en relación con (...) los actos objeto de recurso. Esto es, aquellos actos de trámite que pueden ser objeto de impugnación separada y que son, además de las resoluciones, los actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. Junto a ellos habría que incluir también aquellos otros actos que, aun no pudiéndose impugnar de forma separada, la Ley autoriza expresamente a basar en su infracción el recurso posterior, como sucede con los actos que resuelven sobre la abstención o recusación y, en general, todos aquellos actos con incidencia externa–. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 178.

890 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 95.

depende su validez. De tal forma que la notificación irregular, esto es, la que se realiza sin cumplir los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, no produce sus efectos propios.[891]

Más concretamente, los requisitos a los que se sujeta la actividad se pueden agrupar en dos grandes grupos. En primer lugar, los que hacen referencia al contenido del acto de notificación; por otra, los que indican la forma en que deberá llevarse a cabo esa notificación.

Los primeros aparecen claramente delimitados por el ordenamiento jurídico nicaragüense, que nos indica que la notificación deberá –contener el texto íntegro del acto o resolución y la mención del recurso que en contra de ella procediere, el plazo exacto y el órgano ante quien deberá interponerse y la autoridad ante quien deberá efectuarse– (art. 2. 11 LJ).

Más complejo resulta determinar la forma en que se debe llevar a cabo esa notificación, pues el Derecho administrativo de Nicaragua no contiene una regulación expresa de dicha materia. Por lo que se debe construir de nuevo aquí ese régimen sobre la base de referencias doctrinales y criterios generales de lógica jurídica.

En primer lugar, es imprescindible, por la lógica necesidad de seguridad jurídica, que la notificación deje constancia fidedigna tanto de la recepción de la misma por su destinatario, como de la fecha y del contenido del notificado. Si no fuera así no quedaría otro remedio que fiarse de la palabra de la Administración, con lo que quedaría a su arbitrio realizar esa notificación correctamente, consecuencia inaceptable, dada la importancia de la función que debe cumplir.[892]

En cuanto al sujeto que debe recibir la notificación, se debe realizar a los interesados (art. 2. 11 LJ). Si bien si se ha designado a un representante se

---

891 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 178. Madrigal García, –Eficacia de los actos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Carperi, 1993, p. 252. Señala Martín Rebollo que al –tratarse de una garantía que (...) afecta al principio de buena fe en las relaciones de las Administraciones públicas y los ciudadanos y aun el derecho a la tutela efectiva, está rodeada de rigurosos requisitos formales cuya inobservancia la hace ineficaz–. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 176.

892 Como señala Madrigal García, es necesario que –la notificación se practique por un medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado (o su representante), así como de la fecha, la identidad y contenido del acto notificado. Por tanto si se practica una notificación y a través de la misma no se puede acreditar que efectivamente la ha recibido el interesado (o su representante) o cualquier otra persona a la que la Ley permite la recepción de la notificación, o no se pueda acreditar la fecha en que se practicó, o no se puede acreditar cual es el contenido del acto notificado, la notificación habrá que reputarse igualmente defectuosa–. Madrigal García, Op. Cit., nota 769, pp. 251-252.

podrá realizar a éste, surtiendo los mismos efectos que si se realizara al propio interesado.[893]

La notificación personal será sustituida, sin embargo, en ocasiones por la publicación del acto, entendiendo como tal la operación jurídica mediante la que se comunica formalmente el contenido de un acto a una pluralidad indeterminada de personas.[894] Así se hará, en primer lugar, cuando el acto tenga como destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos. En tal caso, dado que los posibles interesados no son conocidos, parece que pocas dudas pueda suscitar la adopción de esta solución.[895]

La misma solución se debe dar en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. En estos supuestos el sujeto es indeterminado sólo en el momento de la convocatoria, después, están ya identificados los candidatos. Pero, aun así, sería imposible la notificación personal por motivos de eficacia. Si la Administración tuviese que entenderse personalmente con todos los interesados, notificándoles las distintas resoluciones del procedimiento, éste se haría eterno. Es, por ello, la publicación la forma más adecuada para comunicarse con los interesados.[896]

También será precisa hacer uso de la publicación en vez de la notificación personal en dos supuestos en que hay imposibilidad de realizarla de otro modo. Bien porque se desconoce el sujeto a notificar o su paradero.[897] O bien porque se ha intentando la notificación en varias ocasiones sin éxito. En este último supuesto será preciso recurrir al mecanismo de la publicación, pues no puede quedar eternamente pendientes los efectos de un acto administrativo, por la dificultad para comunicarse por el interesado (en muchos casos motivada por el propio interesado, que querrá sustraerse de la notificación de un acto que le es desfavorable).

---

893 Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 179.

894 Para Boquera Oliver la –publicación es la comunicación del acto administrativo a un grupo indeterminado de personas–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 306.

895 Señala Madrigal García que cuando –el acto por su propia naturaleza no tiene unos destinatarios determinados, es lógico que se imponga su publicación, dado que resulta imposible la notificación, por la indeterminación de aquellos–. Madrigal García, Op. Cit., nota 769, p. 245.

896 Señala Madrigal García que tal –regulación es lógica, pues iniciado un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva y conociéndose ya los interesados, la notificación personal a los mismos de todas las actuaciones administrativas que pudieran afectarles podría hacer prácticamente imposible la finalización del procedimiento dentro de los plazos legalmente fijados, cuando tal precisión exista, o dentro de un plazo racional, si no hay plazo legal predeterminado–. Ibídem, p. 246.

897 Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 236.

En ocasiones el ordenamiento jurídico establece un plazo para realizar la notificación. Así, por ejemplo, el art. 64 LSC establece que la resolución del procedimiento disciplinario en dicho precepto contemplado –deberá notificarse a las partes en el término de veinticuatro horas–.

El incumplimiento de estos plazos debe reputarse, no obstante, una mera irregularidad no invalidante, que no impedirá la eficacia del acto de notificación extemporáneo.[898] La única consecuencia del incumplimiento de este plazo será la no eficacia del acto notificado hasta que se produzca ésta.

Ya sabemos que la notificación que no cumpla estos requisitos no va a ser válida. Pero el factor verdaderamente relevante no es tanto éste, como las importantes consecuencias prácticas que va a tener para el acto que notifica. Éste no queda invalidado, obviamente, lo que se invalida es el acto de notificación, pero no el acto notificado, que sigue siendo perfectamente valido. Ahora bien, habíamos dicho ya previamente que de la notificación depende la eficacia del acto que se notifica. Al invalidarse el acto de notificación, y no producir sus efectos, esa eficacia no se va a producir. Lo que en definitiva supone que el acto notificado va a permanecer valido pero ineficaz.

De aquí se deriva que el plazo para interponer el recurso contra ese acto no comenzará a contar hasta que se realice la notificación regular, y que éste no adquirirá, en consecuencia, firmeza hasta entonces.[899] A lo que se añade, obviamente, que no podrá ser ejecutado contra la voluntad del obligado.

Nótese que, en realidad, la notificación o publicación no aseguran que el contenido del acto administrativo notificado sea realmente conocido por el destinatario, en la práctica puede que no sea así, es más, en algunos supuestos de publicación es más que probable que no llegue a su destinatario. Sin embargo el ordenamiento jurídico da a esa persona por enterada, esto es, realizada regularmente la notificación o publicación se presume su conocimiento por el interesado, de tal forma que en adelante éste no podrá alegar su ignorancia para eximirse de su cumplimiento.[900]

---

898 Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 294.

899 Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 186.

900 Apunta Boquera Oliver que es efecto de la notificación la –presunción de conocimiento del acto notificado por su destinatario. La notificación del acto administrativo procura que lo conozca su destinatario, pero no puede tenerse la seguridad de que así sea. Por eso el Derecho acompaña a la notificación del acto de la presunción de su conocimiento. Es una presunción análoga, y por la misma razón, que la que beneficia a la publicación de las leyes en un boletín oficial. La ley publicada y el acto administrativo notificado se presumen conocidos por sus destinatarios. Por esta razón su ignorancia no excusa de su cumplimiento. Sin esta presunción legal, la simple alegación de su desconocimiento convertiría en ineficaces a las leyes y a los actos administrativos–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 292.

Este efecto se produce, como decíamos, sólo cuando la notificación o publicación se realiza regularmente. Cabe, no obstante, la posibilidad de que, aunque no se halla realizado en los términos exigidos por el ordenamiento jurídico, el destinatario de la misma se de por notificado, bien acatando expresamente el acto, bien de forma tácita recurriendo éste. El tal caso, sanan los errores de que pueda adolecer la notificación realizada, produciendo sus efectos legales.[901]

Si bien, debe tenerse presente que tal efecto se produce sólo si el interesado interpone el recurso adecuado, si se equivoca e interpone recurso diferente no pueden recaer los efectos negativos sobre él, pues es fruto de una negligencia de la Administración, que no le notificó correctamente. La consecuencia es importante, en cuanto supondrá que en caso de utilizar una vía errónea de recurso, como consecuencia de una deficiente notificación, permanece abierto el plazo para recurrir, no pudiendo alegar la Administración la extemporaneidad del recurso, ni podrá considerarse el acto firme y consentido.[902]

No podrá entenderse, igualmente, que el administrado se ha dado por notificado, convalidando los efectos de la notificación, cuando éste solicita a la Administración que se le notifique correctamente. En tal caso la eficacia del acto notificado no se produce hasta que el administrado reciba la notificación en forma por él solicitada.[903]

Cuando es un acto de trámite de un procedimiento administrativo que requiere notificación el que no es notificado, o lo es incorrectamente, el resultado es la anulación del trámite hasta el momento en que se produjo ese defecto de forma, debiéndose anular todos los actos que traen causa de éste y realizar la notificación, para volver a partir de este momento a tramitar el procedimiento de forma adecuada.[904]

---

901 Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 178. Señala Boquera Oliver que el –particular, al que se le ha notificado defectuosamente el acto, puede, a pesar de ello, darse por enterado de lo que se le ordena u otorga y así manifestarlo. También puede darse por enterado del acto e interponer contra él el recurso procedente. La conducta del administrado no es que subsane los defectos de la notificación, sino que con ella demuestra que ha tenido conocimiento del acto a pesar de los defectos de la notificación. Conseguido el objetivo de la notificación, la ley considera innecesario que se corrijan lo vicios de aquélla. Además, cuando el administrado manifiesta explícita o implícitamente que conoce el acto, después no puede, en contra de sus propios actos, pretender que la notificación por defectuosa no ha producido sus efectos–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, p. 300-301.

902 Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 187.

903 Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 150.

904 Madrigal García, Op. Cit., nota 769, pp. 254-255.

III. La eficacia del acto administrativo y tutela de los derechos de los administrados. las medidas cautelares en el derecho administrativo de nicaragua

1. Eficacia del acto administrativo

Aunque hay quien ha negado la entidad de la eficacia del acto administrativo para ser objeto de un tratamiento autónomo, pues considera que su problemática queda comprendida en la teoría de la invalidez,[905] es usual en la doctrina considerar que se trata de dos aspectos claramente diferenciados,[906] por lo que, en nuestra opinión, resulta imprescindible, examinar con detalle dicha cuestión.

Denominamos eficacia del acto administrativo a la producción por parte de éste de sus efectos propios.[907] Lo que no debe confundirse con su realización material, pues el acto es eficaz cuando su contenido es jurídicamente exigible, con independencia de que se haga realidad o no de hecho.[908]

El acto administrativo, en cuanto manifestación del ejercicio de poder público, se presenta como una realidad de obligatorio cumplimiento, vinculante para todos los sujetos a los que afecte. Sin que el destinatario pueda ampararse para evitar su cumplimiento en su eventual ilegalidad, pues goza a su favor de

905 En tal sentido Nieto, que considera que, en –rigor (...) no hay necesidad alguna de montar una teoría de la eficacia, dado que –en contra de lo que suele decirse- está integrada por naturaleza en la teoría de la validez. Quien solicita una declaración de invalidez no lo hace por el simple prurito personal de demostrar que la Administración se ha equivocado sino con una finalidad práctica muy precisa, a saber, que el acto en cuestión no llegue a producir –o deje de producir- efectos que le son perjudiciales y que la Administración le impone a despecho de todas las irregularidades o ilegalidades (...) de que pueda adolecer–. Nieto, Op. Cit., nota 644, pp. 57-58.

906 Así, Villar Palasí y Villar Ezcurra, que señalan que –la eficacia del acto es un aspecto diferente al de su validez, aunque frecuentemente ambos coincidan. Puede ocurrir, por tanto, que un acto válido no sea eficaz y viceversa–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 165 II.

907 Señala Madrigal García que –la eficacia es la producción de los efectos jurídicos propios de cada acto–. Madrigal García, Op. Cit., nota 769, p. 213. Bocanegra Sierra entiende que la –eficacia de una acto administrativo supone su obligatoriedad jurídica, su capacidad de producir los efectos que, conforme al ordenamiento, persigue–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 108. Villar Palasí y Villar Escurra apuntan que la –eficacia de los actos administrativos significa tanto como su posibilidad para modificar la realidad, creando, extinguiendo o consolidando situaciones jurídicas o derechos–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 113, pp. 148 II.

908 Como apunta Bocanegra Sierra, un –acto es eficaz cuando su contenido resulta jurídicamente vinculante y no cuando se materializa, de hecho, en la realidad–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 108.

una presunción iuris tantum de validez. De tal forma que corresponde probar a quien la alega la existencia de vicios que determinen su invalidez.[909]

Si bien, esta presunción no tiene virtualidad para invertir la carga de la prueba. La presunción de validez obliga al administrado a impugnar el acto que le perjudica, pero una vez que esa impugnación se produce, en el procedimiento o proceso impugnatorio subsiguiente la carga de la prueba se distribuirá según las reglas generales.[910]

En teoría, la presunción de validez requiere para regir de una mínima apariencia externa, de tal forma, que faltando ésta, lo que provocaría la nulidad de pleno derecho, no podría operar. Sin embargo, la doctrina tiende a considerar que estos postulados teóricos no rigen verdaderamente en la práctica, por obra de las facultades de autotutela de la Administración, que vamos a examinar inmediatamente, que permiten al sujeto público imponer sus actos, aún cuando adolecen de vicios de nulidad radical. La eficacia no es, en último término, más que una cuestión de hecho, y la Administración puede en la práctica imponer provisionalmente a los ciudadanos sus decisiones, por más que adolezcan de vicios de la mayor gravedad, con la única excepción de actos tan groseros que entrarán dentro del ámbito del acto inexistente.[911]

---

909 Señala Garrido Falla que el –acto administrativo, como emanado de uno de los poderes jurídicos del Estado, aparece, ante todo, como un acto obligatorio cuyos efectos vinculan igualmente a los administrados y a la propia Administración. Esto puede predicarse incluso del acto administrativo defectuoso, en tanto no sea anulado. De aquí que haya podido enunciarse el principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, que determina que, como regla, los actos administrativos se tengan por válidos y productores de su natural eficacia jurídica, en tanto un interesado no demuestre su invalidez ante la jurisdicción u organismo competente. Se trata de una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario: pero la prueba corre a cargo del particular que ha de utilizar en tiempo y forma los recursos procedentes–. Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 100, p. 461-462. Por su parte, Brewer-Carías define el principio de presunción de legalidad como –el privilegio que tiene la Administración Pública de que sus actos, una vez dictados, se presumen válidos y, en consecuencia, eficaces–. Brewer-Carías, Allan Randolp, Op. Cit., nota 507, p. 33. Véase también al respecto, Vidal Perdomo, –La ejecutividad de los actos administrativos: su presunción de legalidad y legitimidad–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA, 1997, pp. 170-172.

910 Madrigal García, Op. Cit., nota 769, p. 218. Morell Ocaña, Luís Op. Cit., nota 445, p. 244.

911 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la Ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que la presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida

Se ha visto la justificación de esta presunción de validez en la necesidad de salvaguardar la efectividad de la acción pública respecto a la acción paralizante de los sujetos privados, que alegando una eventual ilegalidad, no comprobada, de la actuación pública, podrían frenar el regular ejercicio de las funciones públicas.[912]

No ha faltado, no obstante, la negación de la certeza de este planteamiento por una parte de la doctrina, que parte de la consideración de que todo acto viciado no es invalido, sino ilegal, en cuanto el mero hecho de ser contrario al ordenamiento jurídico no priva a ese acto de sus efectos. Sólo, continúa este sector doctrinal, el acto ilegal pasa a ser inválido cuando es declarado formalmente tal circunstancia por un órgano judicial o administrativo competente. Desde estos presupuestos, afirma esta línea de opinión, no tiene sentido

en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. (...) la presunción de validez sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, por hipótesis, no reúnen los actos nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna–. –Hasta aquí, sin embargo, el planteamiento se mueve en el terreno de los principios. En el terreno de la realidad hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es un problema de hecho y que la Administración puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea susceptible por sí de producir alguna clase de efectos. Dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (puede tenerse por tales la multa de tráfico impuesta por un simple particular o la orden de un agente público de ir a la Luna en automóvil), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material sólo podrá ser destruida por el particular que la soporta utilizando las vías de recurso procedentes–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 570-571 1997.En el mismo sentido, Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 486-487.

912 Señala Danós Ordóñez que este principio –tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la administración en base a cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos–. Danós Ordóñez, Op. Cit., nota 341, p. 572. En la misma línea, apunta Serra Rojas que la –acción pública tiene a su cargo la satisfacción de ineludibles necesidades colectivas y la vigilancia de la actividad privada. El interés general es el regulador de los actos administrativos, el que inspira y determina la marcha del gobierno. Son actos que no deben ser aplazados o dilatados a pretexto de injerencias judiciales, sino actos de poder público regulados por el bien común–. Serra Rojas, Andrés, Op. Cit., nota 160, p. 234.

hablar de tal presunción de validez, pues, simplemente, los actos son válidos mientras no se declare lo contrario.[913]

En cualquier caso, discusiones doctrinales aparte, de esta presunción de validez del acto administrativo se deriva un elemento especialmente característico de éste, que lo separa claramente del acto privado: su peculiar eficacia, que permite que la Administración pueda hacer efectivo éste, aún contra la voluntad del administrado, sin necesidad de auxilio judicial alguno.[914]

Este rasgo, que ha recibido denominaciones muy diversas (–ejecutividad–, –ejecutoriedad–, –privilegio de decisión ejecutoria–, etc.), deja a la Administración en una posición notablemente diferente a la de los sujetos privados,

---

913 Considera Nieto que el –resultado de la discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico no es la invalidez sino la ilegalidad. Ilegal en su sentido literal y propio es lo que se aparta de la ley. La ilegalidad es un estado de hecho, un dato objetivo verificable que existe con independencia de que un observador lo haya verificado o declarado–.

–La mayor parte de las ilegalidades son jurídicamente irrelevantes: de ordinario porque no llegan a ser constatadas por los órganos administrativos o judiciales encargados de control y, en algunas ocasiones incluso, porque el legislador se preocupa de declararlo así de forma expresa para evitar que por cualquier bagatela desaparezca el acto viciado del mundo jurídico–.

–La ilegalidad también puede provocar (...) la invalidez. El Estado tiene previsto la existencia de órganos de control (...) a los que se encomienda la vigilancia de la pureza de los actos administrativos, de tal manera que, bien sea de oficio o a instancia (que es lo normal) de parte interesada, verifican si el acto es ilegal y si constatan que efectivamente es ilegal y que la ilegalidad es consecuencia de una irregularidad jurídica relevante, así lo declaran de forma expresa. La invalidez es así una ilegalidad relevante declarada por un órgano público constitucionalmente habilitado para hacerlo. Todas las invalideces proceden de una ilegalidad; pero no todas las ilegalidades desembocan en una invalidez, sino solamente aquéllas sobre las que se ha realizado un pronunciamiento especial de invalidez o en otras palabras no es el resultado automático de una discordancia entre el acto y la norma sino el contenido de una declaración valorativa expresa–. Partiendo de este esquema se –puede prescindir de la técnica de la presunción de validez de los actos administrativos. De acuerdo con esta regla (sancionada en el Derecho positivo) los actos "se presumen" válidos mientras no haya una declaración en contrario. Pues bien, lo que yo afirmo es que los actos, cualquiera que sea la intensidad de su ilegalidad, no se presumen válidos sino que "son", válidos mientras no se haya declarado su invalidez–. Nieto, Op. Cit., nota 644, p. 53-57.

914 Señala Rojas Franco que el acto administrativo está dotado de –fuerza ejecutiva y ejecutoria, que es la potestad de la Administración Pública para definir prima facie, ex oficio o provisionalmente sus controversias con el particular mediante la declaración unilateral de su propia voluntad (ejecutiva), o aún contra la voluntad del destinatario y para ejecutar coactivamente esta declaración sin necesidad de acudir previamente a la vía jurisdiccional (ejecutoriedad)–. Rojas Franco, La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial, 4ª. ed., San José, 1999, p. 6.

pues los últimos deben acudir a los tribunales para que declaren su derecho, y aún entonces, si el sujeto obligado por ellos se resiste a cumplirlo, deberán volver a pedir auxilio judicial para su ejecución; mientras que aquella puede, sin embargo, no sólo declarar por si misma su derecho, sino que puede hacerlo efectivo sin necesidad de acudir al poder judicial.[915]

En realidad, se comprenden aquí dos elementos diferentes: por un lado, la capacidad del acto administrativo de generar efectos de forma inmediata (ejecutoriedad o ejecutividad); por otro, la atribución a la Administración de hacer éstos materialmente efectivos, sin necesidad de auxilio judicial alguno (acción de oficio).[916]

---

915 Garrido Falla, Francisco, Op. Cit., nota 2, p. 462. Vidal Perdomo, Op. Cit., nota 787, pp. 163-165. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, pp. 166-167. Madrigal García, Op. Cit., nota 769, pp. 215- 216. Rojas Franco, Op. Cit., nota 792, p. 9. Señala Parada Vázquez que la –"ejecutividad", "ejecutoriedad", "privilegio de decisión ejecutoria" o "acción de oficio", "autotutela ejecutiva", son términos con los que indistintamente se designa la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si preciso fuere. Esta cualidad es la que realmente separa y distingue los actos administrativos de los actos privados que necesitan apoyo judicial para tomar sobre otro sujeto medidas ejecutorias. En otras palabras, la Administración puede "tomarse la justicia por su mano" (...) mientras que los particulares deben acudir al Juez para imponer sus derechos sobre terceros–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 440, p. 148.

916 Apunta Martín Mateo que la –diferencia entre ejecutividad y acción de oficio, a menudo confundida, consiste en que la primera es la legitimidad con que aparece una situación jurídica para producir inmediatamente consecuencias concretas. La ejecución forzosa es la realización práctica, material, de tales consecuencias, la puesta en marcha de la ejecutoriedad–. Martín Mateo, Op. Cit., nota 126, p. 71. En sentido similar, señalan Dorrego de Carlos y Gutiérrez Visen que –la ejecutividad, como autotutela declarativa, se diferencia, aunque algunos autores no hacen tal distinción, de la ejecutoriedad, acción de oficio o autotutela ejecutiva, que supone un grado más en esa "agresividad" y que sólo es predicable de aquellos actos que por sí conceden derechos a la Administración, viniendo a permitir la realización inmediata por ésta de tales derechos a través de la ejecución forzosa y equiparando el acto administrativo con un título ejecutivo–. De Carlos y Gutiérrez Visen, Op. Cit., nota 381, p. 448. En la misma línea también Martín Rebollo, que considera que –ejecutividad y ejecutoriedad son dos conceptos diferenciados que significan cosas distintas, aunque están íntimamente relacionados. Ambos se insertan en la declaración que el acto supone y ambos son manifestaciones del principio de autotutela (...). La ejecutividad (...) apela a la eficacia inmediata del acto, salvo las excepciones previstas en la ley, y a su aptitud para obligar a su cumplimiento. En ese sentido es la primera manifestación de la autotutela y, por consiguiente, en el plano abstracto en el que nos movemos, es algo previo a la ejecutoriedad–. –La ejecutoriedad, a mi juicio, se ubica también en la declaración, es consustancial a ella. Manifestación, pues, todavía, de la declaración en que el acto consiste, pero ideal

Este régimen supone, en definitiva, que el acto administrativo esta dotado de una especial fuerza jurídica, que no encuentra su fundamento en su estructura interna, sino en su procedencia de la Administración pública, como fruto del cumplimiento por parte de ésta de sus funciones como poder público. Lo que, como ya sabemos, le dota de especiales prerrogativas dirigidas a lograr la supremacía del interés público al que sirve, entre las que se encuentra, sin duda, la que nos ocupa.[917]

Este privilegiado régimen tiene un carácter estrictamente provisional, pues queda condicionado a la posterior resolución administrativa o judicial que revise la decisión administrativa. Si bien, como apunta Rojas Franco, ello es así sólo cuando el acto es objeto de impugnación.[918]

La eficacia del acto administrativo se produce desde el mismo momento en que este se dicta. Así lo ratifica el art. 125 RM,[919] que establece que las –Resoluciones y Acuerdos de las autoridades municipales son de ejecución inmediata–.

Existen, no obstante, algunas causas que pueden retardar dicha eficacia. Téngase en cuenta que lo que estamos examinando en este momento son exclusivamente las causas que frenan la eficacia, no las que determinan su invalidez, que es, en sentido estricto, cuestión diferente, por más que se vaya a traducir también ésta en una privación de efectos del acto.[920]

---

y conceptualmente posterior a la ejecutividad. Sería o es, el privilegio que otorga el ordenamiento a la Administración para que pueda llevar a efecto el mandato que el acto supone de forma coactiva y su ayuda judicial. La innecesariedad de acudir a un juez para que ejecute el acto pues éste es título ejecutivo suficiente–. Martín Rebollo, Op. Cit., nota 377, p. 168.

917 Señala Santamaría Pastor que los –actos administrativos, en cuanto expresión primaria de la actividad de la Administración pública, están dotados de una fuerza jurídica singular. Dicha fuerza no tiene su origen en ninguna característica intrínseca de los actos, en sí mismos considerados: son consecuencia de los privilegios posicionales que ostenta la Administración en cuanto organización integrante de los poderes públicos–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 164.

918 Señala Rojas Franco que esta –potestad se dice, tiene carácter provisional, por cuanto el acto queda condicionado a la sentencia judicial posterior que confirme o anule lo actuado por la Administración. Debe entenderse esa calidad provisional únicamente para aquellos actos que hubieran sido impugnados ante los Tribunales Administrativos o Judiciales o ante el superior jerárquico propio o impropio, no teniendo esta última hipótesis el carácter de definitivos o firmes (...).Rojas Franco, Op. Cit., nota 792, p. 6.

919 Decreto nº 52-97, Decreto de Reglamento a la Ley de Municipios.

920 En tal sentido Villar Palasí y Villar Ezcurra, según los cuales –se entenderá por invalidez la ineficacia de los actos que traen causa de la existencia de un vicio (o, lo que es lo mismo, la ineficacia-sanción), reservando la voz de ineficacia para los restantes supuestos de actos no viciados pero carentes de

Así, en primer lugar, ya sabemos que si el acto debe ser objeto de notificación o publicación no será eficaz hasta que se produzca la correcta notificación o publicación del mismo. Esto determina, como en su momento dijimos, que el acto no tendrá eficacia no sólo cuando no sea notificado o publicado, según el caso, sino también cuando la notificación o publicación se realizan de forma irregular.

En segundo lugar, puede que se haya sometido un acto al requisito de aprobación por parte de un órgano superior. Constituye ésta una manifestación de la tutela que no afecta a la validez del acto, que puede ser perfecto y eficaz sin esa aprobación, pero si a su eficacia, que no se producirá hasta que esa aprobación se realice.[921]

Si bien hay también postura contraria a esta doctrina, que ve en la aprobación un supuesto de competencia compartida, por lo que no es una mera condición de eficacia, sino un auténtico requisito de validez. De tal forma

efectos por otra serie de circunstancias–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 168, pp. 200 II.

921 Señala Madrigal García que la –aprobación es una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros y su exigencia no afecta en absoluto a la perfección ni a la validez del acto del inferior. El acto del inferior puede ser perfecto y plenamente válido, pero n o produce efectos en tanto no sea aprobado por la autoridad superior. El acto de aprobación, independientemente del que es objeto de ella, constituye una condición del primero. De tal modo que éste sólo produce efectos desde que se produce su aprobación expresamente o por silencio administrativo–. Madrigal García, Op. Cit., nota 769, p. 224. Boquera Oliver, por su parte, considera que es –evidente que cuando un acto administrativo está sometido a aprobación, mientras ésta no tiene lugar, el acto no es eficaz. La eficacia queda demorada a la aprobación superior o gubernativa cuando así lo establezcan las leyes. No es necesario que las leyes digan que hasta que no sea aprobado el acto no será eficaz; sólo con que digan que el acto Administrativo tiene que ser aprobado ya dicen que su eficacia queda demorada a la aprobación, pues el aplazamiento de la eficacia del acto es la razón de ser de la aprobación–. –El acto administrativo necesitado de aprobación nace antes de ser aprobado, pero queda como cerrado en una caja para que sus efectos no se noten. Los efectos se han producido al nacer el acto, pero están guardados dentro de la caja. La aprobación abre la caja para que los efectos salgan y lleguen a su destinatario–. Boquera Oliver, Op. Cit., nota 375, pp. 336-337. También Morell Ocaña, que entiende que en caso de aprobación –la autoridad llamada por la norma presta su asentamiento a la declaración en que el acto consiste. El acto es válido, perfecto por sí mismo, porque la autoridad que lo emite no precisa de la superior para formar su voluntad y declararla; sin embargo, sólo la aquiescencia que le presta el superior le permite desplegar su eficacia. Mientras tanto, queda en una situación de pendencia, transitoria, en la que el contenido vincula a su autor–. Morell Ocaña, Luís Op. Cit., nota 445, p. 248.

que el acto sólo queda perfecto, y por tanto eficaz, cuando esa aprobación se produce.[922]

En tercer lugar, en muchos casos será el propio contenido del acto el que exija que éste pueda producir sus efectos tan sólo en un momento posterior al que éste se dicte.

Una parte de la doctrina discrepa, no obstante, de esta tesis, entendiendo que realmente no se retarda la eficacia del acto, que tiene fuerza de obligar desde el momento en que se dicta, sino la puesta en práctica de su contenido.[923]

Se retardara, por último, también la eficacia del acto administrativo cuando así lo ordene el ordenamiento jurídico.

2. Medidas cautelares

A. Introducción

Aunque el concepto de medidas cautelares no es fácil de precisar, se puede considerar, en líneas muy generales, que constituyen un conjunto de instrumentos procesales dirigidos a superar los inconvenientes que produce la tardanza en el tiempo del proceso.[924]

---

922 En tal sentido Santamaría Pastor, que entiende que –no se trata de un aplazamiento de la eficacia, sino de la falta de un requisito de validez: el acto sólo existe como tal cuando recae dicha aprobación, que es imprescindible para que pueda surtir algún efecto, por cuanto lo que existe en tal caso es un supuesto de competencia compartida–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 166.

923 Dicha posición ha sido defendida por Santamaría Pastor, que considera que –no es realmente tal: lo que se aplaza en este caso no es la producción de efectos del acto administrativo, sino la puesta en práctica real de su contenido; por ejemplo, la orden por la que el día 1 de un mes determinado un Alcalde cierra al tráfico una calle a partir del día 20 del mismo para realizar obras en la calzada surte todos sus efectos desde la misma fecha de la emisión de la orden; la orden no precisa de actuación posterior alguna para su ejecución, gozando de plena fuerza de obligar desde el primer momento (como lo demuestra que puede ser objeto de recurso a partir de dicha fecha)–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, pp. 165-166.

924 En tal sentido, señala Esguerra Portocarrero que las medidas cautelares constituyen, en esencia, –una serie de mecanismos procesales, instituidos, bien con el fin de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicios antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el trámite o con la demora de su decisión–. Esguerra Portocarrero,

–La suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias", Caracas, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 221. En la misma línea, Sarmiento Acosta considera que la –medida cautelar (...) es, en síntesis, un remedio arbitrado por el Derecho

La regulación de esta materia es una de las cuestiones que, sin duda, han generado una mayor atención doctrinal y jurisprudencial durante los últimos años.[925] Hasta el punto de que una parte de la doctrina ha denunciado un cierto exceso en el tratamiento de la cuestión, que respondería a lo que ellos consideran algunos defectos inherentes a los sistemas de justicia administrativa de corte continental europeo, esencialmente el privilegio de acción ejecutoria, pero también otros como la saturación de la planta judicial contenciosa o la lentitud de los procesos.[926]

Sin embargo, sin restar razón a la certeza de estos argumentos, no creemos que se pueda negar el carácter central de la cuestión, que justifica sobradamente el interés que suscita en la doctrina científica y en los prácticos del Derecho, pues en muchos casos va a ser el único instrumento que permita otorgar una verdadera tutela judicial a las pretensiones de los administrados, que en otro caso se verían frustradas por la tardanza que trae consigo la tramitación de los procesos.[927]

---

para obviar los riesgos que la excesiva duración de los procesos produce para la efectividad de la decisión final del asunto–. Sarmiento Acosta, –Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español–, en Revista de Administración Pública, núm. 129, septiembre-diciembre de 1992, p. 387.

925 Castillo Blanco, –La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998–, en Poder Judicial, núm. 52, p. 282. Como señala Rodríguez-Arana Muñoz, la –preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso- administrativo en particular ha cobrado un especial relieve en los últimos años–. Rodríguez-Arana Muñoz, –La suspensión del acto administrativo–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático, Barcelona, Praxis, 1999, p. 497.

926 Señalan al respecto Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría que –la problemática relativa a las medidas cautelares ha ocupado en demasía la reflexión doctrinal desde el abanderamiento de este nuevo grial. Y sin riesgo a equivocarse puede decirse que este hecho está vinculado con la lacra de la lentitud del proceso y la supersaturación de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Hay una patente relación causa-efecto que distorsiona seguramente la realidad e hipervalora dogmáticamente un tem a que en ordenamientos más cuajados no plantea tan arrebatada controversia–. A lo que añaden posteriormente que –el interés por las medidas cautelares, casi obsesivo, proviene de la mala conciencia formada respecto al privilegio de autotutela declarativa sin excepciones–. Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, –Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo–, en Pendás García (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático, Barcelona, Praxis, 1999, p. 515-518.

927 Como señala Parada Vázquez, la tutela cautelar –se presenta, y no faltan razones para ello, como la única oportunidad desde el frente procesal de salvar a la justicia de su profunda crisis. Una cuestión fundamental, pues en lo acertado de las medidas cautelares que aseguran el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, se juega el ser o no ser del derecho mate-

Una parte de la doctrina ha puesto de manifiesto certeramente que existen y deben valorarse también otras soluciones para dar respuesta a estos problemas, particularmente la articulación de mecanismos procesales ágiles y eficaces, que permitan minimizar el retraso en la resolución de los conflictos jurídicos.[928] No es óbice, no obstante, en nuestra opinión, para restar protagonismo a una cuestión que la práctica atestigua ineludible. No todo se puede solucionar vía cautelar, ciertamente, pero hoy en día, dadas las características de las sociedades modernas, nos resulta imposible imaginar un sistema judicial adecuado, sin una correcta tutela cautelar.

Todo lo dicho es especialmente notorio en el ámbito que nos ocupa, el contencioso-administrativo. Como ya adelantamos, las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la longevidad del proceso,[929] que determina la necesidad de adoptar cautelas para garantizar que la duración de éste no va a impedir la adecuada satisfacción de aquello que está en juego en el mismo,[930]

---

rial y la utilidad de los procesos. Pues, o las resoluciones judiciales pueden efectivamente satisfacer la pretensión del vencedor o la justicia se convierte en una "estafa procesal"–. Parada Vázquez, –Prólogo– al libro de Chinchilla Marín, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, 1991, p. 14. En sentido similar, señala Teso Gamella que, actualmente –y debido al volumen de asuntos que soportan los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, las medidas cautelares representan uno de los elementos decisivos para paliar la crisis de la justicia administrativa. Es la propia esencia y utilidad del proceso lo que está en juego, pues si las medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, si aquellas no fuesen adoptadas o se adaptaron indebidamente la sentencia no podrá ejecutarse–. Teso Gamella, –Medidas cautelares y Derecho sancionador–, en Campos y Sánchez-Bordona (dir.), Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 188-189.

928 En ese sentido se pronuncia Peces Morate, que señala que –la solución de los grandes males que aquejan a la justicia administrativa no parece estar exclusivamente en la regulación de un eficaz sistema de medidas cautelares, que si no es prudentemente administrado puede acarrear funestos resultados y más pleitos–. Peces Morate, –Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias en Campos y Sánchez-Bordona (dir.), Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 152-153. También en esta línea González- Varas Ibáñez, que considera que –las medidas cautelares deben entenderse junto a otros instrumentos o técnicas procesales cuyo ratio está en contribuir a una mayor celeridad en el proceso contencioso-administrativo–. González-Varas Ibáñez, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Madrid, Tecnos, 1999, p. 552.

929 Como señala Rojas Franco, –el proceso resulta muchas veces lento (...) y complejo para resolver ciertas situaciones que de no detenerse a tiempo traerían perjuicios de imposible o difícil reparación al administrado–. Rojas Franco, Op. Cit., nota 792, p. 27.

930 Rodríguez-Arana Muñoz, –Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa–, en Iuris Dictio, octubre de 2003, p. 47.

que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva de las partes afectadas por su resolución.[931]

En el ámbito administrativo esta necesidad reviste tintes especialmente relevantes, dado que la Administración puede utilizar, y de hecho utiliza habitualmente, el privilegio de ejecución previa, unido a la lentitud del proceso, agravada además por la necesidad de recurrir en vía administrativa antes de llegar a éste, para crear una barrera fáctica, que haga desistir o cuando menos retrase eternamente la satisfacción de los legítimos derechos de los administrados.[932]

De esta forma, la medida cautelar asume en este ámbito una funcionalidad adicional a la que posee en el proceso civil, pues va a actuar como elemento compensador de las prerrogativas procesales de la Administración y, especialmente, del privilegio de autotutela ejecutiva.[933]

Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, Op. Cit., nota 804, p. 519. Como señala Chinchilla Marín, las –medidas cautelares son la garantía que ofrece el Derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales–. Chinchilla Marín, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, 1991, p. 31.

931 Agúndez Fernández, Ley 29, de 13 de julio de 1998, del Proceso Contencioso-administrativo. Comentarios y Jurisprudencia, Granada, Comares, 2000, p. 771.

932 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, todo –el sistema de medidas cautelares lo que pretende es evitar el abuso de los procesos por parte de quienes no ostentan razón de fondo y que se amparan en él y en las cargas que necesariamente comporta frente a quienes, teniendo razón, tienen la onerosa carga de accionar. En el proceso contencioso-administrativo la tutela cautelar contrapesa el formidable privilegio administrativo de la autotutela y trata de cortar inicialmente su abuso por la Administración, nada infrecuente, que intenta jugar con la larga duración del proceso. La medida cautelar inmediata pretende privar de su ventaja abusiva de la Administración, que se aprecia desde el comienzo que está abusando del proceso y de sus injustas ventajas fácticas, desnaturalizando así la institución procesal, haciéndola, paradójicamente, un instrumento de la injusticia. Son, pues, un instrumento que devuelve al proceso su función genuina y que impide su desnaturalización, en modo alguno una excepción al mismo y a su lógica institucional–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Curso de Derecho administrativo II, 9a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 652.

933 Apunta Baño León que esto –supone una radical distinción o diferencia respecto del proceso civil, en el que la adopción de las medidas cautelares pretende exclusivamente el aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia, puesto que ninguna de las partes tiene por sí mismo fuerza para ejecutar sus declaraciones de voluntad sin acudir al Juez. En el contencioso-administrativo, sin embargo, no se trata sólo, aunque siga siendo fundamental, de que las medidas cautelares aseguren la futura ejecución de la sentencia, impidiendo situaciones de hecho que hagan aquélla virtualmente inaplicable, sino también tiene un efecto reequilibrador o compensador de la ejecu-

Factor al que se añade la propia problemática inherente al Derecho administrativo que, en cuanto regulador de un conjunto de actuaciones en las que no están en juego meros intereses privados, sino que implican necesariamente una afectación en mayor o menor medida al interés público, se desarrolla en unas coordenadas distintas a aquellas en las que opera el Derecho privado. Factor diferencial que no deja de tener su presencia en la versión administrativa de la tutela cautelar,[934] en la que el clásico conflicto entre garantías individuales y exigencias derivadas de las necesidades colectivas alcanza una notable intensidad,[935] impidiendo la posibilidad de transponer sin la necesaria adaptación y transformación la doctrina iusprivatista de las medidas cautelares a nuestro disciplina.[936]

Todo ello ha motivado que esta materia haya experimentado durante los últimos años una notable evolución, tendente claramente a ampliar su ámbito de acción. Tradicionalmente dicha figura se había visto circunscrita a la suspensión del acto administrativo, que era considerada además como una medida de carácter excepcional, cuya aplicación era más bien limitada. Con el paso del tiempo, sin embargo, la necesidad de dar debida protección a los derechos de los ciudadanos le ha ido dando una mayor laxitud.[937] Proceso que ha culminado con la consideración de la tutela cautelar como parte integrante

---

tividad administrativa–. Baño León, –Las medidas cautelares en el recurso contencioso- administrativo. Particular referencia al Urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa–, en Campos y Sánchez-Bordona (dir.), Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 258-259.

934 Como indica González Pérez, –en un proceso administrativo, la pretensión se deduce siempre en relación con una actuación de la Administración pública sujeta al Derecho administrativo, la presencia del interés público obliga a tener muy en cuenta en qué grado puede resultar afectado por las medidas cautelares–. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 587.

935 Señala Pielow, que la –cuestión de la suspensión de los efectos de los actos administrativos atañe en su núcleo material al conflicto entre la eficiencia de la actuación de los poderes ejecutivos del Estado y la efectividad de la protección de los derechos individuales–. Pielow, –Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa–, en Los efectos y la ejecución de los actos administrativos. III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carias", Caracas, Ediciones Funeda, 1997, p. 203.

936 Como apunta Baño León, aunque –el contencioso-administrativo sea un proceso entre partes, lo que a menudo caracteriza a la relación jurídico-administrativa es que no afecta sólo a la administración como tal y a los interesados, sino también a los intereses sociales o a los intereses de la comunidad. Por eso no se puede trasladar sin más la doctrina de las medidas cautelares del Derecho privado al Derecho público–. Baño León, Op. Cit., nota 811, p. 266.

937 Véase respecto a esa evolución en el Derecho español, Rodríguez-Arana Muñoz, La suspensión del acto administrativo, Madrid, Montecorvo, 1986, pp. 60 y sigs.

del derecho a la tutela judicial efectiva,[938] en cuanto viene a garantizar provisionalmente el bien jurídico para el que se ha solicitado la justicia.[939]

Esta inclusión en el ámbito de este derecho fundamental no es, ni mucho menos, irrelevante, sino que condiciona la forma en que debe interpretarse y aplicarse esta materia de forma decisiva. Implicando, entre otras consecuencias, la necesidad de desechar cualquier posición tendente a considerar la adopción de estas medidas como un instrumento excepcional, debiéndose calificarse como un recurso totalmente ordinario en el desarrollo de las funciones judiciales.[940]

Este planteamiento no ha llegado aún, sin embargo, al Derecho de Nicaragua, donde sigue manteniéndose una concepción bastante anticuada, en la que la normativa contencioso-administrativa sobre la materia se reduce a la regulación de la suspensión, en términos además poco profundos, que han motivado la demanda por parte de la doctrina de una mayor atención a esta figura.[941]

---

938 Dicha solución fue adoptada en España por el Tribunal Supremo en dos históricos autos. En el primero de ellos se señalaba que –los estrechos límites del art. 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar–. ATS de 20 de diciembre de 1990. RCJ 1990-10412. FJ. 2. El segundo indicaba que el –principio constitucional de efectividad de la tutela judicial –art. 24. 1 de la Constitución- ha de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto impugnado, lo que dada la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto–. –En la misma línea ha de reconocerse el principio de que la "necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar al que tiene la razón", principio (...) que da lugar a una amplia configuración de las medidas cautelares–. ATS de 17 de enero de 1991. RCJ 1991-503. FJ. 2. En tal sentido, señala López Olvera que los –instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta difícilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional y eviten el proceso entero a través de la resolución anticipada en audiencia convocada de oficio por el juez–. López Olvera, Miguel Ángel, –Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina–, en Estudios en Homenaje a. D. Alfonso Nava Negrete.

939 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 805, p. 168.

940 Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, Op. Cit., nota 804, p. 525.

941 En tal sentido, señalan Mauricio Rodríguez y Toruño Murillo, que sería –prudente darle una mayor regulación a la figura de la suspensión del acto, para ello convendría estudiar más el Derecho comparado. Con el ánimo de obtener una regulación más integral del instituto–. Mauricio Rodríguez y Toruño Murillo, Análisis jurídico al proceso contencioso-administrativo re-

En nuestra opinión, esta situación debería ser enmendada con una modificación de la regulación vigente, que adapte el Derecho nicaragüense a los nuevos enfoques, ya firmemente consolidados en los países más avanzados. Mientras llega ésta, sería conveniente, no obstante, que los tribunales de lo contencioso asumieran la responsabilidad de enmendar dicha situación, corrigiendo las deficiencias de la normativa vigente, tomando apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva que, en cuanto derecho fundamental, debe imponer una interpretación de la normativa ordinaria que de respuesta a sus exigencias.

No debe ser obstáculo, a dichos efectos, la letra de la Constitución Nicaragüense, que no contiene una consagración expresa del derecho a la tutela judicial efectiva,[942] pues la vigencia de éste se deduce claramente del art. 46 CN, que proclama la vigencia en Nicaragua de los derechos humanos consagrados en los acuerdos internacionales sobre la materia.[943] A lo que se debe añadir las garantías procesales que establece el art. 34 CN, precepto no muy claro, porque se refiere al procesado,[944] lo que hace surgir dudas acerca de su extensión

---

gulado en el Proyecto de Ley de lo Contencioso Administrativo dictaminado el 15 de mayo del año 2000, Monografías UCA, 2000, p. 228.

942 Declaración que si existe, sin embargo, en el derecho ordinario, pues el art. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua (No. 260) establece que, a –través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica–.

943 Más concretamente, el art. 46 CN establece que en –el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos–.

944 Concretamente, este precepto establece que todo –procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

2) A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.

3) A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión.

4) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

a las personas que están inmersas en actuaciones judiciales no penales, pero del que se puede inferir, a pesar de ello, claramente la vigencia del derecho a la tutela judicial,[945] en el que se debe incluir necesariamente el derecho a la tutela cautelar.

B. Los fundamentos de la tutela cautelar: el periculum in mora y el fumus boni iuris

Tradicionalmente la adopción de este tipo de medidas venían unidas a la posibilidad de pérdida de la cosa objeto del litigio. La imposibilidad de reparar el daño que causaría la ejecución del acto administrativo en el momento posterior a dictarse la sentencia era el único criterio, y aun éste interpretado de forma muy restrictiva, que permitía la toma de una medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo.

Este planteamiento resulta hoy, considerada la medida cautelar como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, insostenible. En el momento presente, la decisión de imponer o no una medida cautelar se entiende depende de la concurrencia de dos elementos: periculum in mora, esto es, el riesgo de que se pierda el objeto del proceso como consecuencia del paso del

---

5) A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.

6) A ser asistido gratuitamente por un interprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.

7) A no ser obligado a declarar contra si mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable.

8) A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso.

9) A recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito.

10) A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.

11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

El proceso penal deberá ser público. El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado, por consideraciones de moral y orden público. El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias–.

945 Véase al respecto, Porta Caldera, –Algunas consideraciones acerca del derecho a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva–. Porta Caldera, en www.juridica.com.

tiempo;[946] fumus boni iuris, esto es, la existencia de una apariencia de buen derecho en la pretensión formulada por el demandante.[947]

Esto supone un cambio trascendental respecto a la posición clásica, pues se convierte ahora en el eje de la decisión el juicio acerca de la previsible razón de la pretensión del demandado. El instrumento cautelar, con ello, se transforma en un elemento dirigido a garantizar la adecuada satisfacción de los derechos del demandante cuando éste se ve perjudicado por maniobras dilatorias del demandado, que se aprovecha fraudulentamente de la tardanza e inconvenientes del proceso para retardar el reconocimiento de una pretensión que, al menos aparentemente, está bien fundada y debe ser satisfecha.[948] Sin perjuicio de que esa tutela se otorgue igualmente en los supuestos en los que esa sólida apariencia jurídica se posee sin concurrir un abuso por parte de la Administración, pues ésta simplemente ha dado una respuesta jurídica equivocada por error o ignorancia.[949]

---

946 Apunta De La Sierra que el periculum in mora se puede definir como –el peligro para el demandante de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus bienes, derechos, intereses o situación jurídica–. De La Sierra, Tutela cautelar Contencioso-administrativa y Derecho Europeo, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 226.

947 Como señala Rojas Franco, fumus boni iuris –significa la buena fe o la seriedad de los hechos, el derecho y la pretensión deducidas en el Proceso principal–. ROJAS FRANCO, Op. Cit., nota 792, p. 94.

948 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que el verdadero criterio no está en la idea de perjuicio irreparable, –sino en la doctrina del fumus boni iuris (...) unida al elemento del periculum in mora: sólo son protegibles por medidas cautelares aquellos procesos que acreditan que la temeridad está en la Administración que ha forzado el recurso y que está abusando, por consiguiente, de su privilegio de ejecutoriedad y, por lo tanto, del proceso mismo, lo que obliga a una evaluación, siquiera sea incompleta, de la justificación de las respectivas posiciones enfrentadas; si de este análisis resulta la fuerte apariencia de un buen derecho del demandante y la correlativa falta de fundamento serio por parte de la Administración, que ha forzado el proceso, abusando de su privilegio de autotutela, entonces, si el perjuicio del retraso en llegar la sentencia definitiva es también patente, la medida cautelar debe ser acordada–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 651. En la misma línea, Bacigalupo, La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 151-152.

949 Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, el fumus boni iuris es –un juicio estricto de legalidad. Por eso, esta "apariencia de buen derecho" no es, en modo alguno, el envés de un "abuso manifiesto" por parte de la Administración. No es necesario, como sí lo sería si estuviéramos en el ámbito del Derecho penal, el dolo o la actitud deliberada por la Administración de burlar la Ley, sino sólo la impresión preliminar de la ilegalidad de su actuación. Esto quiere decir que las medidas cautelares no se limitan sólo a los supuestos de arbitrariedades patentes o manifiestas por parte de la Administración, sino al caso, mucho más frecuente, en que los órganos administrativos actúan con perfecta buena fe en cuanto al cumplimiento de

En cualquier caso, desde esta concepción se logra superar los inconvenientes que supone la necesidad de tramitar un proceso al dar tutela judicial efectiva al administrado por una doble vía. Por un lado, mediante el adelanto, aunque sea de forma provisional, de los efectos de la resolución; por otro, actuando como mecanismo disuasorio, que aborta el posible intento de la Administración de abusar de las formas procesales para vencer la resistencia de su contraparte.[950]

La normativa nicaragüense apunta tímidamente hacia dicha dirección, pero sin atreverse, sin embargo, a romper definitivamente con los viejos prejuicios. Antes de examinar esta cuestión, debemos analizar, no obstante, otro punto, pues se consagra una solución diferente según la medida se adopte de oficio (art. 63 LJ) o a instancia de parte (art. 64 LJ).

La razón de dicha decisión parece estar en el deseo de permitir la toma de la medida cautelar cuando el actor la solicite y otorgue –la garantía suficiente y necesaria para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión solicitada pudiera causar a terceros, en caso de que la demanda fuere declarada sin lugar– (art. 64 LJ).

Nos parece errónea y criticable esta doctrina, que desvaloriza la adecuada apreciación de los requisitos a los que debe estar condicionada la tutela cautelar.[951] En realidad, esta posición implica una cierta vuelta a la idea del riesgo, en este caso planteada a la inversa, pues operaría a favor del demandante y no del demandado, pero que no deja de ser, por ello, igual de perturbadora, pues a fin de cuentas puede suponer esto que se admita una medida (la suspensión)

---

sus fines y, no obstante, sus actos resultan ilegales–. Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, Op. Cit., nota 804, p. 531.

950 Indican Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría que, por –un lado, al quedar inmediata y rápidamente protegido el fumus debido a la brevedad procedimental de la medida cautelar, quien aparentemente tenga razón puede ya esperar tranquilamente y sin grave daño, evitándose así que la duración exorbitante del proceso juegue siempre en favor de la Administración que, en abuso de su potestad ejecutoria y no obstante la falta de seriedad aparente de su decisión, solía negociar con el administrado en situación de absoluta desventaja de éste (...) acuerdos o convenios que ningún juez hubiera podido amparar–. –Por otro lado, al tener el juez que realizar una primera apreciación del fondo, y a reserva siempre de la ulterior sentencia sobre el fondo, crea ya en las partes determinadas expectativas de carácter procesal en cuanto al resultado final del litigio y puede incluso llegar a provocar que las partes se resitúen, haciendo que, en la práctica, las medidas cautelares tengan un efecto disuasorio que viene con frecuencia a facilitar la eliminación de un buen número de recursos abusivos e inútiles, bien por satisfacción extra procesal de la pretensión de la Administración una vez que ha comprobado la inicial apreciación del Tribunal sobre la falta de apariencia de buen derecho en su posición o bien, en caso contrario, por desistimiento del actor a quien se ha denegado esa apariencia–. Ibídem, p. 539.

951 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, p. 49.

que pueda estar frenando la debida aplicación de una resolución bien fundada, perjudicándose con ello el interés público o de terceros, por más que éste pueda ser restaurado al fin del proceso. No debería, por ello, admitirse la toma de la medida cautelar por este criterio, sino concurre el criterio del fumus boni iuris, en los términos que vamos a examinar.

Sentada, entonces, la necesidad de que la adopción de medidas cautelares se lleve a cabo en los mismos términos, con independencia de que se acuerde de oficio o a instancia de parte, y desechando, por tanto, que baste con el mero hecho de que el demandante otorgue garantía suficiente de los daños que dicho acuerdo pudiera ocasionar, debemos precisar cuales son los requisitos que deben concurrir para que se tome dicha decisión.

Ya habíamos adelantado la necesidad de valorar dos criterios (periculum in mora y fumus boni iuris). Igualmente habíamos indicado que éstos aparecen sólo parcialmente recogidos en el Derecho positivo de Nicaragua. Vamos a precisar un poco más esta cuestión.

La LJ apunta, por un lado, hacia la idea de perjuicio irreparable, admitiendo como criterio suficiente para decretar la suspensión que –se tratare de algún acto que, de llegar a consumarse, haría materialmente improbable e imposible restituir al demandante en el goce del derecho reclamado– (art. 63 1 LJ), cuando se trate de decretar la suspensión de oficio, o que se puedan generar daños o perjuicios que –no fueren susceptibles de reparación–, cuando se decrete a instancia de parte.

También en este sentido el art. 41. 1 LM,[952] que permite obtener la suspensión del acto impugnado cuando –se trate de algún acto que de llegar a efectuarse, haga materialmente imposible restituir al quejoso el goce del derecho reclamado–.

Hasta el momento, como puede verse, se mantiene dentro de la rancia doctrina del perjuicio irreparable.

A ello se añaden, sin embargo, dos referencias que mejoran ligeramente la cuestión, abriendo una pequeña puerta al criterio del fumus boni iuris, que se considera como causa suficiente para decretar la suspensión en dos supuestos: a) cuando –fuere notoria o evidente la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiese la demanda– (art. 63. 2 LJ); b) cuando –el acto fuere de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente– (art. 63. 3 LJ).[953]

---

952 Leyes nº. 41 y 261, Reforma e incorporaciones a la Ley de Municipios (en adelante LM) (Publicada en La Gaceta nº. 62, de 26 de agosto de 1997).

953 En la misma línea el art. 41. 2 y 41. 3 LM, que permite solicitar la suspensión de la ejecución del acto: –2. Cuando sea notoria la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiese el recurso; y 3. Cuando el acto sea de aquéllos que ninguna autoridad pueda ejecutar legalmente–.

Parece, pues, que siguiendo la letra de la ley jurisdiccional sólo puede darse entrada a la suspensión, basándose en el buen derecho de la pretensión del demandante, cuando se trata de actuaciones administrativas especialmente groseras, que van desde la radical incompetencia del funcionario a la total ilegalidad de la acción. Una solución, a nuestro juicio, claramente insuficiente, que permite a la Administración hacer uso y abuso de las formas procesales para violentar los derechos de los administrados, ante la pasividad de una justicia que se verá amordazada por la necesaria duración del proceso.

El problema puede asumir consecuencias especialmente trágicas en un contexto como el nicaragüense, donde, por su débil situación económica, un gran número de administrados se verán previsiblemente incapaces de hacer frente a un litigio largo y costoso con la Administración. Bastará en la mayor parte de los casos a ésta con empecinarse en una postura, por más que ésta carezca de base alguna, obligando al administrado a recurrir en vía administrativa y posteriormente a peregrinar por los tribunales de lo contencioso, para hacer prevalecer su voluntad. El riesgo de hacer triunfar una política de hechos consumados frente a la legalidad imperante es más que inquietante.

A esto se debe añadir la carencia de una regulación del procedimiento administrativo, que como ya hemos denunciado en otras ocasiones, carece incomprensiblemente de una regulación mínima en Nicaragua, lo que supone que no hay tampoco una solución para este problema para los recursos en vía administrativa.[954] Con lo que parece que el funcionario público que reciba un recurso administrativo no tiene otra solución que aplicar en vía administrativa la doctrina vigente en el ámbito jurisdiccional, como norma subsidiaria, a la hora de decidir sobre la adopción o no de medidas cautelares.

En este contexto, y mientras se produce una necesaria revisión de esta materia, la única esperanza reside en la labor de jueces y tribunales, que tomando base en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, deberían dar paso a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en aquellos supuestos en los que exista una apariencia razonable de buen derecho en la pretensión del demandante (fumus boni iuris), que venga acompañada de una frustración de la legítima pretensión del demandante si no se adopta la medida cautelar (periculum in mora). Elemento, este último, que no debe ser entendido en términos rigurosos, como una radical imposibilidad de restaurar la situación en el momento de dictarse la sentencia, sino como la simple imposición de un daño o perjuicio injusto, que vulnera gravemente sus derechos.

954 Tan sólo se cuenta en dicho ámbito con una breve referencia a la suspensión, que viene a establecer que la interposición de los recursos administrativos no suspende la ejecución del acto, pero la autoridad que conoce del recurso podrá acordarla de oficio o a petición de parte, cuando la misma pudiera causar perjuicios irreparables al recurrente (art. 42 Ley de Organización, Competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo, en adelante LPE).

Esto no impide, por supuesto, que se pueda decidir adoptar la medida cautelar en base al criterio de la irreparabilidad del daño. Pero, aun en este caso será siempre necesario tener en cuenta en cierta medida el criterio del fumus boni iuris, pues frustraría los derechos del demandado que, por dicha circunstancia, se tomaran medidas provisionales en protección de una posición absurda o sin sentido, carente de todo fundamento.[955]

En todo caso se debe, pues, valorar el criterio del fumus boni iuris. La diferencia se da únicamente en el alcance que se debe dar a dicha valoración. Cuando es este criterio la base de la decisión, debe examinarse el mismo de una perspectiva positiva, esto es, tienen que haber indicios claros y sólidos que hagan prever una futura estimación de la pretensión. Cuando el elemento determinante de la decisión es, sin embargo, la irreparabilidad del daño, se valorara la apariencia de buen derecho desde una perspectiva negativa. De tal forma que bastará con la simple razonabilidad de la pretensión que la medida cautelar trata de tutelar, para que se deba dar respuesta favorable a ésta. Dicho en otras palabras, en el primer caso se debe adoptar la medida sólo cuando la previsibilidad de la admisión de la pretensión lo exija; en el segundo, sin embargo, se adoptara siempre, salvo que la no apreciación de la misma resulte aparentemente evidente.

Nótese que esto supone que la decisión de dar cauce a la tutela cautelar se sujeta a un doble juicio: a) una estimación acerca de la pretensión presentada por el actor, que implica, por tanto, un juicio previo y provisional acerca de la pretensión final; b) un juicio de valor acerca de la solidez e importancia de los indicios a favor del buen derecho de la pretensión del demandante y acerca de los perjuicios que le iba a causar la ausencia de la tutela cautelar.

Se trata, por tanto, de dos valoraciones diferentes no sólo por su objeto, sino también por su naturaleza. La primera no es más que un juicio necesariamente provisional,[956] que podrá verse modificado al final del proceso, pues se basa en simples apariencias e implica, por tanto, un cierto margen de error.[957] El segundo, sin embargo, es un juicio definitivo, que debe basarse sobre certe-

955 Bacigalupo, Op. Cit., nota 826, pp.154-155.

956 Como indica Sarmiento Acosta, el –humo u olor de buen derecho no es (...) un índice absoluto de razón, sino uno que aconseja tomar determinadas medidas provisionales para que la lentitud del proceso no produzca daños irreparables a quien efectivamente, según la resolución final, tenga derecho–. Sarmiento Acosta, Op. Cit., nota 802, p. 394.

957 Como apuntan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, la –provisionalidad implica que el fumus boni iuris no puede suponer que se va a adoptar la medida única y exclusivamente cuando se tenga el convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del autor, dado que ello implicaría una actividad probatoria completa encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para lograr tal resolución. Implica sólo una mera probabilidad (un principio de prueba o prueba indiciaria) de ese presupues-

zas: el hecho cierto de que hay una apariencia sólida a favor del demandante y que de no adoptarse la medida cautelar se pueden perjudicar seriamente los intereses de éste.[958]

Debe tenerse muy presente siempre este último dato, a fin de evitar que la adopción de la medida cautelar acabe convirtiéndose en un adelanto de la resolución del fondo del asunto,[959] que sólo se podrá emitir una vez tramitado el proceso, examinados y valorados todos los datos y circunstancias precisos y necesarios para resolver definitivamente la cuestión.[960] La tutela cautelar tiene su propia lógica, que no debe pervertirse, desbordando sus efectos necesariamente provisionales, para convertirse en una resolución definitiva o cuasidefinitiva. Lo que supone, en último término, que ese juicio previo debe dejar las puertas totalmente abiertas a la incertidumbre que hasta el final del proceso debe existir acerca de la resolución final.[961]

Así lo exige terminantemente la normativa nicaragüense, que establece que en –ningún caso la suspensión del acto presupone pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto– (art. 62 LJ).

Dicha decisión no debería verse afectada por la posibilidad, contemplada por el art. 66 LJ, de que se preste caución por un tercero. Según dicho precepto la suspensión decretada conforme a la LJ –quedará sin efecto en caso que un tercero interesado diere a su vez caución suficiente para restituir las cosas al estado en que tenían antes del acto que motivó la acción y pagar los daños y

---

to–. Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, Op. Cit., nota 804, p. 537.

958 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, pp. 34-35.

959 De este riesgo advierte Trillo Torres, que apunta que el criterio del fumus boni iuris –en cierto modo toca a la característica incertidumbre definidora del proceso hasta su conclusión por sentencia y a la impasibilidad externa que en función de aquella incertidumbre y de su propia imparcialidad se requiere del Juez–. Trillo Torres, en Baena De Alcazar (dir.), Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Madrid, Trivium, 1999, p. 889.

960 Como indica García De Enterría, el fumus boni iuris –obliga a una valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración prima facie, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la Sentencia de fondo ha de realizar más detenidamente. Es así, en la expresión latina que ya hemos trascrito, el "humo de buen derecho", el perfume u olor del "buen derecho", el que se aprecia, no el "buen derecho" en toda su extensión, que éste no podrá hacerse hasta la decisión de fondo del proceso–. García De Enterría, Eduardo, –La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio fumus boni iuris–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 69, 1991, p. 69.

961 Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, Op. Cit., nota 804, p. 539.

perjuicios que le sobrevinieren al demandante, en caso de que se declarare con lugar la demanda–.

Esta solución tiene su sentido tan sólo cuando la tutela cautelar se concede en base a la irreparabilidad del daño en el momento de dictar sentencia si se lleva a cabo la solución. No tiene sentido alguno, sin embargo, cuando la medida cautelar se adopta en base al criterio del fumus boni iuris, con el propósito de dar tutela al administrado frente a un, no totalmente probado, pero aparentemente claro, abuso por parte de la Administración de sus privilegios procedimentales, que está ocasionando un grave daño al administrado.

C. La ponderación de los intereses de terceros y del interés público

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, el Derecho nicaragüense no exige una ponderación de los demás intereses en juego en el proceso, particularmente el interés de terceros y el interés público. Dicha valoración no se exige en absoluto para la adopción de oficio de la medida cautelar (art. 63 LJ), y tan sólo se condiciona a que no concurran circunstancias que contravengan el orden público o causen perjuicios al interés general, en los procedimientos iniciados a instancia de parte (art. 64 LJ).

De forma un poco diferente, el art. 41 LM, que no distingue entre procedimientos iniciados de oficio o a instancia de parte, exige en todo caso que –la suspensión no cause perjuicio al interés general ni sea contraria a otras disposiciones de orden público–.

En cualquier caso, no se puede negar la necesidad de dicho juicio, pues difícilmente se puede eludir la necesaria valoración de los intereses de las distintas partes actuantes en el proceso[962] y del interés público[963] a la hora de decidir sobre la adopción de la medida cautelar.

A partir de aquí, sin embargo, la cuestión se torna más compleja, pues la doctrina no ha dado un dictamen uniforme respecto al margen que se debe dar a dicha valoración. Una parte de la doctrina subraya la importancia de este juicio, alegando la insuficiencia de los dos criterios antes reseñados (periculum in mora y fumus boni iuris), que deben ser conjugados con la valoración de los intereses implicados.[964]

---

962 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, p. 35.

963 Rodríguez Pontón, Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso- Administrativo, Barcelona, Cedecs Editorial, 1999, p. 112.

964 En tal sentido, Baño León considera que –tanto el criterio del periculum in mora como el del fumus boni iuris, aunque necesarios, no son siempre suficientes para decidir al juez contencioso si debe o no conceder una medida cautelar. Puede incluso darse el caso de que concurriendo ambos criterios, siendo manifiesta la ilegalidad cometida por la Administración y patente el peligro de que se alcance una situación de hecho irreversible, razones de interés público excepcionales pueden justificar el mantenimiento de la decisión–. Baño León, Op. Cit., nota 811, p. 259.

Para otros, sin embargo, lo decisivo es la concurrencia de esos dos criterios, que otorgan el derecho a recibir tutela cautelar, derecho fundamental que, como tal, no podrá ser sometido a un juicio previo acerca del daño que ésta va a generar a los terceros o al interés público, pues sólo puede encontrar límite en derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.[965]

Siguiendo esta segunda tesis, consideramos que es preciso que los intereses relevantes en dicho juicio tengan relevancia constitucional. Más concretamente, entendemos que trae consigo una doble consecuencia. En primer lugar, a pesar de lo que diga la Ley, no se podrán adoptar medidas cautelares de oficio, sin ponderar el daño que estás puedan causar en los derechos fundamentales de terceros o en otros bienes constitucionalmente protegidos. En segundo lugar, sólo se podrá frenar la adopción de medida cautelares a instancia de parte, cuando concurran los requisitos para ello, si lo impide la lesión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por más que la LJ exija tan sólo que se trate de perjuicios al genérico interés general.

D. Carácter reglado de la tutela cautelar. Especial referencia a la necesidad de una adecuada motivación de la decisión

La decisión de otorgar o negar la tutela cautelar implica necesariamente un importante margen de apreciación y una cierta inseguridad. Así lo impone la propia naturaleza de la medida cautelar, en cuanto constituye una decisión provisional, tomada sobre una realidad aparente, no totalmente conocida y confirmada, situación que sólo se da una vez tramitado el proceso.

Pese a ello, es preciso afirmar su carácter estrictamente reglado, por exigencia patente del derecho a la tutela judicial efectiva.[966] La potestad discrecional implica una libertad de opción entre distintas soluciones jurídicas igualmente validas, que se presentan como indiferentes jurídicos, en cuanto todas son igualmente válidas para el Derecho. No se puede afirmar que ocurra así cuando se trata de otorgar o no tutela cautelar, algo que no es ni mucho menos un ámbito dejado a la libre decisión del operador jurídico.

Los requisitos a los que se somete la tutela cautelar no deben ser formulas abiertas, en las que el órgano judicial pueda encontrar un marco lo suficien-

965 Señalan al respecto García De Enterría y Fernández Rodríguez que –carece de fundamento erigir en presupuesto de la medida a adoptar la ponderación de los "intereses en conflicto", de modo que haya que denegarla cuando la medida cautelar pueda causar "perturbación grave de los intereses generales o de tercero". Obtener una medida cautelar es fruto de un derecho fundamental (...) y, por tanto, no pueden oponerse a su efectividad la invocación de meros intereses, ni de los generales que la Administración siempre invocará como gestor típico que es de los mismos (...) ni menos aún, de un tercero. A un derecho fundamental otro derecho fundamental, no ningún interés–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 650.

966 Bacigalupo, Op. Cit., nota 826, pp. 156-157.

temente amplio como para encontrar siempre cabida para sus propias opiniones, sino elementos objetivos de juicio, de los que se extraiga un juicio fundado en cada momento. El ciudadano que está inmerso en un proceso debe tener una cierta seguridad acerca de sus posibilidades de recibir esa tutela.

Esta afirmación, clara e irrefutable desde el punto de vista teórico, encuentra, sin embargo, en el reino de los hechos grandes obstáculos. La materia cautelar se ha revelado en la práctica como una cuestión extremadamente casuística, en la que es frecuente encontrarse con contradicciones, cuando no auténticos bandazos y bruscos cambios de dirección, en la interpretación y práctica judicial.

Resulta claro que estas dificultades nunca podrán reducirse totalmente, pues es una decisión limitada por conceptos jurídicos indeterminados, dotados de una imprecisión considerable, y en los que se hace presente una zona de penumbra de dimensiones notorias. Pero eso no es óbice para lograr un alto grado de seguridad jurídica, sin la cual el derecho a la tutela judicial efectiva se difumina, quedando entregado al juicio subjetivo del juzgador.

La responsabilidad de que así sea queda una vez más en manos del estamento judicial. La deficiente regulación vigente en Nicaragua ofrece, ciertamente, pocas garantías al administrado en este aspecto, dadas sus limitaciones ya reseñadas. La necesidad de una reforma de dicha normativa se hace de nuevo evidente.

A pesar de ello, es una cuestión que el legislador por sí sólo no puede aspirar a resolver, pues la tutela cautelar es una de esas cuestiones que se mueven en el mundo del caso concreto, de la circunstancia particular, y sólo una jurisprudencia sólida y consolidada puede dar respuesta a dichas situaciones. Se convierte, por ello, en una necesidad primaria, la adecuada motivación por parte de los tribunales de sus decisiones sobre esta materia. La elaboración de un dictamen claro, forjado sobre la referencia a los criterios que sirven de fundamento a dicha tutela, contribuiría notablemente a desentrañar el sentido del fumus boni iuris y el periculum in mora, permitiendo al ciudadano inmerso en un proceso, sobre la base del precedente, tener un alto grado de previsibilidad sobre el sentido de la decisión cautelar.

E. La constitución de fianza como requisito para la efectividad de la medida cautelar

Como en su momento señalamos, la medida cautelar se decide en base a apariencias, es un juicio previo que puede resultar erróneo. Si así ocurre, podrían generarse a consecuencia de la tutela cautelar daños y perjuicios para el interés público o para el interés de terceros. De aquí surge la necesidad de condicionar la efectividad de ésta a la prestación de garantía, que asegure que se

podrá hacer frente a esos eventuales daños y perjuicios,[967] operando como una condición para la efectividad de la medida cautelar.[968]

Así lo exige claramente la LJ, ya desde el propio momento en que se formula la petición de suspensión, en la que se deberá hacer constar el –ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros– (art. 62 LJ).

Posición que ratifica el art. 65 LJ, que establece que al –decretarse la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada, el tribunal fijara, en su caso, la situación en que habrán de quedar las cosas y establecerá las medidas pertinentes y necesarias para conservar la materia objeto de la demanda hasta la culminación del respectivo proceso y su procedimiento–.

En la legislación municipal, el art. 41 LM exige que –el recurrente otorgue garantía suficiente para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión pudiese causar a terceros, si el recurso administrativo fuese declarado sin lugar–.

Sin negar la adecuación general de esta regla, resulta irrefutable que la exigencia de esta contracautela puede dejar fuera del beneficio de la protección cautelar a amplios colectivos, incapaces de hacer frente a los costes que ésta implica.[969] Solución inaceptable, admitida la inclusión de la facultad de exigir medidas cautelares dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, pues supone tanto como privar de un derecho fundamental a quien no tiene derecho para pagárselo.

El problema resulta de nuevo especialmente problemático en un país como Nicaragua, con un elevado porcentaje de población en situación económica de especial debilidad, que quedaría dramáticamente excluido de dicha tutela sino se adoptan medidas específicas al respecto.

La Ley Jurisdiccional acierta, por ello, plenamente, al dejar fuera de esa exigencia –a quienes gozaren del beneficio de pobreza– (art. 67 LJ). Supuesto al que se añade el de –los casos en que la suspensión fuere decretada de oficio (art. 67 LJ).

967 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, p. 47-48.

968 Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 815, p. 130.

969 Como indica Peces Morate, las –medidas cautelares, salvo las de mera publicidad (...) suelen requerir contracautelas, lo que supone un gravamen, que no siempre puede soportar al solicitante, quedando en desventaja quienes, aun estando cargados de razón, carecen de medios para afianzar o prestar caución–. Peces Morate, Op. Cit., nota 806, p. 147.

La garantía que se deberá de tomar dependerá de las concretas características de cada supuesto, por lo que no es posible realizar una determinación previa de las mismas.[970]

La Ley nicaragüense lo tiene en cuenta, y establece que ésta podrá ser presentada –de forma directa por las partes o por medio de una fianza solidaria o hipotecaria, o bien a través de cualquier otra modalidad convenida entre las partes de la litis– (art. 67 LJ).

La precisión concreta de la misma corresponde a la Sala respectiva del Tribunal competente, que –fijará el monto de la garantía y de la contragarantía, ponderando los hechos, circunstancias e intereses en presencia de las partes–.

F. Suspensión como única medida cautelar posible versus reconocimiento de un numerus apertus de medidas cautelares: la necesidad de una interpretación superadora de los estrechos márgenes de la Ley Jurisdiccional nicaragüense

Tradicionalmente la tutela cautelar se había venido reduciendo en el ámbito administrativo a la suspensión del acto.[971] Perspectiva en la que continua anclada la legislación contencioso-administrativa nicaragüense, recogida en la LJ, en cuyo Capítulo IV del Título VI, donde se contienen las únicas referencias a la materia, se contempla la suspensión del acto como única medida cautelar.

Esta opción del legislador nicaragüense es criticable y totalmente insuficiente en el momento actual. Pues, desde hace ya tiempo, se viene defendiendo la necesidad de superar dicha concepción de la tutela cautelar en el proceso administrativo,[972] para reconocer la existencia de un número ilimitado

970 Ruiz Piñeiro, –Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Un año de aplicación en la Sala de Bilbao–, en Pendás García (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático, Barcelona, Praxis. Barcelona, 1999, pp. 344-345.

971 Como señala Trillo Torres, –en la tradición consolidada del Derecho administrativo, la medida cautelar reina y prácticamente única ha sido la de suspensión del acto o disposición impugnados, de modo que toda la doctrina de las garantías provisionales en el proceso se ha movido con esta referencia estelar–. Trillo Torres, Op. Cit., nota 387, p. 882.

972 Señala Parejo Alfonso que la –suspensión no es la técnica, sino tan sólo una (si se quiere capital) de las técnicas de la tutela judicial cautelar o preventiva en el contencioso-administrativo. La diversidad de las formas actuales del actuar administrativo impone, en efecto, la habilitación al Juez con facultades más amplias y distintas de la suspensiva y la articulación consecuente de ésta en un sistema que le transcienda, en calidad de instrumentos de protección judicial preventiva frente a los actos unilaterales de intervención positiva requirentes o susceptibles de ejecución forzosa–. Parejo Alfonso, Luciano, –La tutela judicial cautelar en el orden contencioso- administrati-

de medidas cautelares, también en dicho ámbito, equiparando así al juez del contencioso a los demás órganos judiciales.[973]

Una justicia cautelar rebajada, ya injustificable en cualquier sector, se hace, aún más rechazable en un ámbito como el contencioso, donde el mantenimiento del sistema de decisión ejecutiva y el paso obligado por un recurso administrativo, agravan el riesgo de que el ciudadano se pueda ver afectado negativamente por el tiempo que tarda en solventarse el proceso.[974]

En realidad, en el momento presente, no puede entenderse, como se hacía tradicionalmente, que las medidas cautelares vengan dirigidas exclusivamente a garantizar la ejecución de la ulterior sentencia, pues, en ocasiones, cumplen una función anticipatoria del fallo, a fin de garantizar la correcta tutela de la pretensión.[975]

Por ello, esa protección cautelar no puede limitarse, como ocurría anteriormente, a la suspensión del acto administrativo, sino que debe comprender medidas de naturaleza diversa dependiendo del tipo de pretensión a la que se esté dando tutela.[976] Lo que implica la necesidad de adoptar tanto medidas

---

vo–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 49, enero-marzo de 1986, p. 35.

973 Álvarez-Cienfuegos Suárez, y González Rivas, Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 370. Como apunta Brewer Carías, se ha planteado –la necesidad de la reconquista por parte del juez administrativo de los poderes de ordenar, que en general, tiene del juez judicial, y no sólo de carácter suspensivo–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, p. 196.

974 Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, –el mantenimiento del sistema de la decisión previa exige como precio contra su abuso o, en su caso, contra el incumplimiento del deber de resolver, un aumento sustancial del ámbito de las medidas cautelares a disposición del juez contencioso, como único instrumento procesal para poder mantener en el momento de la decisión final del proceso el mismo "status quo" existente en el momento de su iniciación–. Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, Op. Cit., nota 804, p. 524.

975 Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, las medidas cautelares –han dejado de tener una función meramente de aseguramiento (garantizar la ejecución de la sentencia) para extenderse a cumplir una función anticipatoria del fallo (garantizar la satisfacción de la pretensión), lo que conlleva una superación del término "cautela" para caer quizás en otro concepto más amplio como podría ser el de "prevención"–. Ibídem, p. 527.

976 Apunta Conde Martín De Hijas que –el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista: la garantía de la efectividad de la sentencia. Por lo tanto serán la índole de ésta y las circunstancias y elementos del conflicto, a decidir por ellas, los que puedan concretar la medida adecuada al caso. Desde una visión teórica no puede aportarse mayores precisiones de carácter general, siendo la definición de la medida cuestión a resolver en el

de carácter negativo, cuando se trate de dar respuesta a actos de gravamen adoptados por parte de la Administración; como positivas, cuando se trate de pretensiones formuladas frente a actos denegatorios.[977]

Esto no impide que existan algunas restricciones en cuanto al tipo de medidas a adoptar. Así, en primer lugar, debe tenerse en cuenta el carácter estrictamente provisional de la tutela cautelar, que impide, lógicamente, la adopción de medidas irreversibles.[978]

Tampoco se puede olvidar que la medida cautelar depende de la pretensión deducida en el proceso, lo que implica que no será posible adoptar medidas que no sean adecuadas a esa pretensión, siendo, por tanto, imposible que se pueda adoptar cautelarmente lo que no se podría obtener en una sentencia final favorable.[979] Por ello debe, en consecuencia, existir una adecuación entre medida cautelar y pretensión similar a la que debe existir entre pretensión y sentencia.[980]

En tercer lugar, es preciso que la medida adoptada entre dentro de lo jurídicamente posible, lo que impide tomar decisiones que queden fuera del campo de las atribuciones de los tribunales.[981] Podemos encontrar un ejemplo claro en el caso de la impugnación de reglamentos. Supuesto en el que el juez al dictar sentencia no podrá hacer otra cosa que validar o invalidar éste, pero en ningún caso cuenta con capacidad para darle una nueva redacción, lo que determina que la única medida aplicable sea la suspensión.[982]

G. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares

Cuando se deduce una pretensión cautelar se hace necesario llevar a efecto la realización de una serie de tramites procedimentales a efectos de determinar si concurren los requisitos para su adopción.[983] Esta tramitación, que tiene la consideración de un incidente,[984] no tiene, como tal, sustantividad propia, sino que asume un carácter estrictamente instrumental respecto al proceso en el que se ventila la pretensión principal.

---

caso concreto–. Conde Martín De Hijas, –Las medidas cautelares–, en Picó Lorenzo (dir.), La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Madrid, CGPJ, 1999, p. 579.

977 Bacigalupo, Op. Cit., nota 826, p. 135.

978 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, p. 176.

979 Ruiz Piñeiro, Op. Cit., nota 848, p. 327.

980 Conde Martín De Hijas, Op. Cit., nota 854, p. 579.

981 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, p. 175.

982 Bacigalupo, Op. Cit., nota 826, pp. 158-159.

983 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 588. González-Varas Ibáñez, Op. Cit., nota 806, p. 569.

984 Chamorro González, en Sospendra Navas (coord.), 2a. ed., Práctica del Proceso Contencioso Administrativo, Madrid, 2004, p. 523.

De aquí se deriva que sea presupuesto para la tramitación de ese incidente cautelar, que se halle pendiente el proceso principal en el que se está dirimiendo la cuestión jurídica a la que se refiere la pretensión cautelar.[985]

La legislación nicaragüense apenas si dedica unas breves y fragmentarias referencias a esta cuestión, esbozando apenas las líneas maestras de ese cauce procedimental que debe seguirse para llegar a la medida cautelar.

En cuanto al momento de iniciación del incidente, debe distinguirse entre los supuestos en que la decisión se adopta de oficio o se insta por parte interesada. En el primer caso, no se señala momento alguno al efecto, por lo que entendemos que se podrá adoptar en cualquier momento, siempre que esté ya iniciado el proceso principal.

Si obliga, sin embargo, la LJ a que, adoptada esa decisión por el Tribunal competente, se notifique a las partes en un determinado plazo. Concretamente:

> la Sala respectiva del Tribunal competente (...) deberá efectuar la respectiva notificación en un plazo de tres días hábiles por medio de cedula judicial o de cualquier otro medio o vía que contenga los elementos esenciales de la notificación y que dejare constancia por escrito para el cumplimiento inmediato (art. 63 LJ).

Cuando se inicia a instancia de parte, sin embargo, la ley fija un momento para realizar dicha actuación: la presentación de la demanda. Así se deduce del art. 62 LJ, que establece que en –su escrito de demanda el actor podrá solicitar la suspensión del acto o sus efectos, de la resolución, disposición, omisión o simple vía de hecho que le agravia–.

El artículo no es muy claro respecto a la posibilidad de presentar dicha solicitud en otro momento del proceso, pues utiliza el término –podrá–. Sin embargo, no parece esta interpretación muy adecuada, porque el art. 50 LJ, al regular el escrito de demanda y sus requisitos establece que el –escrito de demanda, podrá ser presentado en papel común y debe contener los siguiente:

(...) 8) Solicitud, según sea el caso, de la suspensión del acto o de sus efectos, disposiciones, omisiones y vías de hecho objeto de la demanda–.

Parece, por ello, que la utilización del término –podrá– en el art. 63 LJ responde a la no obligatoriedad de la solicitud de medidas cautelares, que es, por supuesto, una posibilidad de la que goza el demandante, y en ningún caso una obligación. De tal forma que si el administrado hace uso de esa posibilidad debe hacerlo por exigencia de la LJ al presentar la demanda.

Nada impide, no obstante, en cualquier caso, que el demandante si lo considera oportuno, pueda pedir al órgano judicial que adopte la misma de oficio, cuando se halle en otro momento del proceso.

---

985 Trillo Torres, Op. Cit., nota 387, p. 879.

La Ley Jurisdiccional delimita también el contenido básico que tiene que tener la solicitud de tutela cautelar que se deberá contener en la demanda. Concretamente, requiere que se expresen –las razones que crea le asistan y su ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros– (art. 62 LJ).

Ese mismo precepto establece la tramitación subsiguiente de esa solicitud, señalando que dentro del –tercero día, el Tribunal, de oficio o a solicitud de parte interesada, debe de pronunciarse sobre la suspensión solicitada–.

La decisión judicial acerca de la suspensión, bien se produzca de oficio o a instancia de parte, adoptara la forma de auto (art. 65 LJ). En el que se indicara en caso de acordarse la suspensión, como ya vimos en su momento, las medidas que deben adaptarse para garantizar los eventuales daños que se puedan derivar de la misma (art. 65 LJ). Contra dicho auto –cabra el recurso de apelación en efectos devolutivo (art. 65 LJ).

H. Medidas cautelares y proceso en que se ventila la pretensión principal: accesoriedad e instrumentalidad de la medida cautelar

La relación de la medida cautelar con el proceso en el que se dirime la pretensión principal a cuya atención se adopta, viene marcada por la instrumentalidad y la accesoriedad de la primera respecto al segundo. Este factor va a estar presente a lo largo de toda la vida de la medida cautelar, condicionando su régimen jurídico de forma decisiva.

En consecuencia con ello, la medida cautelar sólo tiene sentido dentro del desarrollo del procedimiento o proceso en el que se adopta, estando subordinada al desarrollo de éste[986] y siguiendo, en todo momento, la suerte de la pretensión principal.[987]

De esta forma, la persistencia de la medida cautelar se producirá tan sólo en cuanto sigan perdurando los motivos que llevaron a su adopción.[988] Lo que determina que pueda ser modificada en cualquier momento del proceso, si hay una alteración de las circunstancias concurrentes que así lo aconseja.[989]

Así lo establece claramente la normativa nicaragüense, que en su art. 68 señala que el –decreto de suspensión será modificable en cualquier etapa del proceso, sea de oficio o a petición de parte, cuando se justificare que han sobrevenido hechos o circunstancias que lo hicieren procedente–. –El Tribunal

986 Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 808, p. 48. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 587.

987 Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, pp. 32-33.

988 Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 808, p. 48. C Chinchilla Marín, Op. Cit., nota 808, pp. 33-34.

989 Álvarez-Cienfuegos Suárez y González Rivas, Op. Cit., nota 851, pp. 366-367.

que estuviere conociendo de la demanda dispondrá de inmediato la cancelación y devolución de las garantías presentadas–.

A esto se añade por último que, como es lógico, la medida cautelar sólo perdura hasta que se dicte la sentencia o resolución que resuelva el procedimiento o proceso en que se adoptó.[990] En ese momento la decisión provisional en que consiste aquélla va a ser resuelta por el juicio definitivo con el que el órgano judicial pone fin al proceso.

IV. El procedimiento administrativo

1. Introducción. La falta de una ley reguladora del procedimiento administrativo en Nicaragua

Una de las más marcadas deficiencias con las que se encuentra el ordenamiento jurídico-administrativo nicaragüense es, sin duda, la carencia de una norma que regule de forma general el procedimiento administrativo.[991] Así lo viene poniendo de manifiesto ya desde hace tiempo la doctrina administrativa, que ha destacado la necesidad de que se apruebe un texto legal que cumpla esa función.[992] Necesidad tanto más evidente cuando se ha aprobado ya una ley reguladora de la jurisdicción contenciosa, de la que la ley de procedimiento administrativo parece complemento imprescindible.[993]

---

990 Rodríguez-Arana Muñoz, Op. Cit., nota 808, p. 48.

991 J. E. Sheffer Tuñón ha destacado que la falta de una ley de procedimiento administrativo es una circunstancia –claramente desventajosa, al ocasionar graves inconvenientes, sobre todo por la lesión a la seguridad jurídica y a la legalidad a la que está sometida la Administración en su conjunto–. Estudios de Derecho Público. Cultural Portobello. Panamá, 2006. Pág. 138.

992 En tal sentido, ya señalaba Rizo Oyanguren que en –Nicaragua carecemos de una Ley de Procedimiento Administrativo. (...) Creemos que es tiempo de dictar una ley de ese tipo en Nicaragua–. Rizo Oyanguren, Manual elemental de Derecho administrativo, León, Nicaragua, Editorial Universitaria, 1992, p. 87. Mas recientemente se ha pronunciado en ese sentido J. B. Arrien Somarriba, según el cual, hay –que seguir apostando en Nicaragua por la aprobación de una Ley de Procedimiento Administrativo Común, que establezca la regulación de los recursos administrativos y sus lineamientos generales (...). Además de esta materia (la de los recursos administrativos) debe regularse en esta ley todas las materias que son propias del procedimiento administrativo en general–. Arrien Somarriba, –Los recursos administrativos en España y Nicaragua–, Clase de Derecho Contencioso-administrativo (folleto), Universidad Centroamericana, p. 40.

993 En tal sentido, López, que apunta que el procedimiento administrativo –es previo a lo contencioso, tanto en un orden lógico como y real y que por lo tanto, si se pretende juridizar la actividad administrativa es conveniente proceder por etapas. Antes de una Ley de lo Contencioso-administrativo debe de existir una Ley de procedimiento administrativo. Lo lógico y lo razonable es que así sea. La experiencia de otros países así a lo aconseja y los ejemplos

Existen algunas referencias fragmentarias en algunas leyes, particularmente la LPE y la LJ, además de la normativa específica que regula cada uno de los concretos procedimientos administrativos. Materiales que junto con las aportaciones de la doctrina científica han servido de base para la elaboración de este tema, pero es una situación claramente deficiente, que requiere una rápida solución.

Entre otras cosas, porque se hace cada vez más necesaria, dado el constante incremento de las tareas administrativas, una norma general que colme las lagunas que contienen en materia de procedimiento administrativo las leyes reguladoras de los procedimientos específicos.[994]

2. Concepto de procedimiento administrativo

Denominamos como procedimiento administrativo a la serie ordenada de actos que sirve de cauce formal a la actividad administrativa.[995] En dicho sentido

---

en el Derecho Comparado son múltiples y profundamente aleccionadores–. López, Cairo Manuel, Op. Cit., nota 65, p. 29.

994 Señala Rizo Oyanguren que, con –la rápida multiplicación de las intervenciones estatales se viene acentuando la necesidad de un ordenamiento general que, sin excluir algunos procedimientos especiales, sirva también como legislación supletoria en materia de personalidad, de notificaciones, forma de computar los términos legales, audiencia de las partes, medios de prueba y de impugnación, silencio administrativo, etc.–. Rizo Oyanguren, Op. Cit., nota 870, p. 87.

995 Delpiazzo considera que el –procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos jurídicos y operaciones materiales que constituye el elemento ordenador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa–. Delpiazzo, Op. Cit., nota 375, p. 706. Para Serra Rojas procedimiento administrativo –es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa–. Serra Rojas, Op. Cit., nota 160, p. 266. Morelli, por su parte, lo define como el –conjunto de instancias, actos, conceptos y operaciones –tales como notificaciones- que se adelantan por uno o varios funcionarios y que están estructural y funcionalmente ligados para lograr un fin determinado–. Morelli, –El procedimiento administrativo y el proceso contencioso- administrativo–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Caracas, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, 1995, pp. 177-178. Fanlo Loras apunta que procedimiento –hace referencia a ordenación de una serie de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí para la producción de una decisión administrativa. El procedimiento administrativo resulta así el cauce formal de la función administrativa–. Fanlo Loras, –Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, iniciación, ordenación e instrucción–, en Leguina Villa Y Sánchez Morón (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos, 1993, p. 214. Morell Ocaña define el procedimiento como –un conjunto ordenado de actos o actuaciones materiales a través de los cuales se va formando o ejercitando una declaración

se ha pronunciado el Derecho positivo de Nicaragua, que define el procedimiento administrativo como "el cauce formal de la serie de actos en que se debe concretar la actuación administrativa sujeta al Derecho Administrativo para la consecución de un fin". (art. 2. 13 LJ).

Nótese que se trata de una pluralidad de actos dotados de un sentido unitario, en cuanto vienen dirigidos a la resolución de un determinado asunto; pero sin que cada uno de esos actos pierda su sustantividad propia.[996] El procedimiento se presenta, por ello, como una unidad, pero una unidad compuesta de elementos múltiples susceptibles de ser individualizados.[997]

El procedimiento administrativo debe ser diferenciado del expediente administrativo, pues aunque es frecuente que ambos términos sean utilizados como sinónimos,[998] hacen referencia a dos realidades distintas y claramente

---

de voluntad. El procedimiento administrativo será, pues, el cauce propio de las declaraciones de voluntad (conocimiento, deseo o juicio) de una Administración Pública, o de su ejecución–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 213. Calderón Morales entiende que –el procedimiento administrativo es el conjunto de pasos o etapas que se dan en un expediente administrativo que tiene como finalidad la resolución administrativa–. Calderón Morales, Op. Cit., nota 337, p. 57. Según Santofimio Gamboa, –entendemos por procedimiento administrativo el sendero preestablecido legalmente, y que consiste en trámites y formalidades, a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que éstos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de los derechos de los interesados y de la comunidad en general–. Santofimio Gamboa, Op. Cit., nota 487, p.124.

996 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, el procedimiento administrativo es –un complejo de actos, del administrado y de la Administración, de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final–. García De Enterría y Fernández Rodríguez Op. Cit., nota 810, p. 448.

997 Apunta Delgadillo que –el procedimiento administrativo se manifiesta como una ordenación unitaria de una pluralidad de actos de trámite de diversa heterogeneidad realizadas por varios sujetos u órganos, pero todos encaminados a la producción de un acto decisorio final, producto de la función administrativa–. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, p. 202.

998 Es, de hecho, muy frecuente en la práctica que se confundan uno y otro. Puede observarse esta confusión en la definición de expediente de contratación que ofrece Fernández Astudillo, para el que debe entenderse como tal –el conjunto de actuaciones procedimentales mediante las cuales la Administración forma su voluntad contractual a través de la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos, actos que van a tener una importancia trascendental no únicamente para la elaboración y la adjudicación del contrato sino también durante la vigencia de éste–. Fernández Astudillo, Contratación administrativa, Barcelona, Bosch, 2000, p. 148.

diferenciables.[999] Si el procedimiento es, como acabamos de ver, una serie ordenada de actos, el expediente administrativo es otra cosa bien distinta: la constancia documental de esa serie de actos.[1000]

Así lo establece claramente la normativa nicaragüense, que define el expediente como –el conjunto de documentos debidamente identificados y foliados, o registros de cualquier naturaleza, con inclusión de los informes y resoluciones en que se materializa el procedimiento administrativo de manera cronológica– (art. 2. 9 LJ).

En el ámbito municipal, el art. 112 RM define el expediente como:

> el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a las resoluciones administrativas municipales, así como las diligencias encaminadas a ejecutarlas. Éstos se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos deban integrarlos y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas de manera contigua, consecutiva y consiguiente por los funcionarios encargados de su tramitación.

Sentado que el procedimiento administrativo es el cauce formal que debe seguir la Administración para desarrollar la actividad que le es propia, la cuestión es, entonces, porque se obliga a ésta a seguir esa vía procedimental. La respuesta encuentra su sentido en la propia esencia de la Administración pública, que no es un sujeto dotado de voluntad y deseos propios, sino un aparato instrumental al servicio del interés público y de los ciudadanos. Lo que en último término supone que la Administración no gestiona un conjunto de intereses propios, como hace lo sujetos privados, sino intereses ajenos (intereses públicos y de los ciudadanos).

---

999 Como señala González Navarro, –las voces "procedimiento" y "expediente" deben ser diferenciadas técnicamente–. En la obra escrita conjuntamente con Gónzalez Pérez: González Navarro y Gónzalez Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 33.

1000 Gráficamente señala González Navarro que –el expediente no es otra cosa que la materialización del procedimiento, el procedimiento "hecho papel"–. Gónzalez Pérez: González Navarro y Gónzalez Pérez, Op. Cit., nota 373, p. 33. Vicente define el expediente como –el soporte documental del procedimiento administrativo–. Vicente, et. al., Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 89. Fernández Fontecha lo define como –la materialización documental del procedimiento–. Fernández Fontecha, en Pendás García (coord.), Derecho de los contratos públicos. Barcelona, Praxis, 1995, p. 47. Para Fernández Ramos expediente es –la plasmación documental (...) del procedimiento administrativo–. Fernández Ramos, El derecho de acceso a los documentos administrativos, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 430. Boquera Oliver apunta que los –trámites de un procedimiento suelen formalizarse por escrito y la suma de los documentos en que se recogen los trámites se denomina expediente administrativo. Expediente es el conjunto de documentos que recogen los trámites que constituyen el procedimiento–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 192.

Esto marca una radical diferencia, a la hora de actuar, entre la Administración y los particulares. Los primeros actúan desde la autonomía de su voluntad, lo que implica libertad para gestionar correcta y diligentemente sus asuntos propios o no.

Ese margen de libertad no lo tiene, sin embargo, la Administración, que debe realizar una gestión eficaz y adecuado de los intereses que orientan su acción, que son indisponibles para ella.

Esta radical diferencia entre el sujeto privado y el público tiene también, como no podía ser de otra manera, su vertiente procedimental. El sujeto privado cuenta con absoluta libertad a la hora de fijar su cauce de actuación, cuestión que sólo a él le incumbe, pues si sigue una vía inadecuada de acción, sólo perjudica sus intereses propios.[1001] Sin embargo, la Administración debe estar condicionada a seguir un cauce adecuado para dar satisfacción a los intereses que sirve,[1002] encontrando, en consecuencia, limitada su libertad a la hora de actuar, que deberá desarrollarse siguiendo el camino procedimental previamente diseñado para garantizar el acierto de su actuación.[1003]

Más concretamente, con el establecimiento de este condicionante se trata de lograr que en la actuación administrativa queden garantizados tres importantes finalidades: a) el respeto de los derechos de los ciudadanos; b) la adecuada satisfacción del interés público; c) la participación de los ciudadanos en el ejercicio de las potestades administrativas.[1004]

Como puede verse, se trata de un conjunto de objetivos que están más allá incluso de los intereses de los sujetos implicados en la cuestión debatida. Lo que determina la indisponibilidad del procedimiento, que deberá seguirse en

1001 Apunta Santamaría Pastor que seguir un procedimiento –distingue a la Administración de las personas privadas, cuya actuación es, en principio, informal; es cierto que las grandes organizaciones privadas tienden a establecer, cada vez de manera más acusada, pautas formales en la actuación de sus integrantes; pero la eficacia de dichos procedimientos es una cuestión puramente interna y ajena al Derecho, de tal modo que su incumplimiento puede determinar, a lo sumo, la responsabilidad laboral de un empleado, pero no tiene por qué afectar, en principio, a la validez de la decisión que toma–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 55.

1002 Como señala Delpiazzo, en –la medida que el Derecho le fija a la Administración tareas a cumplir y fines a perseguir, sus órganos deben seguir un determinado cauce o camino para hacerlo–. Delpiazzo, Op. Cit., nota 375, p. 706.

1003 Como señala Serra Rojas, los –actos administrativos no deben improvisarse, ni quedar subordinados a las arbitrariedades del poder público, ya que necesariamente deben recorrer un camino legal, que es la preparación para que puedan manifestarse con eficacia–. SERRA ROJAS, Op. Cit., nota 160, p. 267.

1004 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 442-447. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 199. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 214. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 440-441.

todo caso, sin que pueda eludirse su realización por acuerdo entre la Administración y los interesados.[1005]

No obstante, debe también notarse que el procedimiento, sobre todo si está deficientemente articulado y regulado, puede traer también consigo algunas deficiencias, transformarse en un elemento formalista que retarde la acción administrativa, haciéndola caer en la ineficacia y el formalismo.[1006]

3. Principios del procedimiento

Los principios del procedimiento administrativo son un conjunto de reglas básicas, que conforman un sustrato axiológico esencial que sirve de base a las reglas reguladoras de éste y sirven como criterios interpretativos de las mismas.[1007]

Se ha resaltado, con razón, la importancia que tienen estas reglas en cuanto constituyen un elemento uniformador y ordenador de la muy variada normativa reguladora del procedimiento, permitiendo generar un sustento uniforme que facilita la aplicación e interpretación coherente de la multiplicidad de normas generales y particulares que regulan los procedimientos administrativos.[1008]

1005 Como señala Entrena Cuesta, aun –en la hipótesis de que se pusieran de acuerdo la Administración y los interesados en un expediente, no podría eludirse el cumplimiento de las normas que lo regulan, toda vez que aunque no sufriese merma la seguridad de dichos interesados podría ser entorpecida la eficacia administrativa–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 271.

1006 Apunta Sánchez Morón, que –la regulación del procedimiento y su aplicación general tiene también efectos menos elogiables, ya que impone un itinerario rígido y formal, sobre todo cuando se regula con excesiva minuciosidad, lo que es frecuente. En consecuencia, facilita la rutina burocrática, reduce la iniciativa de los empleados públicos y alarga muchas veces las actuaciones de manera innecesaria, mediante la acumulación de trámites y actos debidos. El procedimiento es en principio un instrumento de racionalidad, pero también es fuente del papeleo y de muchas ineficiencias–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 474.

1007 Destaca Sheffer Tuñón que los principios del procedimiento sirven –de fundamento porque orientan y marcan las pautas en cuanto al trámite administrativo se refiere (…); colaboran con la interpretación porque el aplicador o interprete, además el particular que acude a una entidad oficial por un asunto de su interés, debido a la hermenéutica que identifica y de sentido a los principios, puede encontrar soluciones en ellos para la adecuada aplicación de las normas del procedimiento; y no hay duda de que están en la base de la integración normativa, ya que, ante cualquier vacío legal, suplen o "llenan" esa "ausencia de normas" procedimentales, mediante su utilización supletoria, en pro de la plenitud del procedimiento administrativo–. Sheffer Tuñón, Op. Cit., nota 869, p. 141.

1008 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –la utilidad -, aún más, la auténtica necesidad- de un intento dirigido a aislar los grandes prin-

Dicha afirmación es especialmente cierta para un país como Nicaragua, donde falta una regulación general del procedimiento administrativo, con todo lo que ello implica. Esto dota a estos principios generales de un valor inusitado en este ordenamiento jurídico, pues sólo en ellos se puede dar unidad y sentido a las normas que rigen los procedimientos administrativos.

A. Principio de impulso de oficio u oficialidad

El contenido de este principio se concreta en la necesidad de que la propia Administración desarrolle por si misma toda la actuación precisa para la conclusión del procedimiento, con la resolución de las cuestiones planteadas en éste, sin necesidad de ser instada a ello por los interesados.[1009]

Dicha regla encuentra su fundamento en la existencia en todo procedimiento administrativo de un interés público, más o menos intenso, que demanda satisfacción con independencia de la actividad que desarrollen los sujetos privados, lo que impide que se deje en manos de éstos la posibilidad de tutela del mismo, que deberá asumir, en consecuencia, la propia Administración.[1010]

B. Principio antiformalista o pro actione

Este principio postula que el cumplimiento de los requisitos formales sea examinado de forma flexible, dando preferencia a las cuestiones de fondo respecto a las puramente procedimentales, que tienen un carácter secundario.

---

cipios que constituyen el entramado básico y la estructura esencial de esta institución jurídica que es el procedimiento administrativo. Son estos principios, rectamente entendidos, el único medio de asegurar ese mínimo de unidad que se viene resistiendo desde hace un siglo a los preceptos con que, de un modo u otro, ha pretendido el legislador reducir la tendencia a la dispersión y el particularismo–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 462.

1009 Danós Ordóñez, Op. Cit., nota 341, p. 553. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, Op. Cit., nota 77, pp. 208-209. Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, pp. 221-222. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 200. López Olvera, Miguel Ángel, en Cienfuegos Salgado, David, y López Olvera, Miguel Ángel (coord.), –Los principios del procedimiento administrativo–, en Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz Derecho Administrativo, México, pp. 185-186. Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –la Administración está específicamente obligada a desarrollar la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los particulares, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la jurisdicción civil donde, por regir el principio dispositivo, se entiende que el proceso es cosa de las partes, de quienes depende, en consecuencia, su progresión–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 467.

1010 Señala Danós Ordóñez que este principio –se justifica porque la actuación administrativa debe estar orientada a satisfacer los intereses públicos y por ende la simple inacción de los administrados no debe determinar normal-

Si bien, entendiendo que dicha regla debe aplicarse exclusivamente a favor del administrado, pues nada justifica que la Administración quede eximida del cumplimiento de las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico.[1011]

Con ello se trata de obtener la debida resolución del procedimiento mediante un acto definitivo que responda a las cuestiones de fondo planteadas en el mismo, evitando que los requisitos y trámites formales se conviertan en un obstáculo innecesario para dicho propósito.[1012]

Sin que esto suponga, obviamente, la desaparición de las formas en el procedimiento administrativo, que el administrado deberá cumplir, como es lógico; sino su valoración como elementos puramente instrumentales, que han de ser exigidos de forma flexible.[1013]

C. Principio contradictorio

El principio de contradicción determina la necesidad de que puedan acceder al procedimiento todos los intereses afectados por el mismo, dándose posibili-

---

mente la paralización del procedimiento–. Danós Ordóñez, Op. Cit., nota 341, p. 553.

1011 López Olvera, Miguel Ángel, Op. Cit., nota 887, p. 185. Sheffer Tuñón, Op. Cit., nota 869, p. 158.

1012 Danós Ordóñez, Op. Cit., nota 341, p. 553. Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –el principio pro actione que postula a favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, en sentido de asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento–. –El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquélla dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares. Pertenece, pues, a la esencia misma de la institución la tendencia a la prosecución del camino en que el procedimiento consiste hasta llegar a esa decisión final, eficaz y justa, que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios. Esto supuesto, no puede considerarse sorprendente, sino, por el contrario, ajustado a la propia naturaleza de la institución, el que, en caso de duda, deba resolverse ésta en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 467-468.

1013 Como señala López Olvera, –es mejor denominar a este principio como de "formalismo moderado" ya que la denominación de "informalismo a favor del administrado" está alejada de la realidad, pues la ley que regula el procedimiento administrativo establece un mínimo de formalidades que debe cumplir el administrado al dirigirse a la administración pública–. López Olvera, Miguel Ángel, Op. Cit., nota 887, p. 185.

dad a sus titulares de defenderlos en el mismo en condiciones de igualdad.[1014] Lo que otorga a los interesados la facultad de oponerse u objetar a cualquier actuación o juicio que realicen la Administración o los demás interesados.[1015]

Es inherente, por tanto, a este principio, que la Administración encargada de tramitar y resolver el procedimiento opere desde una posición de imparcialidad, que asegure un trato no discriminatorio a todos los sujetos interesados. Obviamente, esa imparcialidad de la Administración no puede alcanzar el grado que se demanda de un tribunal de justicia, pues al mismo tiempo que órgano que sustancia el procedimiento es también parte implicada, juez y parte, por tanto, a un mismo tiempo.

Esto no entraña una ruptura del principio que nos ocupa, pues bastará para cumplir con el mismo con que el órgano administrativo sirva con objetividad los intereses públicos, valorando de forma adecuada y suficiente todos los intereses que accedan al procedimiento, no cerrando el paso a ninguno de ellos, y ofreciendo a todos ellos las mismas posibilidades de defensa, sin discriminación alguna.[1016]

No debe olvidarse nunca que la Administración es un sujeto guiado a la satisfacción de los intereses públicos, ni que el procedimiento es la vía para dar cumplimiento a esta exigencia. La legitima e imprescindible necesidad de no vulnerar los derechos de los administrados al cumplir esta labor, no autoriza a perturbar la lógica propia del procedimiento administrativo, pretendiendo su plena judicialización.[1017]

1014 García Pérez, Op. Cit., nota 510, p. 174. Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 200. Consideran García De Enterría y Fernández Rodríguez que –es de esencia a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, es decir, la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 463.

1015 1016 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 492.

1016 Como apunta Morelli, la –imparcialidad no llega hasta el punto de pretender que la administración claudique de su interés de parte, parte que en principio detenta el monopolio legítimo del interés general, entendido éste en su más genuino significado francés. Lo que no significa que la administración actúe de manera parcial y arbitraria; significa que la imparcialidad que le es exigible a la administración tiene un significado distinto. El norte de su comportamiento, durante el procedimiento administrativo, ha de ser el cumplimiento de los cometidos estatales, obviamente sin que esto implique discriminación alguna entre los administrados–. Morelli, Op. Cit., nota 873, p. 184.

1017 Señala Parejo Alfonso que la –Administración es un poder público caracterizado por la actuación con eficacia al servicio del interés general, es decir, de la satisfacción real de la actuación con eficacia al servicio del interés general, es decir, de la satisfacción real de las necesidades colectivas. El procedimiento no es sino el cauce formal para el desarrollo de aquella actuación (cuando debe tener relevancia jurídica directa), de suerte que no es legítimo intentar alterar

Los efectos de esta regla básica deben prolongarse a lo largo de todo el procedimiento.[1018]

4. Sujetos

A. Capacidad para ser parte y capacidad procesal

No existiendo una regulación específica del procedimiento administrativo y, por tanto, faltando una normativa propia para el procedimiento administrativo de la capacidad de las partes, debe acudirse a las reglas generales que regulan la capacidad en el proceso contencioso, que en su momento examinaremos.

Únicamente merece la pena destacar que es aplicable la ampliación de la capacidad procesal que el art. 26. 2 LJ proclama para los menores de edad que hayan cumplido los quince años de edad. Esta ampliación no parece que deba encontrar ningún obstáculo para su vigencia también en el procedimiento administrativo.[1019]

B. Legitimación

La capacidad para participar activamente en un procedimiento, adquiriendo la condición de interesado, equivalente a la condición de parte en el proceso, exige cumplir con el requisito de la legitimación. Esto supone que sólo van a poder participar en el procedimiento aquellas personas que están en una especial relación con el objeto del procedimiento,[1020] que se traduce, como regla general, en ostentar un interés propio en el mismo.[1021] Si bien, excepcionalmente, el ordenamiento jurídico reconoce acción pública, otorgando legitima-

---

la economía y la lógica de la actividad administrativa a través de una sustantivación total de la dimensión garantística, de su conversión en fin absorbente o único de aquel–. En Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 444.

1018 Como indican García De Enterría y Fernández Rodríguez, el –principio de contradicción ilumina (...) todas las fases del procedimiento administrativo y es a su luz como deben interpretarse todas y cada una de sus normas reguladoras y como deben valorarse todas y cada una de las actuaciones que lo integran–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 465.

1019 Consideran Piñar Mañas y Moreno Molina que este tipo de medidas de ampliación de la capacidad de los menores –es coherente con la naturaleza misma del Derecho administrativo y con su carácter antiformalista–. Piñar Mañas y Moreno Molina, –Interesados–, en Pendás García (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis, 1993, p. 279.

1020 Señalan Piñar Mañas y Moreno Molina que por –legitimación se puede entender la especifica situación jurídica material en que se encuentra un sujeto o una pluralidad de sujetos, en relación a lo que constituye el objeto de un determinado procedimiento–. Ibídem, p. 279.

1021 Por ello, como indica Morell Ocaña, interesado –es el portador o titular de una situación jurídica que puede quedar afectada por la resolución que se adopte–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 224.

ción a cualquier persona, con independencia de que le afecte personalmente o no la cuestión que se discute en el procedimiento.[1022]

Así, por ejemplo, el art. 28 LSC establece que la –acción para impugnar la convocatoria y el nombramiento de los trabajadores estatales es pública–.

Fuera de los supuestos excepcionales de acción pública, para que se de esa especial relación es preciso ser titular de un derecho subjetivo o interés legítimo que vaya a verse afectado por la resolución que se dicte en el procedimiento de que se trate. Aunque un sector de la doctrina ha negado la importancia de esta distinción, considerando que son dos categorías confusas, difícilmente deslindables, y que deberían ser equiparadas por exigencias de la tutela judicial efectiva,[1023] nosotros consideramos que la diferenciación entre uno y otro sigue siendo importante, en cuanto deben anudarse consecuencias jurídicas diferentes según se sea titular de uno u otro.

El concepto de derecho subjetivo a los efectos que nos ocupa es el mismo que rige con carácter general en la teoría del Derecho, el poder para exigir el cumplimiento de una prestación con independencia de su contenido y de su título.[1024]

1022 Como señala Benítez de Lugo, la acción popular otorga al ciudadano la posibilidad de –accionar en defensa del orden jurídico violado aunque no afectase a la esfera de sus intereses–. Benítez de Lugo, –La acción popular–, en La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario, Barcelona, Bosch, 2003, p. 483. Santamaría Pastor señala que la –acción popular puede describirse más gráfica y precisamente como un régimen de no exigencia de legitimación alguna: en hipótesis excepcionales, la Ley habilita a cualquier persona, física o jurídica, para impugnar los actos referidos a materias determinadas, por entender que el interés público implicado en tales actos es tan intenso que llega a afectar singularmente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 665.

1023 En tal sentido Baño León, que considera que –la distinción carece de sentido. (...) tras la Constitución es inaceptable. No sólo es que existe una dificultad en distinguir entre los derechos subjetivos y los intereses legítimos (la distinción prácticamente se volatiliza, si se considera a los intereses legítimos como derechos reaccionales), sino que es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva–. Baño León, –Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración–, En Leguina Villa y Sánchez Morón (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , Madrid, Tecnos, 1993, p. 93.

1024 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 33-36. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 225. Parejo Alfonso apunta que por –derecho subjetivo debe entenderse toda posición jurídica individualizada y activa traducible en pretensiones frente a la Administración de realización de prestaciones a las que esté obligada (con independencia del título constitutivo de la obligación), de reconocimiento o protección de situaciones jurídicas reconocidas normativamente o por la propia Administración o de respeto de ámbitos de libertad establecidos por el ordenamiento jurídico–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 449. Señalan Piñar

Interés legítimo es la existencia de una posición propia de cualquier naturaleza que se puede ver afectada, ya sea positiva o negativamente, por la resolución que se dicte en el procedimiento1026.[1025] Dicha situación de interés autoriza para participar en éste defendiendo esa posición propia, esto es, otorga la aptitud para reaccionar contra una posible alteración de la legalidad que perjudique esos intereses propios.

La concurrencia o no de interés legítimo debe ser examinada siempre en el caso concreto, no existe interés legítimo en abstracto.[1026] Dicho juicio será realizado de acuerdo a un criterio amplio, comprendiendo la posibilidad de obtener cualquier beneficio o de evitar cualquier perjuicio. Pero no basta con el simple interés en la defensa de la legalidad.[1027]

Una parte de la doctrina ha defendido que se ostentan en estos casos auténticos derechos subjetivos, que para ser diferenciados de los derechos subjetivos típicos califican como derechos subjetivos reaccionales.[1028] Si bien dicha

---

Mañas y Moreno Molina que por –derecho subjetivo se entiende el ámbito de poder conferido por el ordenamiento a un determinado sujeto, que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición–. Piñar Mañas y Moreno Molina, Op. Cit., nota 897, p. 280.

1025 Parejo Alfonso considera que por –interés legítimo (...) debe tenerse toda situación jurídica individualizada, caracterizada por singularizar una o más personas concretas (sus respectivas esferas jurídicas) respecto a la generalidad de los ciudadanos y dotada de consistencia y lógica jurídico-administrativa propias, independientes –en todo caso– de su apoyatura, derivación o conexión con verdaderos derechos subjetivos; situación que, desde el punto de vista procedimental, supone una específica relación de la misma con el objeto del procedimiento–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 449-450. Señala Sánchez Morón que el –interés legítimo es (...) la situación en que se encuentra una persona en relación a una determinada actuación administrativa, de cualquier tipo (...) ante la que carece de un derecho subjetivo de naturaleza substantiva para que la Administración haga algo o se abstenga, pero de la que puede derivarle un beneficio o un perjuicio–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 445.

1026 Ibídem, p. 445.

1027 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 663. Señala Sánchez Morón que –el interés legítimo es un interés cualificado, que no se confunde con el mero interés objetivo en que se cumpla la legalidad, sino que equivale a una situación en virtud de la cual deriva para quien la ostenta un beneficio o perjuicio propio real, actual o potencial (pero no meramente hipotético), de la aceptación o rechazo de sus pretensiones, pero puede tratarse de un interés económico, profesional, político o inclusive intelectual o moral o de cualquier otra naturaleza–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 446.

1028 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que, cuando –ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como

tesis no es pacífica, pues una parte de la doctrina niega que se pueda reducir el concepto de interés legítimo a un contenido estrictamente reaccional.[1029]

garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al reestablecimiento de la integridad de sus intereses; a estos derechos subjetivos podemos llamar reaccionales o impugnatorios–. –De este modo la Ley objetiva puede (...) descomponerse, (...) en un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, lo cual se explica del modo siguiente. Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente. Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros (...), como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino la defensa de los propios intereses. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la Ley; la Administración también es parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; el recurso es, pues, subjetivo y no objetivo; lo que se hace valer en el proceso es, pues, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 53 y 51. De acuerdo con esta tesis: González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, pp. 638.

1029 En tal sentido Morell Ocaña, que considera –que la noción de interés cualificado –llámese legítimo o directo- tiene una consistencia jurídica que desborda un contenido estrictamente reaccional. En la esfera patrimonial tiene un indudable contenido económico; es un valor que se añade a lo que estrictamente pueda considerarse como contenido de un derecho subjetivo. (...) Se trata, pues, de bienes que forman parte del patrimonio de la persona: añadidos, consecuencias, del modo de ser de cada derecho concreto, como puede ser el de propiedad (si es de un establecimiento mercantil, será el caso de la clientela: nadie tiene un derecho sobre ella, pero el establecimiento tiene un valor económico distinto si es poca o mucha). Así individualizado jurídicamente, el interés legítimo no es un derecho reaccional. Es que, lo mismo que el derecho subjetivo, es el fundamento o causa del otorgamiento de la legitimación. Es decir –y en lo que aquí importa-, del reconocimiento, de que la norma realiza la posibilidad concreta de constituirse en parte, en una relación jurídica procedimental determinada–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 225.

En nuestra opinión, debe darse por buena la opinión de aquellos que diferencian el interés legítimo de las posibilidades de defensa procedimental que otorga éste, que es a lo que se denomina en puridad –derecho reaccional–.[1030]

Téngase en cuenta que ese interés legítimo no tiene porque ser necesariamente individual, pues otorga también la legitimación la titularidad de un interés colectivo, permitiendo obtener la condición de interesado a las entidades que representan intereses no individualizables en un sujeto o sujetos determinados, sino que afectan a una pluralidad de personas.[1031]

Los titulares de derechos subjetivos ostentan la legitimación en su máximo nivel de intensidad y son, en consecuencia, siempre interesados, con independencia de su actitud hacia el procedimiento.[1032] Consecuencia lógica de la preexistencia de estos derechos al procedimiento, que obliga, cuando menos, a que la Administración observe un cierto respeto a los mismos,[1033] que se traduce en el necesario ofrecimiento de la posibilidad de tutelarlos a sus titulares.

Distinta es la situación, sin embargo, de los titulares de intereses legítimos que, en cuanto constituyen posiciones jurídicas que se hacen patentes con la

1030 Apunta Sánchez Morón que cuando –existe tal interés y es legítimo (...) la ley reconoce a sus titulares facultades de defensa, en concreto un derecho reaccional para la tutela de dicho interés ante al propia Administración o ante los Tribunales, además de derechos instrumentales de participación en el procedimiento en que ha de adoptarse la decisión que puede perjudicarles o beneficiarlos. Pero no debe confundirse la situación material o fáctica de interés con los derechos subjetivos derivados que nacen de la misma–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 445.

1031 Señala Brewer-Carías que la noción de interés legítimo –no sólo se refiere a las situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los sujetos de derecho como personas individualizadas, sino también las entidades representativas de intereses colectivos legalmente establecidas y reconocidas, y que como intereses supraindividuales han venido siendo tutelados por el ordenamiento jurídico. En cuanto a los intereses colectivos, éstos se concretan en comunidades compuestas por sujetos de derecho más o menos determinables, siendo en definitiva, intereses de grupo que se persiguen en forma unificada, al tener el grupo características y aspiraciones comunes–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, p. 96.

1032 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 225.

1033 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –la condición de interesado se sustenta por sí sola en la titularidad del derecho subjetivo, que por tal ser y existir con anterioridad a la iniciación misma del procedimiento de que se trate, comporta una relativa obligación (de respeto al menos) por parte de la Administración que hace innecesaria la adopción por el particular de iniciativa alguna a estos efectos. La adquisición de la condición de interesado no depende, pues en este supuesto, ni de la promoción del procedimiento por el titular del derecho, ni de su comparecencia motu propio en un procedimiento ya iniciado. Tienen esa condición per se en todo caso–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 482.

acción que motiva la iniciación del procedimiento, pero no tienen individualidad propia sin la misma. Esto provoca que su tutela en el procedimiento vaya a depender de la propia actitud de su titular, que si inicia el procedimiento o se persona en el mismo se convertirá en interesado, pero no en caso contrario.

En la actualidad, la tendencia es a ofrecer al administrado una tutela efectiva sea cual sea su situación, lo que obliga a difuminar en gran medida esta diferenciación, pues se debe tratar de facilitar el acceso al procedimiento a todo posible interesado. De aquí se puede deducir una obligación de la Administración de informar de la iniciación del proceso a todo interesado del que tenga conocimiento.

Ahora bien, esto no llega a nuestro juicio a difuminar la necesaria distinción entre estos dos tipos de interesados, pues no se puede obligar a la Administración a indagar toda posible persona que pueda estar interesada en un asunto, tarea por otra parte, de todo punto imposible. Las meras situaciones de interés en cuanto situaciones no discernibles con independencia de la actuación de que se trate, sólo serán tutelables, por ello, en la medida en que sean conocidas por la Administración o el interesado persiga activamente su defensa iniciando o personándose en el procedimiento.

Cuando lo que se discuta en el procedimiento administrativo sea la titularidad del propio derecho subjetivo invocado para justificar la legitimación, bastara para estar legitimado con ser la persona a la que correspondería la titularidad del derecho subjetivo si triunfase su pretensión.[1034]

En caso de que la relación jurídica que otorga la legitimación sea transmisible y se produzca su transmisión durante el procedimiento, éste continuará con los derechohabientes.[1035]

No tendrán la condición de interesados aquellas personas que actúan en un procedimiento a título de expertos o como testigos de determinados hechos.[1036]

C. Postulación

Se suele designar con el término postulación a la aptitud para poder invocar tutela jurídica ante un órgano judicial o administrativo. Idoneidad que se suele conceder conforme a dos sistemas básicos: a) otorgándosela directamente a la parte legitimada; b) exigiendo que la intervención en el proceso tenga lugar a través de un técnico en Derecho.[1037]

En el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso, la regla general es que no exija la participación de un técnico en derecho para poder presentar y defender una pretensión. De tal forma que el adminis-

1034 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 870.

1035 Ibídem, p. 891.

1036 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 482.

1037 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 639.

trado puede por sí sólo, sin necesidad de asistencia jurídica alguna, iniciar y participar en un procedimiento administrativo.

Todo ello, sin perjuicio, obviamente, de acudir asesorado por un técnico en Derecho cuando lo estime oportuno.

5. Fases del procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo se suelen distinguir tres grandes fases: iniciación, desarrollo o instrucción y terminación1039.[1038]

A. Iniciación del procedimiento administrativo

Un procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio, a instancia de parte o bien indistintamente de oficio o a instancia de parte.

Hablamos de iniciación a instancia de parte cuando éste se pone en marcha como consecuencia de la presentación de una solicitud por parte de persona interesada. Si bien comenzará de forma efectiva mediante la adopción de un acuerdo de iniciación dictado por la Administración, que será el primer acto del procedimiento.

El concepto de solicitud debe ser diferenciado del de petición. Aunque hay quien niega esta distinción, equiparando una y otra,[1039] entendemos que son dos nociones netamente diferentes que pueden y deben ser diferenciadas.

La razón que permite deslindar una y otra reside en que a través de la primera se presenta una pretensión amparada en Derecho, esto es, no hay una petición en sentido propio, pues lo que se hace es exigir la aplicación del ordenamiento jurídico; mientras que a través de la segunda se formula una petición en el sentido más estricto, esto es, se pretende de la Administración un acto graciable o la adopción de una norma. Lo que determina, a su vez, que la primera exigirá una respuesta que resuelva acerca de dicha pretensión, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico; mientras que la segunda

1038 Como señala González Navarro, sin –forzar gravemente la naturaleza de las cosas, puede decirse que el procedimiento administrativo –que tiene por definición un sentido dinámico- se ofrece ante nosotros como un fenómeno de pura biología: nace, se desarrolla y muere. De aquí que se venga separando en él tres fases o periodos: de iniciación, de desarrollo y terminación–. Ibídem, p. 665.

1039 Señala Parada Vázquez que la instancia o solicitud –es una petición fundada–. –Tratándose de una petición fundada, poco importa que el fundamento sea estrictamente jurídico y que la petición se relacione con la reclamación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo–. –Por ello, la solicitud es también el vehículo formal, un escrito porteador de variadas mercancías que van desde el ejercicio de derechos o intereses, de denuncias de infracciones al ordenamiento, al derecho de simple petición de lo que no es jurídicamente admisible aunque si lícito impetrar–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 229, p. 281.

tan sólo exige una respuesta de la Administración, que no tiene que estar necesariamente fundada en Derecho, sino que puede basarse en simples criterios de oportunidad.[1040]

Se debe entender, por tanto, que la petición encuentra su fundamento en el art. 52 CN, según el cual, los –ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los Poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca–.

Frente a ello, la solicitud encuentra su fundamento en el principio de legalidad, que obliga a la Administración al cumplimiento de la ley y el Derecho.

El principio antiformalista, antes examinado, impide que la Administración pueda rechazar una solicitud del interesado por defectos formales sin haberle dado previamente la posibilidad de subsanación. Lo que supone que, en caso de detectarse un defecto formal que impida la tramitación del procedimiento, se le deberá dar al interesado un plazo prudente (díez días parece un plazo adecuado) para subsanar dicha deficiencia, advirtiéndole de que en caso de no proceder a dicha subsanación su solicitud no será tramitada.

Un ejemplo en el Derecho nicaragüense lo podemos encontrar en el art. 46 RCE,[1041] según el cual, en caso de que la información suministrada no se ajuste a los requisitos establecidos, se le comunicará al solicitante, a quien se le otorgará un plazo de diez días hábiles para que se complete o corrija la información. Si no se cumple con esta prevención, se rechazará la solicitud de inscripción, sin perjuicio de que se vuelva a presentar (art. 46 RCE).

La iniciación de oficio tendrá lugar mediante la adopción de un acuerdo de iniciación por parte de la Administración. Esto no sirve para diferenciar el procedimiento del que se pone en marcha a instancia de parte, pues, como vimos, éste también comienza mediante un acuerdo de este tipo.[1042] La diferencia reside más bien en la causa que excita su adopción. Si en el iniciado a instancia de parte es la presentación de una solicitud por el interesado, en el que se inicia de oficio esa decisión tiene su origen en alguno de los motivos

1040 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 95. Fernández Pastrana y Garrido Falla, Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas, Madrid, Civitas, 1993, p. 264. Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, pp. 288-289. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 227.

1041 Reglamentos General de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante RC) (Tomado de La Gaceta nº. 46, de 6 de marzo de 2000).

1042 Fernández Montalvo, –De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Carperi, 1993, p. 283.

siguientes: una decisión adoptada motu propio por el órgano competente, la solicitud de otro órgano público o la denuncia o petición del administrado.

El art. 18. g LCE nos proporciona un ejemplo de iniciación de un procedimiento a solicitud de otro órgano público, al permitir que la aplicación del régimen de sanciones previsto en dicha Ley se produzca de oficio o –ha pedido del organismo adquirente respectivo–.

Como puede verse, el procedimiento de oficio es siempre fruto de una opción tomado por la propia Administración (bien por el órgano competente o por su superior o inferior jerárquico) o de una decisión adoptada tras un acto de impulso del administrado carente de fuerza suficiente para poner en marcha por sí sólo el procedimiento.[1043] Nótese la neta diferencia que existe entre este último supuesto y la iniciación a instancia de parte, pues ésta tiene su origen en la solicitud del administrado, con fuerza suficiente para poner en marcha el procedimiento, haciendo que el acuerdo de iniciación sea una consecuencia necesaria de ésta; mientras que en aquél la acción del administrado carece de la fuerza suficiente para obligar a la Administración a poner en marcha el mismo.

En esta situación se encuentra, sin duda, la denuncia, en la que conviene que nos detengamos un momento, para aclarar su papel. Consiste ésta en un acto de comunicación, por la que se pone de manifiesto un hecho a la autoridad competente, a fin de que ésta ponga en marcha un procedimiento administrativo.[1044] Como puede verse, a diferencia de la solicitud, que deter-

---

1043 Como señala Santofimio Gamboa, se –presenta la iniciación oficiosa de una actuación administrativa, en todos aquellos eventos en que sólo por voluntad de la misma administración se da inicio al procedimiento administrativo. Esta actitud de la administración depende del incentivo que obtenga de elementos externos o internos y que le llevan al convencimiento de que se hace necesaria una decisión de su competencia para resolver algún conflicto, sancionar alguna infracción o adoptar cualquiera otra medida con efectos jurídicos. La voluntad del administrado no es decisiva para el inicio de una actuación oficiosa, aunque si puede ser tenida en cuenta como antecedente para iniciar la misma–. Santofimio Gamboa, Op. Cit., nota 487, p. 168.

1044 González Navarro define la denuncia como –aquel acto por el que un particular o un funcionario público, espontáneamente o en cumplimiento de una obligación legal, pone en conocimiento del órgano administrativo competente, la existencia de un determinado hecho, sancionable o no, a fin de que se acuerde la iniciación de un determinado procedimiento–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 667. Para Fernández Montalvo la –denuncia es un acto de colaboración del particular, en sus dos modalidades de denuncia-deber y de denuncia-facultad, por el que se pone en conocimiento de la Administración determinados hechos que pueden dar lugar a la incoación de un procedimiento administrativo–. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 284. Santamaría Pastor entiende por denuncia el –acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento del órgano competente la existencia de un determinado hecho que,

mina por sí misma la iniciación del procedimiento, la denuncia es un mera transmisión de datos a quien tiene la potestad de acordar esa iniciación, pero carente por si misma de fuerza para obligar a tomar dicha decisión.[1045] De tal forma que la denuncia no vincula al órgano competente, obligándole a iniciar el procedimiento, sino que es este último al que le corresponde valorar los hechos denunciados y decidir acerca de dicha iniciación.[1046]

En algunas ocasiones denunciar puede ser una obligación legal. Podemos encontrar varios ejemplos en el Derecho de Nicaragua. Así, el art. 56. 1 LSC, al señalar que:

> cuando un servidor público incurre en una acción tipificada como falta grave o muy grave conforme lo establecido en los artículos precedentes, el jefe inmediato donde labore el servidor público afectado, deberá, dentro de los diez días hábiles siguientes de haber tenido conocimiento del hecho, enviar a la Instancia de Recursos Humanos de la institución un informe escrito que denuncie los hechos acontecidos indicando los medios de prueba y el criterio por qué el hecho constituye falta y por lo tanto solicita el inicio de un proceso disciplinario enviando copia al servidor público.

También el art. 123 LCAM,[1047] que establece que:

> el superior inmediato del funcionario o empleado cuando conociera de hechos que en la presente Ley están tipificados como faltas graves, solicitará por escrito la conformación de la Comisión Bipartita Municipal como primera instancia; si el caso lo requiere, a la Comisión de Carrera Municipal para la debida tramitación expresando las causales que lo motivaron.

La denuncia no tiene por sí misma virtualidad para convertir a la persona que la realiza en interesado.[1048] El denunciante será interesado únicamente en la medida en que cumpla los requisitos que se exigen con carácter general para tener tal carácter.

En cualquier caso, el acuerdo de iniciación, que es en ambos supuestos el primer acto administrativo del procedimiento, es un acto de trámite no susceptible, en consecuencia, de impugnación separada, salvo en los casos ex-

---

a su juicio, debiera dar lugar a la iniciación del procedimiento–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 75. Considera Morell Ocaña que la –denuncia es el acto del particular mediante el que se pone en conocimiento del órgano la existencia de un hecho o situación, que constituya causa bastante para el acuerdo de iniciación–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 226.

1045 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 668.

1046 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 485.

1047 Ley de Carrera Municipal, Ley nº 502, aprobada el 20 de octubre de 2004.

1048 Jiménez Cruz, en Pendás García (coord.), –Iniciación, ordenación e instrucción–, en Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis, 1993, p. 531. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 226. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 279-280.

cepcionales en que concurren causas específicas que lo dotan de una especial importancia, que lo transforma en un acto de trámite cualificado.[1049]

El caso típico es la convocatoria de los procedimientos de selección de funcionarios públicos, que pese a ser un acto de trámite es susceptible de impugnación separada. Así, el art. 55 LCAM declara el derecho de los optantes a impugnar la convocatoria.

No se puede, por lo demás, determinar en abstracto el modo de iniciación del procedimiento, pues la solución variará según el caso concreto. No obstante, por regla general, los procedimientos susceptibles de producir efectos negativos para el administrado suelen iniciarse de oficio; mientras que aquellos que tienen efectos beneficiosos suelen ponerse en marcha a instancia de parte.[1050]

El art. 113 RM establece, al respecto, que –los expedientes se iniciarán:

a) De oficio, cuando se trate de necesidades del servicio público o de exigir responsabilidades civiles a los miembros o funcionarios de las municipalidades.

b) A instancia de parte, cuando se promuevan para resolver pretensiones deducidas por los particulares–.

1049 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 235. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 285.

1050 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 75. Señala Fanlo Loras que desde –la posición abstracta de la Ley no es posible concretar en qué casos puede iniciarse de oficio y en qué casos a solicitud de parte, cuestión que depende de la tipología de los procedimientos y de la naturaleza de los efectos de los actos resultantes del procedimiento. Así, los que restringen derechos de los ciudadanos se inician siempre de oficio, si bien ha podido mediar un estímulo exterior (petición o denuncia); los declarativos y ampliatorios de la esfera de los derechos de los ciudadanos, por regla general, a petición de parte –principio de rogación–, aunque excepcionalmente, también de oficio–. Fanlo Loras, Op. Cit., nota 873, p. 224.

B. Instrucción

La fase de instrucción del procedimiento comprende un conjunto de trámites dirigidos en todo caso a una de las dos finalidades siguientes: a) la aportación de datos; b) la comprobación de esos datos.[1051]

a. Alegaciones

Son declaraciones de conocimiento realizadas por los interesados, con la finalidad de aportar datos útiles a la resolución del procedimiento, bien referidas a los hechos o a los criterios jurídicos aplicables a los mismos.[1052]

Nótese que el término está reservado para las operaciones de introducción de datos realizados por los interesados, la aportación de éstos por parte de la Administración seguirá otras vías (prueba, informes).[1053]

Su forma no está prefijada, lo normal es que se realicen por escrito, pero nada impide que se realicen de forma oral mediante comparecencia o entrevista ante el órgano competente.[1054]

Se debe permitir su realización en cualquier momento del procedimiento. Tal y como establece el art. 120 RM, según el cual, cualquier –tercero sea persona natural o jurídica afectada que invoque un interés por la sustanciación por el procedimiento, podrá comparecer mientras no haya recaído resolución definitiva para formular las alegaciones que estime conveniente–.

1051 Fanlo Loras, Op. Cit., nota 873, p. 234. Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, que son –actos de instrucción todos aquellos dirigidos a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos necesarios para la resolución del procedimiento–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 135.

1052 Parada Vázquez considera que las –alegaciones son afirmaciones de conocimiento de hechos y razonamientos jurídicos, en su caso, no declaraciones de voluntad (...), que formulan los interesados–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 238. Señala Fanlo Loras que las –alegaciones constituyen el instrumento propio que tienen los interesados para aportar datos fácticos o jurídicos al expediente, que sirvan de fundamento a la resolución–. Disposiciones generales... Pág. 235. Para Santamaría Pastor alegaciones son actuaciones de los interesados –mediante los cuales éstos aportan al expediente datos de hecho (adverados o no por los correspondientes documentos) y valoraciones de orden jurídico o técnico sobre las cuestiones que en él se debaten–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 85. Para Boquera Oliver las –alegaciones son las razones y datos que los interesados presentan a la Administración en apoyo de sus pretensiones–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 208. Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden que –son los datos de hecho o de derecho aportados por los particular es interesados en el procedimiento–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 136.

1053 Fanlo Loras, Op. Cit., nota 873, p. 235.

1054 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 85.

La eficacia de las mismas dependerá del grado de convicción que sean capaces de generar en el órgano competente para resolver el procedimiento, pues influir en la resolución de éste es, en definitiva, su finalidad. No obstante, en todo caso deberán ser valoradas por el dicho órgano, que está obligado a tenerlas en cuenta al tomar su decisión.[1055]

b. Informes

Los informes y dictámenes son declaraciones de juicio emitidas por un órgano dotado de especiales conocimientos en la materia sobre la que se emite, que tienen como finalidad asesorar al órgano decisor al respecto, contribuyendo al acierto de su decisión.[1056]

1055 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, pp. 85-86.

1056 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que señalan que los informes son –declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 493. En la misma línea, Parada Vázquez los define como –actuaciones administrativas a cargo, normalmente, de órganos especializados que sirven para ilustrar al órgano decisor–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 233, p. 240. González Navarro entiende que informe es el –acto de la Administración pública consistente en una declaración de juicio emitida por un órgano distinto de aquél a quien corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento, y que sirve para aportar nuevos datos al expediente o comprobar los ya existentes en el mismo–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 789. Para Fanlo Loras los –informes y dictámenes son aquellos actos de instrucción por los que se recaba de un órgano consultivo o activo una declaración de juicio en relación con los distintos aspectos jurídicos o técnicos que plantea un procedimiento que permita al órgano responsable del procedimiento dictar una resolución con garantías de acierto–. Fanlo Loras, Op. Cit., nota 873, p. 241. Fernández Montalvo considera que los –informes son actos administrativos procedentes de órganos cualificados que tienden a ilustrar al órgano decisor con elementos de juicio necesarios para adoptar la pertinente resolución–. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 296. Boquera Oliver entiende que los –informes son manifestaciones de conocimiento o de juicio que tienen por finalidad dar a conocer hechos, argumentos o pareceres a la autoridad que debe adoptar una decisión administrativa Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 208. Morell Ocaña considera que los informes son –actos administrativos mediante los que un órgano aporta hechos o razonamientos en torno al objeto del procedimiento–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 231. Entrena Cuesta considera que los –informes son los pareceres que emiten autoridades, funcionarios u organismos distintos de aquéllos a quienes corresponde dictar la resolución o propuesta de resolución, respecto de las pretensiones, los hechos o los derechos que sean objeto del expediente y sirvan para proporcionar los elementos de juicio necesarios para la adecuada resolución–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 290.

Pueden desarrollar dos funciones diferentes en el procedimiento administrativo, por un lado, son una vía para la introducción de datos en el procedimiento; por otra, pueden ser un medio de comprobación de los datos obrantes en el expediente.[1057]

Por lo demás, entendemos que no tiene sentido distinguir entre los conceptos de informe y dictamen, que consideramos términos sinónimos.[1058]

A efectos prácticos es útil realizar dos grandes clasificaciones de los informes. La primera de ellas distingue entre informes facultativos y preceptivos. Son los primeros aquellos que no son exigidos por norma alguna, por lo que queda al libre criterio del órgano que tramita el procedimiento pedirlo o no; mientras que los segundos son aquellos que, al venir prevista en una norma obligatoriamente su solicitud, deben ser solicitados necesariamente.[1059]

Un claro ejemplo de informe preceptivo lo podemos encontrar en los art. 107 y 108 LCE, que contemplan la obligatoriedad de que el organismo máximo del organismo o entidad adjudicadora de un contrato administrativo, cuando reciba una impugnación del mal llamado dictamen del Comité de Licitación (pues es, en realidad, una propuesta), soliciten obligatoriamente dictamen del Comité Revisor que se integrará al efecto.

La segunda clasificación distingue entre informes vinculantes y no vinculantes, dependiendo de si el contenido del informe obliga al órgano decisor, que tendrá en consecuencia que seguir lo que en el se diga al resolver, en cuyo caso será vinculante; o si el contenido del mismo puede ser obviado por el órgano encargado de resolver, en cuyo caso será no vinculante.[1060]

Con más precisión se debe, no obstante, de diferenciar dentro de los informes vinculantes entre los vinculantes en sentido estricto, que son aquellos que vinculan al órgano decisor en todos sus elementos; y los denominados obstativos, que obligan a éste únicamente si se formula en ellos oposición a la toma de la medida de que se trate, viniendo a funcionar, en tal caso, como la interposición de un veto.[1061]

1057 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 138.

1058 Como señala González Navarro, –distinguir entre informe y dictamen carece de auténtico interés. Y lo cierto es que, en la práctica, esas voces son sinónimos–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 790.

1059 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 493-494. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 89. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 232.

1060 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 494. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, pp. 90-91.

1061 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 90.

Los informes vinculantes se constituyen, por ello, en una suerte de codecisión o decisión compartida entre el órgano que emite el informe o dictamen y el que ostenta la competencia activa.[1062]

Una parte de la doctrina les niega el carácter de acto administrativo.[1063] Si bien lo más usual es considerar que se trata de un acto de trámite. Lo que significa que no son impugnables por separado, sólo podrán serlo conjuntamente con la resolución que pone fin al procedimiento.[1064]

Las consecuencias de la falta de petición de los informes dependerán del concreto tipo de informe de que se trate. Tratándose de informes facultativos, no tendrá eficacia invalidatoria alguna, únicamente se ha señalado la posibilidad de que tuviera un carácter tan evidentemente aconsejable que su negación pudiera considerarse una arbitrariedad.[1065]

Si son informes preceptivos, sin embargo, parece que se debe considerar que se trata de un vicio de forma con trascendencia anulatoria.[1066] Vicio que no se podrá subsanar, además, mediante la mera incorporación posterior del informe al procedimiento, pues poco sentido tiene incluir un informe una vez que se ha adoptado ya la decisión sobre la que pretendía asesorar.[1067]

1062 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 494. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 91. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 233, p. 240.

1063 Parada Vázquez que señala que se –trata, sustancialmente, de manifestaciones de juicio, de juicios jurídicos o técnicos, pero nunca de voluntad, y, por ello, no se consideran actos administrativos–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 240.

1064 Como señala Parada Vázquez, –los informes como tales no son judicialmente impugnables; únicamente podrán ser valorados como uno más de los presupuestos de la resolución final del procedimiento, que es la manifestación de voluntad del órgano administrativo y el verdadero y único objeto del proceso contencioso–. Ibídem, p. 240.

1065 En tal sentido Santamaría Pastor, que considera que, dada –su diversa naturaleza, la falta de solicitud de unos y otros informes posee efectos diversos. La de los informes facultativos es normalmente irrelevante, a menos de que, por tratarse de un informe aconsejable desde todos los puntos de vista, su omisión pudiera ser considerada como un indicio de arbitrariedad–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 90.

1066 Ibídem, p. 90.

1067 Señala Santamaría Pastor que –no puede considerarse como un mero trámite cuya falta puede convalidarse mediante una solicitud y emisión ex post facto (...): la única virtualidad del informe es su emisión y consideración con anterioridad a la toma de la decisión; un informe a toro pasado es una simple burla–. Ídem.

Tratándose de informes vinculantes pocas dudas puede plantear que se debe sancionar en todo caso su omisión con la invalidez del acto.[1068]

c. Prueba

Denominamos prueba a la actividad de instrucción dirigida a comprobar la veracidad de los hechos que han sido introducidos en el procedimiento y que van a servir, en consecuencia, de base a la resolución del mismo.[1069]

La finalidad última de la tramitación de un procedimiento administrativo es, como ya sabemos, que en un determinado momento el órgano competente pueda tomar una decisión que resuelva la cuestión planteada en el mismo. Toda la fase de instrucción tiene, en consecuencia, un carácter puramente instrumental, en cuanto no tiene otro sentido que traer al procedimiento los datos necesarios para adoptar esa decisión. Ahora bien, no se puede dar satisfacción a esa funcionalidad mediante la simple introducción de datos al procedimiento, pues es preciso, además, comprobar la veracidad de éstos. A dicha tarea se da cumplimiento a través de la prueba.[1070]

Deberán ser objeto de prueba los hechos determinantes de la resolución que se vaya a dictar en el procedimiento. No deberán serlo, sin embargo, en principio, las normas jurídicas, cuyo conocimiento por el funcionario actuante se presume. Si bien deberán probarse aquellas normas a las que no alcanza está presunción, como las normas consuetudinarias y las extranjeras.[1071]

1068 En tal sentido, Santamaría Pastor, que considera que es un vicio de nulidad por defecto de la competencia para decidir. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 91.

1069 Fanlo Loras considera que la –prueba es la actividad de instrucción que tiene por objeto demostrar la exactitud de los hechos aportados que sirven de fundamento a la resolución final–. Fanlo Loras, Op. Cit., nota 873, p. 235. Boquera Oliver entiende que prueba –es el medio empleado para demostrar la existencia de los hechos que el órgano competente para decidir tendrá en cuenta al configurar el contenido de su decisión–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 212. Entrena Cuesta señala que consiste –la prueba en el acto o la serie de actos encaminados a demostrar la existencia o inexistencia de los datos que han de tenerse en cuenta al resolver–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 293.

1070 Como señala González Navarro, el –órgano decisor ha de pronunciarse sobre unos determinados datos obrantes en el expediente. Pero no basta, naturalmente, con que estos datos hayan sido aportados al procedimiento, sino que es preciso que esos datos hayan sido comprobados–. –Esa actividad complementaria de la puramente alegatoria recibe el nombre de prueba, y puede definirse como acto o serie de actos con los que se trata de averiguar la realidad o certeza de los datos que han de ser valorados en el acto terminal–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 725.

1071 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 233, p. 241. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, pp. 742-744.

Existen también algunos hechos que excepcionalmente no necesitan ser probados, como por ejemplo, los denominado hechos notorios (esto es, aquellos que por su general divulgación están incorporados a la cultura media del grupo social) o aquellos que son presumidos por la ley.[1072]

En el procedimiento administrativo, como sabemos, no están en juego meros intereses privados, pues junto a éstos va a estar siempre presente el interés público. Rige, por ello, en el mismo, el principio de oficialidad de la prueba, que determina que el órgano administrativo está obligado a desarrollar la actividad probatoria necesaria para su esclarecimiento y resolución, sin necesidad de que ésta sea excitada por los interesados.[1073]

Esto no impide, obviamente, que los interesados puedan proponer, igualmente, la práctica de cuantas pruebas estimen precisas, que deberán ser practicadas siempre que sean relevantes y pertinentes, pues en caso contrario puede darse lugar a una indefensión determinante de la invalidez del procedimiento.[1074]

Dada la flexibilidad característica de los procedimientos administrativos, la prueba se podrá practicar en cualquier momento que el órgano competente considere oportuno, sin perjuicio de que se pueda establecer para determinados procedimientos la existencia de un periodo probatorio.[1075]

La falta de una ley general de procedimiento administrativo determina la carencia de un plazo general para la práctica de la prueba. Si existen algunas disposiciones al respecto en la legislación especial. Así, el art. 62 LSC prevé para el periodo de prueba del procedimiento disciplinario un término de ocho días hábiles, que podrá ser prorrogado a solicitud de parte por cuatro días más.

1072 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, pp. 744-747.

1073 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que en –el proceso civil el Juez es, como regla, un simple espectador, una instancia neutral que aplica la Ley a los hechos que le presentan –y le prueban- las partes litigantes (da mihi factum, dato tibi ius); en el procedimiento administrativo, en cambio, el planteamiento es radicalmente diverso, supuesto que, cualesquiera que sean los intereses privados en presencia, la Administración está obligada siempre a orientar su actividad en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general que todo procedimiento de esta clase pone en juego. Rige, pues, con carácter general en el procedimiento administrativo el principio de oficialidad de la prueba, según el cual el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 495-496. Véase también en el mismo sentido, Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 93.

1074 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 496-497.

1075 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 493.

Por su parte, el art. 125 LCAM establece, respecto al procedimiento disciplinario recogido en dicha norma, que la –Comisión abrirá a pruebas por el término de diez días–.

Como consecuencia irrenunciable del principio de contradicción, debe entenderse que el interesado tiene derecho a asistir a la práctica de la prueba. Alguna legislación específica ratifica esta opinión, declarando expresamente dicho derecho. Así, el art. 126 LCAM establece que a la –práctica de las pruebas tiene derecho de asistir el funcionario o empleado inculpado–.

Como es lógico, nada impide que el interesado pueda hacer uso de este derecho mediante representante. En este sentido se pronuncia el art. 125 LCAM, que establece que se podrá hacer uso de este derecho –personalmente o por medio de representante legal o sindical–.

La valoración de la prueba que realice el órgano administrativo producirá efectos únicamente dentro de éste, sin vincular, como es lógico, a los Tribunales de lo contencioso.[1076]

d. Trámite de información pública

Este trámite se articula para recabar la opinión de la generalidad del público acerca del objeto del procedimiento o sobre alguna cuestión que forme parte de mismo.[1077] Su finalidad no es, por tanto, la tutela de los intereses particulares de los interesados, sino permitir la accesibilidad de todos los posibles datos que puedan ser de utilidad a la hora de resolver el procedimiento.[1078]

1076 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 462.

1077 Parada Vázquez apunta que es el –trámite a través del cual se llama públicamente a opinar sobre cuestiones de hecho, de ciencia o de Derecho a cualquier persona, sea o no interesada en el procedimiento–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 239. Señala Jiménez Cruz que la –información pública es un acto (...) mediante el cual el órgano decisor hace saber a los administrados la existencia de un procedimiento concreto, con la finalidad de que, si así lo desean, se personen y aleguen cuanto estimen por conveniente–. Jiménez Cruz, Op. Cit., nota 926, p. 562. Fernández Montalvo señala que la –información pública es un acto de instrucción que permite la incorporación al procedimiento administrativo de alegaciones por cualquier tipo de personas o colectivos–. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 302. Para Santamaría Pastor la –información pública consiste, dicho lisa y llanamente, en la exposición al público, en general (no sólo a los interesados, pues), del contenido de un expediente, al objeto de que pueda ser consultado por cualquier persona; y de que las normas, si lo estiman oportuno, expresen su parecer sobre el objeto del mismo, tanto desde el punto de vista jurídico como de pura y simple oportunidad y preferencia personal–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 87.

1078 Señala Fernández Montalvo que representa –no una actuación de los interesados fundada en título jurídico singular, sino una manifestación de la participación administrativa funcional a los ciudadanos. Su finalidad no es la de garantizar ningún interés concreto o específico, sino la de proporcionar

Si bien, no deja de constituir una medida que garantiza el derecho de la ciudadanía a defender su posición, permitiéndole hacer llegar su voz a la Administración.[1079] Con el valor reforzado que trae consigo su aptitud para conseguir que la Administración pueda conocer por anticipado, y por tanto cuando es posible aún impedir el daño o el conflicto, los intereses que pueden verse eventualmente perjudicados o vulnerados por una determinada actuación administrativa.[1080]

Nótese que va dirigido a cualesquiera sujetos que quieran acudir a dicho trámite, con independencia de que sean o no interesados en ese procedimiento.[1081] De lo que se deriva su total intrascendencia respecto a la asignación de la condición de interesado, esto es, ni el hecho de presentarse al mismo otorga tal condición; ni la no presentación por parte de quien ya tiene esa condición le priva de la misma.[1082]

Su naturaleza es la de un acto administrativo de trámite, no constituye un procedimiento independiente.[1083]

No se trata de un acto imprescindible en todo procedimiento, dependerá de la naturaleza de cada concreto procedimiento. Debiéndose entender necesario en aquellos procedimientos en los que existe un conjunto indeterminado de interesados que sea preciso escuchar y en aquellos en que por su trascendencia social o la importancia de los intereses públicos en juego merezca la pena escuchar cualquier posible opinión que se pueda formular.[1084]

En cuanto a su contenido, se trata de dar a los comparecientes la posibilidad de consultar el expediente, bien todo o una parte del mismo, y de formular las alegaciones que consideren oportunas.[1085]

En caso de que se presenten alegaciones la Administración no está, obviamente, obligada a seguirlas, pero si lo está a considerarlas a la hora de adoptar

---

una decisión más justa y objetiva, mediante una consulta previa y abierta a toda clase de alegaciones y sugerencias–. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 302.

1079 Campo Cabal, en Sánchez Goyanes (coord.), Curso de Derecho administrativo I, Madrid, Colex, 1997, p. 278.

1080 Danós Ordóñez, Op. Cit., nota 302, p. 159.

1081 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 239. Jiménez Cruz, Op. Cit., nota 926, p. 562. Fanlo Loras, Op. Cit., nota 873, p. 243. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 303.

1082 Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, pp. 294-295. Jiménez Cruz, Op. Cit., nota 926, p. 565.

1083 Jiménez Cruz, Op. Cit., nota 926, p. 562. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920. 303.

1084 Jiménez Cruz, Op. Cit., nota 926, p. 563. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 202-203.

1085 Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 303.

la resolución que ponga fin al procedimiento y a dar una respuesta motivada a la persona que las presentó.[1086]

Siendo la información pública un acto de trámite, la respuesta dada por la Administración a las alegaciones formuladas por los comparecientes no será impugnable ni en vía administrativa, ni en vía contencioso-administrativa.[1087]

Se trata de una facultad, por lo que no comporta efecto perjudicial alguno el hecho de la no comparecencia. En particular, no va a cerrar la posibilidad de recurrir en su momento la resolución que ponga fin al procedimiento.[1088]

La realización de este trámite no suple la necesidad de realizar el de audiencia, al que inmediatamente nos vamos a referir. Si bien, si se asiste al de información pública, formulándose las mismas alegaciones que se hubieran podido formular en el de audiencia al interesado, la omisión de este último se convierte en una irregularidad no invalidante.[1089]

e. Trámite de Audiencia al Interesado

El trámite de audiencia al interesado aparece definido en el art. 2. 13 LJ como:

1086 Jiménez Cruz, Op. Cit., nota 926, p. 567. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 303.

1087 Meseguer Yebra, El trámite de información pública en el procedimiento administrativo, Barcelona, Bosch, 2001, p. 21.

1088 Fernández Montalvo señala que –la intervención en la información pública se concibe como una facultad que la Ley concede, y a la no utilización o no ejercicio de ésta no puede anudarse consecuencia perjudicial alguna–. La no participación, por otra parte, no comporta, añade, la perdida de la posibilidad de recurrir. –Las alegaciones en periodo de información pública y la facultad de impugnar concretos actos administrativos, aunque cumplan una común y genérica función de defensa de los derechos e intereses del administrado responden en su respectiva individualidad a fines diferentes, toda vez que las primeras constituyen un dato del expediente producido por el interesado, que es garantía de acierto para la decisión, mientras que la facultad de impugnar requiere de acto administrativo precedente o específica actuación positiva o negativa, previamente reflejada en el trámite–. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 303-304

1089 Señala Entrena Cuesta que –cuando la información pública se efectúe, independientemente de que tenga carácter preceptivo o facultativo, la práctica de aquélla tampoco puede utilizarse como medio para eludir el deber de dar audiencia a los interesados, si este trámite tiene carácter obligatorio. Salvo que aquellos a quienes hubiere de darse vista del expediente en el trámite de audiencia formulen en el de información pública las mismas alegaciones que en definitiva habrían invocado si aquél se hubiese cumplido. En tal caso, nos encontraríamos con una mera irregularidad, irrelevante en cuanto a la validez de la resolución que se dictase–. Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 292.

> el trámite esencial que debe realizarse en todo procedimiento administrativo o contencioso-administrativo y que consiste en dar intervención y tener como parte al Interesado, permitiéndole revisar y examinar lo actuado por la autoridad y que estuviere reflejado en el expediente, para que pueda formular por escrito las peticiones, reclamaciones o recursos que estime pertinentes.

Como puede verse, este trámite viene caracterizado por dos grandes notas. En primer lugar, porque permite al interesado tomar conocimiento de lo actuado, revisando el expediente. En segundo lugar, porque le permite reaccionar o defender su posición respecto a aquello que conste en éste.

En realidad, son dos elementos estrictamente unidos, el interesado a través de este trámite puede revisar lo actuado, tomando conciencia de aquello que beneficie o perjudique su decisión y, desde esta posición de conocimiento, puede realizar las actuaciones que considere pertinentes para defenderse.

Falta, sin embargo, en nuestra opinión, un dato esencial en la definición de la LJ: la referencia al momento temporal en que ese trámite debe tener lugar. Ese momento no es otro que aquel en que haya concluido la tramitación del procedimiento, y justo antes de que se dicte la propuesta de resolución, esto es, cuando ya no hay más datos que aportar al proceso, pero aún no se ha decidido éste.

Que se de audiencia al interesado en este preciso momento otorga un plus a las posibilidades de defensa por parte del administrado, pues le permite tutelar su posición, con capacidad efectiva de influencia. Nótese que aún no se ha decidido el procedimiento, pero ya ha concluido su tramitación, lo que permite, en consecuencia, saber todo aquello que va a influir en su favor o en su contra.[1090]

Ejemplar en este sentido, es la regulación que de dicho trámite realiza el art. 125 LCAM, que establece que finalizado –el periodo de pruebas, se le dará vista del expediente al funcionario durante tres días, para que dentro del término de otros tres días, exprese sus alegatos de conclusión–. A lo que añade el art. 126 LCAM que agotado –el trámite anterior, la Comisión dictará en el

---

1090 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, la –funcionalidad del trámite de audiencia (...) no se limita a ese asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá, en la medida en que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle, consiguientemente, realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses en base a lo actuado en el procedimiento–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 501. En la misma línea, señala Fanlo Loras que cuestión –importante es la del momento en el que se debe producir el trámite de audiencia, puesto que el carácter garantizador de este trámite quedaría menoscabado si el mismo tuviera lugar en el momento en que todavía quedaran trámites por cumplir, lo que supondría sustraer la documentación que generen–. Fanlo Loras, Op. Cit., nota 873, p. 245. Véase también en el mismo sentido Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 244.

plazo de diez días, una resolución–. Se puede ver fácilmente como es el último trámite de la instrucción del procedimiento, tras el cual se dictará resolución.

Es este factor el que determina el carácter imprescindible del citado trámite. El art. 2. 3 LJ es clarísimo al respecto, pues establece que es –tramite esencial que debe realizarse en todo procedimiento administrativo o contencioso-administrativo–.

Conviene, sin embargo, excluir de dicha exigencia aquellos supuestos en los que la Administración va a resolver el procedimiento sin tener en cuenta ningún elemento distinto a aquellos presentados por el propio interesado. En dicho caso no tendría sentido dar audiencia, pues el administrado no va a conocer nada que ya no supiera; ni tiene, por ello, necesidad de defensa alguna, pues los elementos objeto de valoración son únicamente los que el mismo ha presentado.

Por lo demás, deberá darse audiencia a todos los interesados en el procedimiento.[1091] Éstos podrán disponer del trámite, esto es, podrán poner en conocimiento del órgano competente, su deseo de no hacer uso del mismo, en cuyo caso se tendrá éste por realizado.[1092]

f. Propuesta de resolución

La propuesta de resolución es un trámite que cobra sentido en los procedimientos en los que el órgano encargado de resolver es distinto de aquel que se ocupa de la instrucción del procedimiento. En tales supuestos, la actividad de este último va a concluir con la remisión de la propuesta al primero.[1093]

Constituye ésta un proyecto de resolución que el órgano instructor sugiere al competente para resolver, con los oportunos argumentos jurídicos y fácticos que justifican esa opción.[1094]

Como regla general el órgano encargado de decidir es libre de seguir el sentido de la propuesta o de apartarse de ella total o parcialmente. Pero nada impide que se pueda establecer su carácter vinculante, en cuyo caso deberá adoptar la solución ofrecida en la misma.[1095]

1091 Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 301.

1092 Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, pp. 301-302.

1093 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 235.

1094 Boquera Oliver considera que la –propuesta es el proyecto de decisión que prepara quien ha instruido el expediente y eleva a la autoridad que debe decidir. En ella se formaliza (...) la causa y se propone el contenido del acto administrativo–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 215. Para Morell Ocaña la –propuesta es un acto del procedimiento en el que el instructor razona sobre los hechos y fundamentos de derecho que, a su entender, deben constituir el contenido de la resolución, así como la decisión que debe adoptarse–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 235.

1095 Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 216.

Un ejemplo lo podemos encontrar en el art. 39 LCE que, aunque habla de Dictamen de Adjudicación, hace referencia claramente a una propuesta, al establecer que el Comité de Licitación utilizando los criterios o parámetros de ponderación, recomendará la adjudicación de la licitación al oferente que ajustándose a los requisitos del pliego de bases y condiciones haya presentado la oferta más favorable, estableciendo el orden de prelación, para lo cual elaborará un informe detallado del análisis y comparación de todas las ofertas, exponiendo las razones precisas en que se fundamenta la selección de la oferta evaluada como la más favorable. Dicho informe se hará llegar a la autoridad máxima del organismo o entidad ejecutora con copia a cada oferente para que haga uso de sus derechos en un término de tres días hábiles después de evaluada la Licitación (art. 39 LCE).

También en el art. 58 LM, que establece que corresponde –al Concejo a propuesta del Alcalde, aprobar la constitución de empresas municipales–.

6. TERMINACIÓN

Lo lógico sería que el procedimiento administrativo terminase siempre con una resolución que diese solución a las cuestiones planteadas en el mismo. No va a ser, sin embargo, así en la práctica. En primer lugar, porque nos vamos a encontrar con supuestos en los que la Administración va a hacer dejación de sus funciones propias, no resolviendo el procedimiento, lo que provoca, transcurrido un tiempo, que se ponga fin al procedimiento por silencio administrativo. Esto nos permite distinguir entre una finalización real y una terminación ficticia del procedimiento.[1096]

En segundo lugar, aun suponiendo la resolución real del procedimiento, ésta no se va a manifestar siempre en una resolución sobre el fondo, ya que, en ocasiones, concurren determinadas circunstancias que impiden que se pueda dar solución a esas cuestiones que plantea el expediente, determinando la conclusión sin que se les de respuesta. Se distingue, por ello, aunque hay quien se manifiesta en contra,[1097] entre un modo normal de terminación el procedimiento (mediante resolución sobre el fondo) o anormales (sin que se dicte esa resolución).[1098]

1096 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 824. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 235.

1097 En tal sentido Santamaría Pastor, que señala que no –es casi necesario resaltar lo asimétrico de esta clasificación (un supuesto frente a seis) y lo sesgado de la misma, si se tiene en cuenta que, en muchos casos, lo anormal sólo puede ser formalmente calificado como tal–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 99.

1098 Señala Sánchez Morón que bajo la expresión terminación anormal se incluyen –aquellos supuestos en que no se llega a dictar una resolución sobre el fondo del asunto, por diferentes causas sobrevenidas que ponen también fin al procedimiento iniciado–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 505.

Hay también, no obstante, quien de forma más puntillosa ha matizado que en estos últimos casos no estamos propiamente ante una forma o modo de terminación del procedimiento, sino ante una causa de finalización del mismo, pues éstas no van a suponer por sí la terminación del procedimiento, sino que van a motivar la adopción de una resolución en la que se declare tal circunstancia, que será la que verdaderamente ponga fin al procedimiento.[1099]

A. TERMINACIÓN REAL

a. La terminación normal del procedimiento: la resolución en sentido estricto

Lo normal es que el procedimiento termine con la emisión de una resolución o acto definitivo. Debe aclararse, no obstante, que el término resolución puede utilizarse en un doble sentido, pues por tal se entiende, en su sentido más propio, a la que viene a resolver las cuestiones planteadas en ese procedimiento;[1100] pero, en un sentido más amplio, puede utilizarse para designar al acto formal por el que se pone fin al procedimiento, comprendiendo no sólo las resoluciones en sentido estricto, sino también aquellas que no resuelven

1099 En tal sentido Menéndez Rexach, que señala que estas circunstancias –no son formas de terminación (...), sino, más bien, causas de que el mismo finalice. El procedimiento concluye porque la Administración decide sobre el fondo de la cuestión planteada –porque el particular desiste de la instancia o la renuncia a su derecho o su inactividad impide la continuación. Pero, en los tres últimos casos citados, la causa de la terminación debe formalizarse mediante la correspondiente resolución (aceptando el desistimiento o la renuncia o declarando la caducidad o la imposibilidad de continuar), de modo que la forma de terminación sería en todos ellos la "resolución", en el segundo de los sentidos antes reseñados–. Menéndez Rexach –Procedimientos administrativos: finalización y ejecución–, en Leguina Villa y Sánchez Morón (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos, 1993, p. 249.

1100 En tal sentido, señala Táboas Bentanachs que resolución es –aquel acto administrativo que termina normalmente el procedimiento administrativo y decide todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo–. Táboas Bentanachs, Op. Cit., nota 446, p. 583. Por su parte, Meseguer Yebra señala que en –su sentido más estricto, la resolución encarna, da soporte o materializa la voluntad de la Administración sobre aquellas cuestiones que se han sometido a su decisión o se han suscitado en el transcurso del procedimiento administrativo–. Meseguer Yebra, La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo, Barcelona, Bosch, 2000, p. 9. Fernández Montalvo define la resolución como la –decisión de las cuestiones en él planteadas o que derivan del mismo–. De las disposiciones... Pág. 304. Morell Ocaña considera que la resolución es –la decisión que pone fin al procedimiento e incluye el acto administrativo elaborado (o revocado)–. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 235. Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden por tal –el acto definitivo que pone fin al procedimiento, conteniendo el pronunciamiento de la Administración–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 142.

la problemática que se ventila en el procedimiento por existir motivos que lo impiden (renuncia, desistimiento, caducidad, etc.).[1101]

No existiendo causa que impida resolver el fondo del asunto, bien dictando una resolución de inadmisibilidad o que de por terminado el procedimiento de modo anormal, es preciso que se dicte resolución que resuelva la cuestión planteada en el expediente, sin que la Administración pueda eludir dar esa respuesta alegando silencio, oscuridad o insuficiencia del ordenamiento jurídico. En definitiva, en el procedimiento administrativo rige, al igual que en el proceso, el clásico principio non liquet.[1102]

La resolución debe ser respetuosa con el principio de congruencia, que rige también en el procedimiento administrativo, si bien con algunas peculiaridades. En este ámbito se debe entender que la resolución para ser congruente debe tener en cuenta las alegaciones realizadas por las partes y responder todas las pretensiones planteadas por éstas. Sin embargo, el conocimiento del órgano administrativo no se limita a las cuestiones suscitadas por los interesados, dado que en todo procedimiento administrativo está en juego el interés público, lo que exige que se resuelvan también todas aquellas, distintas a las planteadas por las partes, que se deriven del expediente.[1103]

No obstante, cuando el órgano administrativo vaya a pronunciarse sobre cuestiones no introducidas por las partes, por exigencia del principio de contradicción, deberá dar audiencia a éstas para que puedan pronunciarse acerca de dicho punto.[1104]

Cuando se trate de procedimientos iniciados a instancia de parte, la resolución no podrá agravar la situación inicial del recurrente. En caso contrario se produciría una refomatio in pejus, que operaría, de este modo, como un modo

---

1101 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 503.

1102 Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 295.

1103 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, pp. 504-505. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, p. 219. Señala Táboas Bentanachs: –Principio de congruencia en materia de procedimiento administrativo y de la resolución que le ponga fin que ineludiblemente debe quedar justificado desde la perspectiva de la adecuada y pertinente satisfacción de los intereses públicos en juego, que no deben ser ceñidos, limitados, ni subordinados a los meros intereses privados ni a la simple actividad de los interesados correspondientes–. Táboas Bentanachs, Op. Cit., nota 617, p. 585. Por lo que, como indica Santamaría Pastor, la resolución deberá resolver –las peticiones concretas formulada por el interesado en la solicitud (...), pero también todos aquellos temas sustantivos que el mismo o la Administración pudieran plantear con posterioridad al acto de iniciación, en todo tipo de procedimientos, y que puedan ser objeto de decisión–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 103.

1104 Ibídem, p. 103.

indirecto de desanimar al administrado a recurrir y que sería, en consecuencia, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.[1105]

b. Desistimiento y renuncia

En realidad, desistimiento y renuncia son dos formas diferentes de terminación del procedimiento, que tienen algunos puntos en común, pero también otros que lo diferencian. En principio, uno y otra se asimilan en cuanto constituyen un apartamiento voluntario de la acción por parte del interesado. El factor que los diferencia es que con el desistimiento el administrado deja de lado tan sólo el concreto procedimiento en que se está ejercitando esa acción, reservándose, por tanto, el derecho a ejercitarla en otro procedimiento diferente con posterioridad, si aún es posible; sin embargo, con la renuncia el administrado abandona el derecho mismo que sirve de base a la acción, haciendo de esta forma imposible su ejercicio posterior.[1106]

En muchos casos, sin embargo, esta diferencia se diluye. Así, tratándose de recursos administrativos, sujetos, como veremos, a rigurosos plazos de caducidad, cuyo transcurso hace irrecurrible la resolución, el desistimiento va a implicar de hecho la pérdida de la situación jurídica que se trata de hacer valer en la acción, pues el acto administrativo que se pretende atacar va a devenir inatacable.[1107]

Cosa parecida, aunque a la inversa, va a ocurrir en aquellos procedimientos en los que se pretende el nacimiento de un derecho. En tales casos, la renuncia difícilmente pueda ir más allá de la perdida del procedimiento de que se trate, ya que no se puede renunciar, por lógica, a un derecho que todavía no ha nacido.[1108]

Otro punto que diferencia una y otra es que el desistimiento es posible en toda relación jurídica, mientras que la renuncia sólo será admisible cuando el ordenamiento jurídico lo permita, en cuanto no podrá operar respecto a derechos irrenunciables.[1109]

Así, por ejemplo, el art. 1 LCE establece que las partes no pueden renunciar a los Derechos establecidos en ese texto legal.

En el ámbito del procedimiento administrativo, al estar presente el interés público, el juego de ambas instituciones estará subordinado siempre a las exi-

---

1105 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 104.

1106 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 505-506. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 245. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, pp. 842- 857. Táboas Bentanachs, Op. Cit., nota 617, p. 589.

1107 Ibídem, p. 589.

1108 Táboas Bentanachs, Op. Cit., nota 617, p. 589.

1109 Menéndez Rexach, Op. Cit., nota 977, p. 256. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 104.

gencias de éste. De tal modo que, si el interés general exige el esclarecimiento del procedimiento, éste deberá seguir adelante hasta su final, limitándose los efectos del desistimiento o renuncia al interesado que lo formula.[1110]

Entendemos aplicable para este supuesto analógicamente la solución dispuesta para el desistimiento en el proceso contencioso-administrativo por la LJ, que exige que la decisión de no aceptar éste por entender que esté implicado el interés público sea motivada (art. 100 LJ). Solución extensible, obviamente, también a la renuncia.

También continuará adelante el procedimiento cuando haya otros interesados que insten la continuidad del procedimiento.[1111]

Fuera de estos casos, una vez formulada la renuncia o desistimiento por el interesado, la Administración deberá aceptarla, poniendo fin al procedimiento mediante resolución en la que se declare dicha circunstancia.[1112]

En cuanto al modo de llevarse a cabo, se debe entender, por su propia naturaleza, que se podrá realizar en cualquier momento del procedimiento, antes de que se dicte la resolución que ponga fin al mismo.

Dada la trascendencia que reviste, debe realizarse de forma explícita e inequívoca, de manera que no deje duda acerca de que es esa la voluntad del interesado, pues no podrá ni presumirse ni entenderse implícita en la conducta de éste.[1113]

Por lo demás, siempre que se de esa constancia, será indiferente la forma en que se lleve a cabo. Bastando, con ello, para su formulación, con la presentación de un escrito o incluso mediante la indicación oral del mismo ante el órgano administrativo competente, que deberá dejar constancia de la misma. En caso de que se realice a través de representante, será aplicable analógicamente, tanto para el desistimiento como para la renuncia, la exigencia, contenida en el art. 100 LJ, de que ese representante esté autorizado especialmente para ello.

c. Caducidad

Aunque una parte de la doctrina utiliza el término probablemente más correcto técnicamente de perención,[1114] se suele designar como caducidad a una forma de terminación del procedimiento que tiene su origen en una inactividad imputable al interesado, que no realiza un trámite imprescindible para la

1110 Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 296. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 308.

1111 Ibídem, p. 308.

1112 Ibídem, p. 308.

1113 Meseguer Yebra, Op. Cit., nota 978, pp. 17 y 19. Menéndez Rexach, Op. Cit., nota 977, p. 255. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 308.

1114 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, pp. 862-863.

continuación del procedimiento, por lo que transcurrido un tiempo desde la intimación por parte de la Administración en la que se le indica la necesidad de que lleve a cabo el mismo, con la advertencia de los efectos que se derivaran de su inacción, se da por terminado el procedimiento.[1115]

Como puede verse, es una medida que tiene una cierta connotación sancionadora: se castiga al interesado por su pasividad, que está bloqueando el procedimiento, con la pérdida de éste. Debe ser, por ello, una medida que se adopte exclusivamente en aquellos expedientes susceptibles de producir efectos beneficiosos para el administrado, y nunca para aquellos en los que pueden obtener beneficios terceros interesados o el interés público, que no podrán verse nunca perjudicados por la falta de diligencia del actor.[1116]

Por la misma razón, la caducidad afectará tan sólo a la persona causante de la paralización del procedimiento, pero no podrá perjudicar, si existen, a los terceros interesados que deseen continuar el procedimiento.[1117]

Esto reduce notablemente su campo de acción en el ámbito del procedimiento administrativo, donde está siempre en juego, como hemos reiterado en diversas ocasiones, el interés público, lo que va a impedir en numerosos supuestos que la simple inactividad del interesado ponga fin al proceso, pues puede que el interés público exija su finalización y esclarecimiento.[1118]

Dada la gravedad de la consecuencia que se deriva de la declaración de caducidad, la pérdida del propio procedimiento, su ámbito de actuación está limitado a aquellas inactividades de gravedad cualificada, que impiden la tramitación del procedimiento. Cuando se trate de trámites ordinarios, que no

1115 Entrena Cuesta señala que la –caducidad del procedimiento es la consecuencia del incumplimiento por los interesados de la carga que sobre ellos pesa de efectuar determinadas actuaciones sin las cuales aquél no se puede tramitar–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 298.

1116 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 245.

1117 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 877.

1118 Meseguer Yebra, Op. Cit., nota 978, p. 23. Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, –el ámbito que la caducidad tiene en el procedimiento administrativo es bastante limitado, ya que, al entrar en juego consideraciones de interés público, la actitud que los interesados puedan adoptar en orden a la impulsión de aquél queda en segundo plano. La Administración está legalmente obligada a resolver y lo está igualmente a impulsar el procedimiento en todos sus trámites a fin de llegar a esa resolución, lo cual reduce las posibilidades reales de que la caducidad se produzca a aquéllos procedimientos, iniciados a instancia de parte interesada, en los que el único interés visiblemente afectado es el interés particular del sujeto privado causante de la paralización–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 507.

imposibilitan que el procedimiento continúe adelante, tan sólo traerán como consecuencia la perdida de ese concreto trámite, no la caducidad.[1119]

La paralización deberá ser imputable a la inactividad del administrado, no podrá decretarse cuando ésta responda a la acción o inacción de la Administración, de un tercero o de circunstancias externas.[1120]

No podrá declararse la caducidad sin haberse producido un previo requerimiento al administrado para que realice el trámite de que se trate, indicándole que en caso contrario se producirá dicho efecto. Esta advertencia al interesado es un requisito esencial e imprescindible, pues en caso contrario se generaría una indefensión, que viciaría la declaración de nulidad, determinando su invalidez.[1121]

Los efectos de la caducidad, por lo demás, se reducen estrictamente a la perdida del procedimiento concreto que se está ejercitando, sin afectar, en ningún caso, al derecho material que se ejercitaba en el mismo, que se podrá ejercitar, por tanto, en un procedimiento posterior, siempre que se den aún las condiciones procesales para ello.[1122]

1119 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 507. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 245-246. Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 297. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 309. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 106.

1120 Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 309. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 106. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 298.

1121 Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 309. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 298. Como señala Meseguer Yebra, la –caducidad no se produce con carácter automático al correr el plazo previsto en la Ley, sino que es requisito necesario que la Administración advierta previamente al interesado que, transcurrido dicho plazo sin que se realicen las actividades necesarias para reanudar la tramitación del procedimiento, se declarará la caducidad y el archivo de las actuaciones (...). La advertencia administrativa es un requisito formal de estricta observancia cuya omisión lleva, además, consigo la consabida indefensión del interesado afectando de raíz a la resolución que declare la caducidad–. Meseguer Yebra, Op. Cit., nota 978, p. 22.

1122 García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 508. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit. nota 240, p. 246 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 145. Señala González Navarro que –la llamada caducidad del procedimiento administrativo deja incólume los derechos, a menos que otros institutos, como el de la prescripción, los hayan extinguido (...). Ni siquiera puede decirse que haya muerto la acción y subsista el derecho material, pues nada se opone a que si éste no ha prescrito, pueda hacerse valer en un nuevo procedimiento. Es decir, que ni la acción ni el derecho material se extinguen por la caducidad. Lo único que muere es el procedimiento–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 861.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el procedimiento caducado no interrumpe los plazos de prescripción, manifestándose a tales efectos como un procedimiento inexistente.[1123]

La declaración de caducidad es impugnable por separado, en cuanto constituye un acto de trámite cualificado, que impide la continuación del procedimiento. Hay, no obstante, una parte de la doctrina que disiente parcialmente de esta afirmación, pues sin negar la impugnabilidad de este acto, considera que el motivo no es que constituya un acto de trámite cualificado, sino que se trata de una auténtica resolución.[1124]

d. Caducidad en los procedimientos iniciados de oficio

En la actualidad se ha abierto la necesidad de que se produzca la caducidad del procedimiento por la inactividad de la Administración. De tal forma que trascurrido el plazo máximo que tiene ésta para resolver, el procedimiento se extingue. El supuesto viene referido, por supuesto, a aquellos expedientes susceptibles de generar efectos exclusivamente negativos para los interesados (en caso contrario se produce el silencio administrativo, que se examina posteriormente). Con ello, se fortalece la seguridad jurídica, evitando una perpetúa pendencia que, como una espada de Damocles, pese eternamente sobre el administrado, obligándole a vivir con la constante amenaza de sufrir en cualquier momento ese perjuicio.[1125]

Declarada la caducidad, debe entenderse que el procedimiento termina de modo irreversible, de tal modo que cualquier actuación realizada con poste-

1123 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 879. Meseguer Yebra, Op. Cit., nota 978, p. 23. Fernández Montalvo, Op. Cit., nota 920, p. 309. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 298-299.

1124 En tal sentido González Navarro, que apunta lo siguiente: –me parece difícil admitir que el acto que declara la caducidad de un procedimiento es un acto de trámite y no terminal, al menos como se entienden estos conceptos en la doctrina más generalizada–. Por ello considera impugnable la caducidad por constituir ésta un –acto terminal que no entra a considerar el fondo del asunto–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 877.

1125 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, este –régimen se justifica en la necesidad de liberar a los ciudadanos de la pendencia indefinida e ilimitada de un riesgo de gravamen, de sanción o de perdida o limitación de derechos anunciada por la Administración, al haber iniciado un procedimiento al efecto–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 508.

rioridad y, en su caso, la eventual resolución que pudiera dictarse, debe reputarse inválida.[1126]

e. Imposibilidad material de continuación del procedimiento

Es un supuesto residual, en el que se integra cualesquiera supuesto distinto de los anteriores en los que se hace imposible la continuación del procedimiento o ésta deviene carente de sentido.[1127]

B. TERMINACIÓN FICTICIA. OBLIGACIÓN DE RESOLVER Y SILENCIO ADMINISTRATIVO

La Administración está obligada a resolver los procedimientos administrativos. Consecuencia que se deriva ineludiblemente de las exigencias de eficacia, sometimiento al Derecho y respeto a los derechos de los administrados que rigen su actuación.[1128]

Así lo establece claramente el art. 115 RM, según el cual, iniciado –un expediente, las entidades municipales están obligadas a resolverlo–.

Dicho deber sólo encuentra excepción en aquellos supuestos en que el procedimiento debe terminar de modo anormal, por existir circunstancias que determinan la conclusión del procedimiento sin que éste alcance su fin (desistimiento, renuncia, caducidad o desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento), en cuyo caso bastara con que se dicte y notifique una resolución en la que se declare la concurrencia de tal circunstancia.[1129]

1126 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 108.

1127 García De Enterría Y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 509.

1128 Señala Bocanegra Sierra que el fundamento de –esta obligación se encuentra en el principio de eficacia, (...) en el sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (...), y en el derecho a la tutela judicial efectiva (...). Parece razonable esta fundamentación (...). Resultaría imposible, desde luego, cumplir con la tarea de satisfacer los intereses públicos que la Constitución encomienda a las Administraciones Públicas, si se permitiese el alargamiento indefinido del trámite de los procedimientos sin dar respuesta a las solicitudes de los particulares. El sometimiento de la Administración a la Ley y el Derecho quedaría también seriamente comprometido si pudieran aplazarse sin término las decisiones administrativas, manteniendo así, de facto, una situación contraria a los mandatos legales (...), al tiempo que, por último, los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensión podrían quedar literalmente volatilizados, aun en un sistema jurisdiccional que hubiera superado por completo el principio revisor (...), si la Administración pudiera decidir a su gusto no resolver los procedimientos: los ciudadanos deberían construir su defensa sin el conocimiento de los datos del expediente y de la fundamentación jurídica de la resolución, no pudiendo siempre los Tribunales (...) sustituir en las Sentencias las decisiones de la Administración–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, pp. 84-85.

1129 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 464-465.

El incumplimiento de esta obligación va a poner en marcha el silencio administrativo, que es la medida articulada por el Derecho administrativo para dar respuesta a los supuestos en los que la Administración vulnera los derechos de los administrados mediante su simple inacción.[1130] Más concretamente viene a tutelar aquellos supuestos en los que, presentada una solicitud por parte del administrado, el órgano administrativo competente no da respuesta a dicha instancia, ni en sentido afirmativo ni negativo, dejando así al ciudadano en absoluta situación de indefensión, pues al no tener una resolución que impugnar, tampoco puede iniciar un recurso administrativo o judicial para obtener respuesta a su pretensión. Ante tal situación, el ordenamiento jurídico, para proteger al administrado, va a crear una ficción jurídica, entendiendo que existe un acto administrativo que realmente no se ha producido como tal.[1131]

Nótese que se trata de un supuesto diferente al de la inactividad material de la Administración, que en su momento examinamos. En este último supuesto la Administración lo que hace es no realizar materialmente aquello que el ciudadano ya tiene reconocido jurídicamente. En el caso del silencio administrativo se da tutela a situaciones en las que hay aún incertidumbre acerca del derecho del administrado al reconocimiento de su pretensión.

Aunque hay doctrina que considera que la naturaleza jurídica del silencio administrativo es la de una presunción,[1132] debe entenderse que no constituye

1130 Señala Santofimio Gamboa que el –silencio administrativo es el trascurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapso que vencido hace presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada–. Santofimio Gamboa, Op. Cit., nota 487, p. 184. González Navarro define el silencio administrativo como –una ficción que la ley establece en beneficio del interesado, y en virtud del cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos en la ley–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 894. Guaita define el silencio administrativo como –la no contestación a algo que se ha pedido de un órgano de una Administración pública: transcurrido cierto plazo desde que se haya formulado la petición, recurso, etc., generalmente el interesado puede considerar desestimada su pretensión para que pueda, si lo prefiere, formular el recurso procedente–. Guaita, Op. Cit., nota 594, p. 336.

1131 Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 117.

1132 En tal sentido Morell Ocaña, que considera que el silencio administrativo es –una presunción establecida por la Ley, referida al procedimiento administrativo, en cuya virtud la inactividad de la Administración equivale a la resolución, estimatoria o desestimatoria, de la pretensión del interesado–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 203. También en esta línea, Entrena Cuesta, que entiende que hay silencio administrativo –cuando el Ordenamiento jurídico, ante la falta, dentro del plazo para ello establecido, de un pronunciamiento que la Administración tiene el deber de efectuar, presume (...) la existencia de un acto (...) como medio para salvaguardar los derecho o intereses de

propiamente tal, sino una ficción. La presunción determina que se considere como cierto algo que es aún dudoso. Sin embargo, en el caso del silencio administrativo se parte de una situación cierta (la Administración no resuelve) para derivar de ella algo que realmente no se ha producido (se considera que se ha dictado una resolución, estimatoria o desestimatoria, que no ha existido en la realidad).[1133]

Yendo un poco más allá, y centrándonos en el resultado que el silencio produce, podemos observar una notable diferencia entre los supuestos de silencio negativo y silencio positivo, ya que, en el primer caso, de esa ficción que es el silencio no se deriva una auténtica resolución, pues tiene el único efecto de abrir la vía de recurso; mientras que en el caso de silencio positivo da origen a una auténtica resolución de efectos estimatorios, en cuanto ese acto fingido va a tener el mismo valor y eficacia que el acto expreso.[1134] Si bien hay también opinión contraria a la tesis mantenida, que considera también el acto presunto negativo un auténtico acto administrativo.[1135]

El hecho de que el silencio negativo no constituya auténtico acto, impide que se convierta en acto consentido, por lo que se debe admitir recurso contra cualquier acto que se dicte ratificando su sentido denegatorio.[1136]

En tal sentido se sitúa claramente el Derecho nicaragüense, que define el silencio administrativo como –el efecto que se produce en los casos en que la Administración Pública omitiere su obligación de resolver– (art. 2. 19 LJ).

Como puede verse, el art. 2. 19 LJ se refiere exclusivamente a la obligación de resolver, sin hacer referencia alguna a la notificación de dicha resolución. Cabe cuestionarse, entonces, si sólo se va a producir silencio administrativo cuando la Administración no resuelve en el plazo de que se trate, o si también se produce cuando no se notifica la resolución dentro del mismo.

---

quienes formulan las peticiones, reclamaciones o recursos no resueltos, o en aras de la celeridad y eficacia administrativa–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, pp. 236-237.

1133 González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, pp. 896-898. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 117.

1134 Táboas Bentanachs, Op. Cit., nota 617, p. 584. García Pérez, Op. Cit., nota 510, pp. 179-180. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 206. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 96.

1135 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 467.

1136 Como señala Sánchez Morón, no –podrá ser considerado en ningún caso como un acto consentido por el interesado que no impugna la desestimación presunta, ya que la ficción del silencio negativo se concibe en beneficio del interesado y nunca de la Administración que incumple su deber de resolver en plazo. En consecuencia, el interesado puede impugnar cualquier acto posterior que reitere la denegación producida por silencio–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, pp. 510-511.

La Corte Suprema ha resuelto dicha cuestión adoptando la primera solución. De tal forma que basta con que se resuelva el procedimiento dentro de plazo, aunque no se haya realizado dentro de él la notificación, para entender cumplida la obligación de resolver. Concretamente ha señalado que:

> El silencio administrativo opera cuando la Administración no resuelve en el plazo indicado, en ningún momento, preceptúa que hay que incluir en dicho plazo el acto de notificación (...); por otra parte debemos tener presente que los plazos del silencio positivo son cortos, no siendo congruente que, además se le reste a la administración competente el plazo que tiene para resolver con el acto de la notificación.[1137]

La solución no nos parece desde el punto de vista técnico la más adecuada, pues sería más correcto considerar incluido dentro del plazo también la obligación de notificar. La razón es evidente, al ser la notificación presupuesto de la eficacia del acto, se genera similar efecto a la falta de resolución si la Administración resuelve en plazo, pero deja eternamente pendiente la notificación de la misma.

Sin embargo, la argumentación de la sentencia es irrefutable, pues la brevedad de los plazos, a los que inmediatamente nos vamos a referir, impide otra respuesta. La Corte ha resuelto, en nuestra opinión, con adecuado criterio práctico una difícil situación, que requiere, por otra parte, pronta solución, como lo es la inadecuación de los plazos máximos para resolver el procedimiento, claramente insuficientes.

En cualquier caso, esta tesis se debe entender adecuada únicamente para aquellos casos, como el enjuiciado por la Corte, en los que la Administración resuelve dentro de los plazos, y notifica fuera de ellos con una cierta diligencia. Lo que deja sin una clara solución los supuestos en que la Administración resuelva y demore de forma injustificada la notificación de la resolución. En tales casos debería entenderse que se han producido los efectos del silencio, pero el problema es cuando considerar que se han sobrepasado los límites permitidos.

La inseguridad jurídica que genera esta situación es evidente, por lo que entendemos que debería reformularse la regulación actual del silencio, incluyéndose la obligación de resolver y notificar dentro del plazo máximo, generando el incumplimiento de cualquiera de ambas exigencias silencio administrativo. Reforma que debe venir necesariamente acompañada de una considerable ampliación de los plazos.

Ello resulta evidente si se tiene en cuenta que el plazo máximo con el que cuenta la Administración para resolver es de 30 días (art. 2. 19 LJ). Previsión difícilmente comprensible, pues en la práctica la Administración se vera inca-

1137 SCSJ nº 2, de 1 de marzo de 2005, dictada a las ocho y treinta nueve minutos de la mañana. Cdo. III.

pacitada para tramitar y resolver el procedimiento en tan exiguo plazo cuando se trate de asuntos de una cierta complejidad.

Esta regulación es aún más criticable, si se tiene en cuenta que, transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dictado ninguna resolución, se presume que existe una aceptación de lo pedido a favor del interesado (art. 2. 19 LJ).

Esto supone que se consagra, con carácter general, el silencio positivo, esto es, la concesión de aquello que se solicitaba a la Administración, una vez transcurridos los plazos previstos en la norma.

Tradicionalmente en la figura del silencio administrativo la regla ha sido la contraria, considerándose que transcurrido el tiempo máximo que la Administración tiene para resolver el silencio era negativo, esto es, se podía entender denegado aquello que se solicitaba. Dicha solución constituía, no obstante, una medida de tutela de los derechos de los administrados, pues permitía al administrado acudir a la vía de recursos, bien administrativos o judiciales, impidiendo así que la Administración mantuviera la resolución eternamente pendiente mediante su inacción.[1138] Si bien dicha tutela era, en cierto, modo, imperfecta, porque obligaba al administrado a defender su posición desde el desconocimiento, en cuanto la Administración no le había transmitido los motivos de la denegación de aquello que solicitaba.[1139]

En cualquier caso, y con independencia del mayor o menor acierto de la regulación del silencio administrativo del Derecho nicaragüense, debe recordarse que esta figura no deja de ser una respuesta a una situación patológica: la falta de resolución expresa por parte de la Administración. Lo cierto es que, por más que venga a dar tutela a los derechos del administrado, lo hace tan sólo como una solución de mínimos para tapar una previa violación de los mismos. Debe, por ello, postularse ante todo que esta figura no tenga que operar en la práctica y que la Administración resuelva los procedimientos, como

1138 Como señala González Navarro, no –siempre se tiene en cuenta, desvirtuándose con ello la esencia misma del silencio administrativo, que éste se establece en garantía, en beneficio del particular–. –En el silencio positivo, la evidencia de esta característica resulta incontestable, ya que supone la estimación de la petición, deducida ante la Administración. En el silencio negativo, también resulta palmario la atribución de este carácter, ya que por su medio se evita la indefensión del particular (...) facilitándole el ejercicio de su derecho (...) a una tutela judicial efectiva–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 899.

1139 Señala Guaita que –además de que con su silencio la Administración incumple su obligación legal de contestar de modo expreso (…) el interesado camina por aquélla a tientas y a oscuras: no sabe los motivos de la denegación, ni tampoco se le ha indicado qué recurso puede interponer, en qué plazo ni dónde–. Guaita, Op. Cit., nota 594, p. 337.

es su obligación.[1140] Evitándose así que esta técnica acabe convirtiéndose en una forma más de terminación del procedimiento a disposición de la Administración, que le permita desligarse del deber de resolver en aquellos expedientes que, por el motivo que sea, le resultan molestos o difíciles.[1141]

En los últimos tiempos, se ha abierto paso, sin embargo, la consideración de que el silencio debe ser positivo. Si bien no es ni mucho menos una técnica unánimemente aceptada, pues hay una parte de la doctrina que advierte de sus riesgos. Así, hay quien considera que puede determinar la concesión de derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico, que perjudiquen los intereses públicos o de terceros; que genera un alto de grado de inseguridad jurídica; y que pueden provocar el efecto de alterar las reglas de competencia, impidiendo el órgano instructor que la cuestión llegue al competente para resolver.[1142]

1140 Apunta García-Trevijano Garnica que –lo correcto es (...) que la Ley se dirija a conseguir que la Administración resuelva de manera expresa. A veces se desvían indebidamente las críticas hacia la institución del silencio administrativo, siendo así que en realidad tal crítica debería ir dirigida no tanto contra dicha institución misma (...) como contra el incumplimiento de la Administración de su deber de contestar. No debe perderse de vista que el silencio administrativo constituye "un mal necesario", "mal" porque opera ante un previo incumplimiento de la Administración en su deber de resolver y "necesario" por cuanto su inexistencia daría lugar a situaciones hoy inaceptables–. García-Trevijano Garnica, –Silencio administrativo. Términos y plazos–, en Pendás García (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis, 1993, p. 353.

1141 Señala González Navarro que –en muchas ocasiones –y por un mal entendimiento de lo que constituye la médula de la técnica del silencio administrativo se ha invocado el silencio administrativo como coartada para no resolver los expedientes molestos o complicados. La Administración no resuelve y el tiempo lo sanará todo. En ocasiones, la ignorancia ha sido tal que incluso por escrito se ha dejado constancia en el expediente de la sugerencia de que "se resuelva por silencio administrativo" (sic), o de que "se guarde silencio administrativo en el caso"–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 903.

1142 En tal sentido Parada Vázquez, que destaca el –evidente riesgo que la técnica del silencio positivo supone, al posibilitar sin el debido control el otorgamiento de autorizaciones o licencias u otros derechos contrarios a los intereses generales o de terceros pero favorables siempre al solicitante, y que como actos declaratorios de derechos no pueden ser revocados a posteriori sin seguir los complejos procedimientos establecidos–. Además considera la técnica del silencio positivo y las medidas correctoras de la misma –crean una dosis de inseguridad jurídica–. Añade, por último, que –la técnica del silencio positivo deja en manos de los instructores de los procedimientos y de su desidia la posibilidad de "vampirizar" la competencia resolutoria del órgano al que corresponde la resolución expresa–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, pp. 118-119.

En nuestra opinión, más que un rechazo general a la técnica del silencio positivo, se debe tener en cuenta que éste y el silencio negativo son dos aspectos diferentes de una misma institución, que persiguen finalidades diferentes y deben ser aplicados a situaciones diferentes, por lo que, más que tomar partido a favor de uno u otro, se deberían combinar ambos de forma adecuada.[1143]

Tendría, por ello, que circunscribirse el silencio positivo a las actividades autorizatorias en el ejercicio de la actividad de policía, ámbito en el que este tipo de silencio ejercería un efecto simplificador de los trámites formales para poder hacer efectivo un derecho que ya se posee, obligando a la Administración a denegar la solicitud expresamente, en caso de entender que existen motivos que lo impiden.[1144]

Supuestos a los que se debe añadir los que se dan en el ámbito de las relaciones de jerarquía (aprobaciones y autorizaciones), dado que la emisión de esos actos es, en realidad, competencia del órgano que los dicta, no del que los aprueba o autoriza.[1145]

1143 En tal sentido Guaita, señala que –no se puede generalizar el silencio administrativo positivo o afirmativo–. Guaita, Op. Cit., nota 594, p. 338.

1144 González Navarro señala que el silencio administrativo –cumple una finalidad distinta según que estemos ante un caso de silencio negativo o ante un supuesto de silencio positivo–. –El silencio negativo, en efecto, tiene la finalidad de facilitar al interesado el acceso a una vía revisora ulterior (...) evitando que la combinación del privilegio administrativo del acto previo con la inactividad formal de la Administración volatice su derecho a una tutela judicial efectiva–. –La finalidad del silencio positivo es muy diferente. Esta forma de silencio opera en el ámbito de las intervenciones policiales o de tutela, facilitando la obtención de autorizaciones o aprobaciones administrativas previas. En cierto modo viene a ser (...) una sustitución de la técnica de la autorización o aprobación previas por la de la carga de la comunicación del proyecto a la Administración con facultad de ésta de dictar una orden prohibitiva durante un plazo preclusivo–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 899. También en esta línea Entrena Cuesta, que considera que –la atribución de un valor negativo al silencio carecería de sentido cuando se postula simplemente el ejercicio de una situación de poder de que ya era titular el peticionario. Es decir, al solicitar un permiso o licencia: en tal caso, quiebran los argumentos que acabamos de recoger y la lógica exige que se presuma la existencia de un acto positivo. De esta forma se abre paso la idea de atribuir, excepcionalmente, al silencio un valor positivo–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 238-239.

1145 Señala Entrena Cuesta que, en –orden al logro de la celeridad y la eficacia de la Administración se aplicará también a las relaciones interorgánicas e intersubjetivas, de jerarquía o tutela. A tal efecto, se atribuye un valor positivo a las autorizaciones o aprobaciones, que deban otorgarse en el desarrollo de tales relaciones. Se trata, por tanto, ahora, de conseguir la agilidad de la Administración, y las razones en favor del valor positivo del silencio son (...): los actos sujetos a autorización o aprobación son competencia del órgano o

En cualquier caso, debe tenerse presente que no existe silencio administrativo en contra de la ley. Lo que supone que vía silencio administrativo no se podrá adquirir aquello que no podría haberse adquirido por una resolución expresa, al ser contrario al ordenamiento jurídico.[1146]

Si bien, lo anterior no es óbice para que la Administración quede obligada para dejar sin efecto ese acto presunto contrario a la legalidad, a tramitar un procedimiento de revisión de oficio, pues parece injustificado que sea el propio administrado el que se vea obligado a demostrar la legalidad de un acto obtenido por silencio por la propia negligencia de la Administración, que queda obligada, por ello, a demostrar la ilegalidad del mismo.[1147]

Dicha posibilidad de revisar lo concedido por silencio deberá entenderse limitada exclusivamente a la falta de los requisitos esenciales que vimos determinaban la nulidad de pleno derecho del acto. Esto es, a aquellos supuestos en que se concede al administrado algo careciendo manifiestamente de las cualidades imprescindibles para obtenerlo.

No será posible en ningún caso, obviamente, dejar sin efecto lo obtenido por silencio administrativo alegando motivos de pura oportunidad.[1148]

Tampoco cabrá ampararse en una decisión discrecional para dejar sin efecto el acto presunto. Esto es, si la norma otorgase a la Administración un margen de apreciación para la concesión de aquello solicitado por el administrado, no podrá revisar la Administración la decisión presunta utilizando esa discrecionalidad para eliminar ésta.

---

ente que los dicta, no del que autoriza o aprueba. No hay entonces por qué asignar al silencio un valor negativo–. Ibídem, p. 239.

1146 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, que –resulta aberrante y contrario al principio de legalidad que puedan existir actos sin una cobertura normativa que los ampare. Lo único que autoriza la doctrina del silencio positivo es a que el particular se subrogue en la posición del operador jurídico, que normalmente corresponde a la Administración, cuando ésta por negligencia actúe dentro de los plazos establecidos. Pero de aquí no puede seguirse, en forma alguna, la posibilidad de reputar como existente un acto contrario al ordenamiento jurídico–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 810 pp. 108-109. Véase también, Escorcia, Flavio Jorge, Op. Cit., nota 2, p. 172. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 205.

1147 Como señala Bocanegra Sierra, parece –evidentemente contrario a la seguridad jurídica, (...) imponer la carga de la prueba de la legalidad del acto presunto al interesado que no ha obtenido respuesta, obligada, a su pretensión, y al que ninguna razón de peso permite hacerle responsable del incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, incursa en la prohibición implícita en el principio general del Derecho de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza–. Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 97.

1148 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 810, p. 109.

Ya sabemos que la discrecionalidad es la posibilidad de optar por un conjunto de opciones igualmente válidas para el Derecho. Siendo todas esas opciones legítimas, no podrá la Administración elegir una distinta a la que se deriva del acto presunto, dejando éste sin valor. La revisión del acto presunto permite acabar con éste cuando lo obtenido es contrario al ordenamiento jurídico, pero no cuando éste es conforme al mismo, pero se considere otra opción más adecuada. Si lo ganado por silencio era una de las soluciones que legítimamente podría haber tomado la Administración dentro de su margen de discrecionalidad, no puede ser cuestionado.

En cualquier caso, esta opción general por el silencio positivo no parece que impida que el ordenamiento jurídico pueda establecer que en determinados supuestos éste tenga sentido negativo. Si bien, al venir consagrado el silencio estimatorio en norma con rango de ley, debe entenderse que no cabe arbitrar solución contraria mediante un simple reglamento, esto es, sólo podrá establecerse que tenga sentido negativo mediante ley formal.

Los efectos que produce el silencio positivo no se reducen a la estimación de la petición, pues, en cuanto van a dar lugar a un acto que, por más que sea ficticio, está dotado de plena eficacia jurídica, abren la posibilidad de recurrir. En el Derecho nicaragüense los actos fruto del silencio administrativo agotan la vía administrativa (art. 46 LJ), por lo que serán directamente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de presentar el recurso administrativo correspondiente para agotar la vía administrativa.

Debe tenerse presente, al respecto, que el silencio puede ser recurrido también por terceras personas, distintas al interesado. Para estos terceros debe regir una regla similar a la que estudiamos en su momento para las notificaciones defectuosas, de tal forma que sólo comenzar a correr los plazos para ellos desde que realicen actos que denoten su conocimiento, pues en caso contrario quedarían en una situación de clara indefensión.[1149]

V. Los recursos administrativos

1. Concepto de recurso administrativo

Como ya sabemos, cuando no estamos de acuerdo con un acto administrativo podemos impugnarlo solicitando su anulación. A dicha actuación, que va a

1149 Como señala Sánchez Morón, –en caso de silencio administrativo no sólo puede recurrir el solicitante, sino también cualquier otro interesado. Esto puede ocurrir tanto en el caso de silencio negativo como positivo, pues el acto presunto estimatorio puede perjudicar derechos e intereses legítimos de terceros (...). Hay que entender que el cómputo del plazo de impugnación por estos otros interesados sólo debe computarse desde el momento en que realice actuaciones que presupongan su conocimiento del acto presunto o interpongan los recursos que procedan, aplicando (...) un régimen similar

dar lugar a un procedimiento de revisión del acto por parte de órgano competente para ello, es a lo que denominamos recurso.[1150] Esa impugnación se puede realizar tanto en vía administrativa como en vía judicial, esto es, presentando un recurso ante la propia Administración (vía administrativa, mediante la presentación de un recurso administrativo); o ante un órgano judicial (vía contencioso-administrativa, presentando un recurso contencioso-administrativo).

El recurso administrativo se puede definir, en consecuencia, como una vía para la impugnación de los actos administrativos ante la propia Administración a instancia del interesado, que se traduce en la tramitación de un procedimiento administrativo de revisión de la legalidad de la actuación implicada.[1151]

---

al de las notificaciones defectuosas (...), pues de lo contrario se les causaría indefensión–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 256, p. 512.

1150 Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González señalan que –el recurso puede definirse como una pretensión deducida por quien esté legitimado para ello ante un Organismo competente y destinado a obtener la revisión, por motivos de legalidad, de un acto administrativo determinado–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 30.

1151 Cassagne define el recurso administrativo como –toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a obtener del órgano emisor del acto, de su superior jerárquico o de quien ejerce el control llamado de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado–. Cassagne Op. Cit., nota 351, p. 59. González Navarro entiende por tal –un procedimiento administrativo autónomo iniciado dentro del plazo legal preclusivo por uno o varios interesados debidamente legitimados en solicitud de revisión de un acto administrativo por considerarlo no ajustado a derecho–. González Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 1175. Delpiazzo lo define los recursos como los –medios que el Derecho objetivo establece, en virtud de los cuales los afectados en su derecho o interés por un acto administrativo, mediante la interposición de un acto de petición, ejercen el derecho de principio de obtener que la Administración lo revise en vía administrativa dictando un nuevo acto administrativo–. Delpiazzo, Op. Cit., nota 375, p. 713. González Pérez considera que los –recursos administrativos son actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de este carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión–. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 2282 II. Escuin Palop apunta que el –recurso administrativo puede definirse como el procedimiento en el que un sujeto legitimado, dentro del plazo hábil, pide a la Administración que revise la legalidad de una resolución administrativa o, excepcionalmente, de un acto de trámite–. Escuin Palop, Op. Cit., nota 410, p. 311. M. Sánchez Morón considera que –los recursos administrativos pueden definirse como actos de los interesados impugnatorios de decisiones previas de la Administración pública sometidas a Derecho administrativo y que ponen fin a un procedimiento, o, al menos, impiden continuarlo o producen indefensión, que se deducen ante la Administración misma, ya sea la autora del acto impugnado o excepcionalmente otra distinta y que se resuelven por ella–. Sánchez Morón, –Recursos administrativos–, en Leguina Villa y Sánchez Morón (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

Nótese que en el proceso contencioso-administrativo se puede discutir la validez no sólo de actos administrativos, sino también de disposiciones administrativas, vías de hecho o supuestos de inactividad material de la Administración, mientras que el recurso administrativo tiene por objeto, exclusivamente, actos administrativos, pues contra los reglamentos no hay recurso en vía administrativa, sino que son impugnados directamente en vía contencioso- administrativa (art. 36 LJ) y contra las vías de hecho y casos de inactividad material de la Administración cabe interponer en vía administrativa únicamente una reclamación ante la Administración, que no es propiamente un recurso (arts. 37 y 38 LJ).

La afirmación debe ser, no obstante, matizada, pues la legislación local permite la impugnación en vía administrativa de las disposiciones dictadas por el Alcalde, que podrán ser impugnadas mediante recurso de revisión ante el propio Alcalde y mediante recurso de apelación ante el Concejo Municipal (art. 40 LJ).

Se trata de una excepción difícilmente comprensible, que da muestras una vez más de la descoordinación y descontrol de que adolece el ordenamiento jurídico administrativo de Nicaragua.

El recurso administrativo es un mecanismo de revisión que se puede poner en marcha únicamente a instancia de parte, nunca de oficio por parte de la propia Administración, lo que diferencia esta figura de la denominada revisión de oficio, en la que por su propia voluntad la Administración decide revisar su actividad.[1152]

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos, 1993, p. 329. Santamaría Pastor señala que –con el nombre de recursos administrativos se hace referencia a los procedimientos administrativos de carácter impugnatorio mediante los que los interesados o afectados por un acto administrativo instan de la Administración autora su anulación por razones de legalidad–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 598. Para Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González el –recurso en vía administrativa puede definirse como una pretensión deducida ante un órgano administrativo, por quien está legitimado para ello, con la finalidad de obtener la anulación o modificación de un acto administrativo dictado por ese mismo órgano o por su inferior jerárquico–. Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 65. Entrena Cuesta considera que el –recurso administrativo puede definirse como un acto con el que un sujeto legitimado pide a la Administración que revise una resolución administrativa, o, excepcionalmente, un acto de trámite, dentro de los plazos y con arreglo a las formalidades pertinentes–. Entrena Cuesta, Rafael, Op. Cit., nota 404, p. 306. Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden que recurso administrativo –es el procedimiento especial de impugnación por el que el destinatario, directo o indirecto, de un acto (...) solicita su modificación o privación de efectos–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 810, p. 220.

1152 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 2282. De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 627. Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 870, p. 3.

Es un mecanismo de revisión, pero incardinado en el seno de la función administrativa, no en el ámbito de la función jurisdiccional. Se diferencia claramente de ésta en cuanto el órgano que realiza el enjuiciamiento no es, en puridad, una instancia independiente, como ocurre en el proceso, sino una de las partes implicadas, la Administración, convertida de este modo al mismo tiempo en juez y parte; a lo que se añade, por otra parte, que las resoluciones dictadas en el procedimiento no generan eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser siempre impugnadas, con sujeción a los plazos oportunos, ante un órgano judicial.[1153]

Es, además un mecanismo de autocontrol, en cuanto se lleva a cabo por la propia Administración, sin la intervención de cualesquier órganos públicos ajenos a la misma.[1154]

El recurso administrativo va a dar lugar a un procedimiento administrativo distinto de aquel de que trae causa,[1155] con el que no se confunde, pues a pesar de estar vinculado a éste, es independiente del mismo y goza de su individualidad propia.[1156] Ciertamente por su función revisora, tiende a asimilarse en

---

Como apunta Santofimio Gamboa, –la prorroga de la actuación administrativa a una segunda etapa, o de la vía gubernativa, depende exclusivamente del sujeto pasivo del acto. No se inicia por imperativo legal, sino por decisión unilateral del interesado que se considera afectado en sus derechos–. Santofimio Gamboa, Op. Cit., nota 487, p. 208.

1153 Apunta Cassagne que la –sustancia o naturaleza de los recursos administrativos es propia de la función administrativa y nunca es actividad jurisdiccional ya que técnicamente no puede hablarse de estricta controversia (la Administración actúa como parte y autoridad decisoria) ni tampoco la decisión posee los atributos de verdad legal (cosa juzgada formal y material)–. Cassagne Op. Cit., nota 351, p. 59.

1154 Como señala Fernández Ruiz, en –la labor de corregir, perfeccionar y, en su caso, revocar, el acto administrativo se inscribe el recurso administrativo que conlleva el animo de la Administración de hacerlo sin intervención de otros órganos del poder público y lo identifica como un instrumento de autocontrol de la misma, para mantener su actuación dentro de los límites de la normativa aplicable; lo que no impide considerar el recurso administrativo como un instrumento de defensa del interesado contra los excesos de la Administración Pública cometidos en su perjuicio, por la violación de sus derechos subjetivos–. Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., nota 455, P. 451.

1155 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 628.

1156 Apunta González Navarro que el –procedimiento de recurso constituye un procedimiento autónomo, un procedimiento independiente de la instancia administrativa que le precede. La impugnación en que el recurso consiste no constituye una continuación del procedimiento cuyo acto final se combate, sino que es un procedimiento independiente con su peculiar régimen jurídico. El procedimiento anterior no es simplemente continuado, sino que deja su puesto a otro procedimiento distinto, aunque ligado al anterior–. Navarro, Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 1177

algunos aspectos al proceso, pero sin llegar nunca a equipararse con éste, ni dejar de ser lo que es: un procedimiento administrativo.[1157]

La doctrina mantiene posiciones divergentes acerca del alcance del control que se puede realizar vía recurso administrativo. Así, para algunos, en cuanto mecanismo de control de la legalidad de los actos administrativos, sólo puede basarse en motivos estrictamente jurídicos, debiendo desecharse en la resolución de los mismos los criterios de mera oportunidad.[1158] Para otros, sin embargo, a través de ellos se puede instar una revisión no sólo de la legalidad del acto, sino también de la oportunidad de éste.[1159]

En nuestra opinión, ceñir los recursos administrativos a un estricto control de la legalidad es un planteamiento más teórico que real, pues correspondiendo resolverlos a la propia Administración autora del acto, encargada de las labores de gestión administrativa, en que se actúa conforme a criterios de oportunidad, es prácticamente imposible que ambas naturaleza, la de sujeto gestor y la de enjuiciador, no se confundan.[1160]

1157 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, –la acusada "procesalización" del procedimiento de resolución de los recursos no puede hacer olvidar que éste es, y no puede dejar de ser, un procedimiento administrativo propiamente tal, sujeto por ello a las mismas limitaciones que todos los de su genero y al juego de toda una serie de principios que introducen forzosamente múltiples modulaciones en el esquema del proceso judicial tomado como modelo para su regulación positiva–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 517.

1158 Como señala De Asís Roig, el recurso administrativo es –un instrumento de control de la legalidad de los actos de la Administración (....). Cualesquiera razones de carácter no jurídico sólo pueden ser alegadas en la medida en que sean recogidas pro el Derecho en forma de valores, objetivos, directrices, etc.–. De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 631. La misma opinión, Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, p. 6. Santofimio Gamboa, Op. Cit., nota 487, p. 208.

1159 En tal sentido, Brewer Carías, que considera que los –recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad, existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa–. Brewer- Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 485, pp. 758.

1160 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, la –acusada "procedimentalización" del debate, (...) no puede impedir que junto a los motivos de estricta legalidad aparezcan de alguna manera razones de simple oportunidad. Es la propia Administración quien resuelve, en definitiva, y la misión de la Administración no es la de decir el Derecho, sino la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados. Es, pues, profundamente equívoco tratar de identificar ambas funciones. Todo lo más que puede concederse en este punto es que al resolver recursos la Administración está

Si bien, tampoco permite esto afirmar sin más que se pueda llevar a cabo un control de oportunidad en todo caso. Como señala la, en nuestra opinión, mejor doctrina al respecto, la modificación del acto impugnado por motivos distintos a la ilegalidad no es propiamente una consecuencia del recurso, sino más bien una manifestación del poder de revisión de oficio de sus propios actos de que goza la Administración, que se verá frenada, por tanto, por los límites típicos de ésta. Lo que implica, fundamentalmente, la imposibilidad de invalidar actos favorables al administrado por simples criterios de oportunidad.[1161]

En cualquier caso, independientemente de las posibilidades de control en base a criterios de oportunidad, el recurso, dado su carácter revisor en base a criterios de legalidad, se separa claramente de la presentación de escritos de petición: cuando se presenta un recurso se está pidiendo la aplicación del ordenamiento jurídico, obligando a la Administración a resolver en base a éste, por lo que no estamos, en ningún caso, ante una petición graciable.[1162]

Tratándose de motivos de legalidad, no hay duda de que serán oponibles, en principio, cualquier tipo de motivos que determinen la invalidez, bien sean de nulidad de pleno derecho o anulabilidad. Nada impide, no obstante, que el ordenamiento jurídico pueda establecer que un determinado recurso sólo podrá basarse en determinados motivos, lo que permite distinguir entre recursos ordinarios (esto es, aquellos que no tienen tasados los motivos de impug-

---

más estrechamente ligada al Derecho y a los planteamientos estrictamente jurídicos que cuando desarrolla una actividad de gestión–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 518.

1161 Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González señalan que –la vía de recurso tiene por finalidad la revisión de la legalidad de los actos administrativos–. –Pero no debe olvidarse que cuando la Administración resuelve un recurso dispone, paralelamente a los específicos poderes jurisdiccionales que a tal efecto le son concedidos, de sus facultades usuales de oficio, entre las que, obviamente, se encuentra la de revocar por inoportunos sus propios actos. Ocurre entonces que la Administración puede decretar una tal revocación por razones de oportunidad con motivo del recurso, pero no como su consecuencia obligada. La situación del recurrente cambia entonces radicalmente, ya que su pretensión va a ser examinada discrecionalmente, y sobre una materia de suyo discrecional. Por otro lado, supuesto que la Administración decida aceptar la pretensión del recurrente (por razones de oportunidad) se encuentra también sujeta por ciertos límites; así, si del acto surgieron derechos a favor de tercero la revocación será imposible a no ser que la inoportunidad se sumen motivos de ilegalidad–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 71.

1162 Como señala Martín Mateo, los –recursos deberán basarse, con carácter general, en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad (...). No se trata, pues, de solicitar decisiones graciables, sino de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en las leyes. Por ello se diferencia netamente del ejercicio del denominado derecho de petición–. Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 311.

nación) y extraordinarios (esto es, aquellos en los que sólo se pueden alegar determinados vicios fijados por el ordenamiento jurídico).[1163]

No obstante, el recurrente no podrá basar la impugnación en aquellos vicios o defectos que el mismo haya causado.[1164]

2. Fundamento de los recursos administrativos

El recurso administrativo es una institución con la que se persigue una triple finalidad. En primer lugar, es una garantía para la defensa de los derechos de los ciudadanos, en cuanto va a permitir a éstos reaccionar contra aquellos actos administrativos con los que estén disconformes. En segundo lugar, son un mecanismo de control de la actividad de la Administración, pues a través de ellos se opera una revisión de la legalidad de la misma. Por último, en tercer lugar, operan como un privilegio procesal de la Administración, pues van a permitir que ésta, antes de verse demandada, cuente con una posibilidad de reconsiderar sus actuaciones.[1165]

Esto otorga al recurso una doble naturaleza: es al mismo tiempo un mecanismo garantizador de los derechos de los administrados y del cumplimiento de la legalidad y de privilegio de la Administración.[1166]

La cuestión es, entonces, en que medida dan respuesta a esa funcionalidad de forma adecuada. Antes de responder esta cuestión debe aclararse que una respuesta correcta a estas finalidades requiere un servicio equilibrado a esos tres objetivos. Su papel como garantía de los derechos del administrado y vía para el control de la legalidad de la Administración no debe entrar en conflicto con su carácter de privilegio de la Administración.

Si se dota a los Poderes Públicos de esta peculiar situación procesal es exclusivamente para facilitar su servicio a los intereses públicos, no para que abuse de ésta en perjuicio de los administrados, imponiendo una política de hechos consumados que triunfe sobre la legalidad, ante el cansancio que indudablemente genera en el administrado la dificultad de litigar con la Administración.

Eso es, sin embargo, desgraciadamente lo que ha venido ocurriendo en la práctica, mediante la combinación de dos elementos patológicos del sistema de recursos administrativos.

1163 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 810, p. 224.

1164 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 421. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 810, p. 222

1165 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 628. Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, pp. 5-6.

1166 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 515. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 696.

Por un lado, la falta de imparcialidad del juzgador, que bien sea el propio órgano que dictó la resolución, o bien su superior jerárquico, es en mayor o menor medida responsable de la misma. Juez y parte, en definitiva,[1167] que tiende más a defender con terquedad sus posiciones, que a indagar si se ha llevado a cabo una aplicación correcta y adecuada del ordenamiento jurídico.[1168]

Por otro lado, la configuración del recurso administrativo como un requisito previo para acudir a la vía judicial, ha convertido casi siempre a éste en un arma al servicio de la Administración para doblegar la disconformidad del administrado respecto a sus actos, mediante el retardo en el acceso a la tutela judicial.[1169]

No menos problemas de funcionamiento encuentra a la hora de actuar como mecanismo de autocontrol interno de la Administración, y por motivos

---

1167 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, –los recursos administrativos se interponen ante y se resuelven por la propia Administración, que reúne por ello en este caso la doble condición de juez y parte–. –Nemo iudex in causa sua. Nadie puede ser juez en sus propios asuntos, o dicho de otro modo, a nadie puede reconocerse la condición de verdadero juez cuando decide sobre su propia causa. Es cierto que la resolución de sus recursos administrativos se realiza a través de unos trámites y de unas formas con figura de juicio, es cierto, también que, en ocasiones, la semejanza externa entre el procedimiento de ciertos recursos administrativos y el proceso es muy notable (...); es cierto, en fin, que cada vez es más acusada la "procesalización" de la normativa aplicable a los recursos administrativos; pero por mucha que sea la semejanza externa de los procedimientos, siempre faltará un elemento decisivo a la hora de definir y configurar una jurisdicción verdadera y propia: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 517. En la misma línea, señala Santamaría Pastor que –la utilidad de los recursos para los ciudadanos es muy escasa, dado el mínimo porcentaje de los mismos que terminan dando satisfacción a sus pretensiones: no se trata sólo del hecho de que, en ellos, la Administración ostente simultáneamente la condición de juez y parte, por lo común, el estudio y la preparación de la resolución de los recursos se encuentra confiado a órganos y funcionarios carentes de autonomía funcional alguna, estrechamente dependientes de las autoridades cuyos actos se fiscalizan, lo que lleva, de modo inevitable, a la desestimación de la inmensa mayoría de las impugnaciones–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 601.

1168 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 632.

1169 Apunta Santamaría Pastor que –la necesidad de interponer previamente un recurso administrativo supone para el particular una demora en la posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual no sólo entraña un retardo de la posibilidad de ver satisfechas sus pretensiones, sino, lo que es más grave, la apertura de un período de tiempo durante el cual la Administración puede poner en ejecución el acto impugnado, creando un estado de cosas que haga inútil, de hecho, el ulterior recurso (lo que se posibilita si se tiene en cuenta que, por regla general, el recurso no suspende dicha ejecución)–. Ibídem, Pág. 601.

similares, pues la falta de independencia del juzgador es también aquí decisiva, en cuanto difícilmente se puede sentir controlado quien no tiene miedo a que su actuación se vaya a ver rectificada.[1170]

Aunque no han faltado tampoco voces en su defensa,[1171] la combinación de estos factores ha determinado una auténtica crisis del recurso administrativo, en el que apenas puede percibirse su carácter garantizador y de control de la legalidad, para convertirse en un privilegio procedimental, cuyo único efecto es en la mayor parte de los casos dificultar el acceso a la verdadera tutela judicial, que es la que ofrecen los tribunales de lo contencioso-administrativo.[1172]

La doctrina demanda, por ello, la configuración de los recursos, salvo en casos excepcionales en los que esté debidamente justificado, como instrumen-

1170 Señala al respecto Santamaría Pastor que –un sistema de este tipo se encuentra justificado en la medida en que sea ejercido por órganos independientes, que actúen de manera eficaz y sistemática, de forma que los autores de los actos impugnados se sientan realmente controlados en su cumplimiento de la legalidad–; –sin embargo, (...) los órganos que resuelven efectivamente los recursos no gozan de independencia real, lo que lleva a que las resoluciones normalmente confirmen los actos impugnados; y, por lo demás, la extrema abundancia de recursos que se plantean, muy superior a los medios humanos de que la Administración dispone para resolverlos, hace que un importante porcentaje de recursos no se resuelvan expresamente, con lo que su fin institucional de autocontrol queda totalmente obviado–. Ibídem, Págs. 601-602.

1171 Así, Arozamena Laso considera que –esta situación no debe llevar a una consideración de la vía administrativa de los recursos como una simple limitación o restricción del acceso a los tribunales ni, mucho menos, a proponer su desaparición. Se trata de una garantía limitada quizás pero que sobre todo en determinados ámbitos, y a falta de estudios rigurosos en este campo, no deja de ofrecer supuestos de respuestas favorables –e indudablemente más rápidas y menos complicadas y costosas que las jurisdiccionales- a las pretensiones de los administrados. Creo que hoy no es acertado ni exacto atribuir a la Administración, en sus distintas vertientes, una cerrazón absoluta a resolver los recursos administrativos y que las respuestas total o al menos parcialmente estimatorias de los recursos administrativos no son extrañas, inencontrables y, en cualquier caso, al resolver los recursos –otra cosa son los supuestos en que la Administración ni siquiera resuelve- la hace facilitando al administrado justificación del acto y, en su caso, al órgano judicial que haya de conocer el posterior recurso contencioso-administrativo, una argumentación jurídica más allá de la pura presunción de legalidad de la actuación administrativa y también algo más explícita que el simple acto administrativo–. Arozamena Laso, –Recursos administrativos–, en Pendás García (Coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis, 1993, p. 710.

1172 Señala De Asís Roig que el recurso administrativo aparece –más como un mero retraso de la verdadera tutela jurídica, que es la judicial, que refuerza de forma injustificada la posición de privilegio de la Administración–. 1173 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 633.

tos de carácter estrictamente facultativo, que dejen al criterio del administrado la decisión de decidir si emprende un recurso administrativo, o si prescindiendo de éste, acude directamente a la Jurisdicción contenciosa en tutela de sus derechos.[1173]

Si bien no falta también quien se muestra contrario a esta solución, alegando que el recurso administrativo también cumple otras funciones relevantes, distintas a la garantía de los derechos del interesado, de las que no se puede prescindir sin más (control interno, descarga de la jurisdicción contenciosa...).[1174]

Solución que, como vamos a comprobar casi inmediatamente, no se ha seguido en Nicaragua, cuyo Derecho positivo sigue empantanado en la vieja

---

1173 En tal sentido, García De Enterría y Fernández Rodríguez que consideran que la –utilización de la vía administrativa de recurso debería ser opcional para los afectados por el acto administrativo (...) a los cuales correspondería valorar en exclusiva la conveniencia o no de agotar las posibilidades de arreglo de sus diferencias antes de acudir a la vía, indudablemente más costosa, del proceso. Nuestra opinión fue siempre netamente favorable a la eliminación del carácter de carga que los recursos administrativos tenían (...), de forma que su configuración respondiera exclusivamente a la idea de garantía, susceptible de ser utilizada a voluntad por los interesados, a los que debería dejarse resueltamente expedito el acceso a los Tribunales en el caso de que estuvieran dispuestos a impetrar directamente esta garantía, única objetiva, sin privarles tampoco de apurar las posibilidades de obtener una solución de la propia Administración recurriendo primero ante ésta, si estimaban esta alternativa más conveniente a sus intereses–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 520. También González Navarro, que destaca que – "la necesaria revisión en vía administrativa" se ha convertido en una trampa para el interesado y en un medio de retrasar su acceso a esa "justicia judicial plenaria" a la que tiene derecho y que resume la esencia del Estado de derecho–. –Y, como esto no es bueno de ninguna manera, porque comportamientos de esta jaez hacen perder la fe en el Estado de derecho, somos muchos los que pensamos que hay que abreviar al máximo la vía administrativa, para lo cual el recurso administrativo debería ser configurado siempre como un remedio puramente potestativo–. González Navarro, Op. Cit., nota 448, p. 1181, nota 1. González Pérez considera que la –configuración del recurso administrativo como presupuesto procesal carece de sentido. Bien está que se admita la posibilidad de acudir al recurso administrativo cuando exista alguna esperanza de que, a través de él, las Administraciones públicas abandonen su terquedad tradicional; pero no.

1174 En tal sentido Sánchez Morón, que se muestra contrario a convertir en todo caso los recursos administrativos en facultativos, –pues, aparte de su función de garantía, pueden jugar un papel en el control interno de la Administración o de unas Administraciones sobre otras (en el caso de las llamadas alzadas impropias) sin contar con los beneficios indirectos que pueden reportar al buen funcionamiento de la garantía jurisdiccional, en cuanto que contribuyan a reducir la saturación de procesos en esta sede–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 1029, p. 323.

tradición del carácter obligatorio del recurso, como requisito previo para acceder a la vía judicial.

En cualquier caso, el recurso administrativo es una figura esencial para un correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico-administrativo, pues goza de algunas ventajas que le hacen en ocasiones una vía más adecuada que la judicial para la tutela de los derechos de los administrados y el control de la legalidad de la Administración.

En primer lugar, permite una mayor especialización y preparación técnica en la materia de que se trate por parte del órgano encargado de enjuiciar el acto, en cuanto garantiza que la persona que resuelve es un funcionario de la entidad administrativa encargada de la tramitación de esos asuntos, y por tanto, especializado en ella; mientras que el que el Juez, carente de conocimientos específicos sobre la materia, sólo contará con esos conocimientos indirectamente, mediante el nombramiento de peritos.[1175]

En segundo lugar, constituye una vía más rápida y flexible para la resolución de conflictos jurídicos que la judicial, que implica una tramitación más solemne y compleja, con el consiguiente gasto que eso implica en tiempo y dinero.[1176]

Por último, en tercer lugar, es una vía esencialmente gratuita, en la que no se necesita de asistencia letrada, frente a la onerosidad de la siempre más costosa vía judicial. Eso lo hace mucho más adecuado para la tutela de muchas pretensiones, e imprescindible en otras, como las cuestiones de menor cuantía, que difícilmente van a plantearse en vía judicial dado los costes que ocasiona.[1177]

Esta importante funcionalidad que deben cumplir los recursos administrativos demanda su rehabilitación, para lo que es preciso remover los obstáculos que impiden su efectividad.[1178]

En tal sentido, junto a la remoción de su carácter obligatorio, para transformarlo en un mecanismo de carácter potestativo, se impone, en nuestra opinión, especialmente una necesidad, la de reforzar la independencia del órgano encargado de resolverlo, a fin de lograr que actúe como un mecanismo verda-

1175 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 630. Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, pp. 5-6.

1176 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 630. Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, p. 5

1177 Como señala De Asís Roig, ello –hace del recurso administrativo un elemento a veces interesante, otras veces imprescindible – como es el caso de resoluciones de escasa cuantía-, para que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos sin el riesgo y los costes económicos que tiene la impugnación jurisdiccional–. De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 630. En la misma línea, Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, p. 5.

1178 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 634.

deramente eficaz de control y no como un trámite formal inútil, como es en gran parte en la actualidad.[1179]

3. Suspensión

La interposición de los recursos administrativos no suspende la ejecución del acto, pero la autoridad que conoce del recurso podrá acordarla de oficio o a petición de parte, cuando la misma pudiera causar perjuicios irreparables al recurrente (art. 42 LPE).

Esta breve y restrictiva referencia a la suspensión, que deja además un margen excesivo al juzgador,[1180] es la única regulación que se establece en el ámbito de los recursos administrativos en orden a la posibilidad de adoptar medidas cautelares. Dicha medida debe ser interpretada de forma amplia, con base en el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que vimos en su momento.

4. Clases de recursos administrativos

Existen dos tipos de recursos administrativos: Recurso de Revisión en Vía Administrativa y Recurso de Apelación en Vía Administrativa.

Recurso de Revisión en Vía Administrativa es, según establece el art. 2. 15 LJ, –el reclamo que se interpone ante el propio órgano que hubiere dictado el acto administrativo para que lo revise y resuelva él mismo–.

Nótese que se trate de un tipo de recurso que va a resolver el mismo órgano que dictó la resolución que impugnamos. Eso va a hacer difícil, como es fácilmente deducible, su apreciación, pues supone volver a presentar a una misma persona la misma cuestión que antes resolvió de forma negativa. No obstante, sirve como una vía que permite reconsiderar sus decisiones al órgano que las dictó, lo que puede resultar especialmente útil en los casos en que no tuvo presente determinados datos o cometió un error de apreciación del que puede apercibirse al enjuiciar el recurso.

Se puede encontrar ejemplos de recurso de revisión en el art. 40 LM.

Al recurso de revisión se deben asimilar los supuestos en los que la legislación específica contempla recursos que deben ser interpuestos y resueltos

---

1179 En la misma línea Santamaría Pastor, que solicita –un reforzamiento de la eficacia e independencia de criterio de los órganos encargados de su resolución, que los haría efectivamente útiles tanto para los ciudadanos como para la Administración–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 602.

1180 En tal sentido, Arrien Somarriba critica –la alta discreción que se le otorga al órgano responsable para apreciar el perjuicio irreparable que podría sufrir el recurrente, es decir que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado que se agrava al ser el mismo funcionario que emitió el acto administrativo el facultado para suspenderlo–. Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, p. 37.

ante el mismo órgano que dictó la resolución, aunque se les de otra denominación. Así, el art. 126 LCAM habla de recurso de reposición.[1181]

Recurso de Apelación en Vía Administrativa es –el reclamo que se interpone en contra del acto administrativo ante el órgano que lo dicto, con el objeto de que la impugnación sea resuelto por la autoridad superior de dicho órgano– (art. 2. 16 LJ).

En este caso, aunque el recurso lo interponemos ante el mismo órgano que nos dictó el acto, no lo resuelve éste, sino su superior.[1182] Esto da en principio mayores posibilidades de apreciación, pues es un órgano diferente al que dictó la resolución. Si bien, no debe olvidarse que no deja de ser su superior y, por tanto, un órgano vinculado al que dictó la resolución, por lo que tampoco suele ser muy frecuente la apreciación de este tipo de recursos.

No existe disposición alguna que limite las causas de impugnación, por lo que debemos entender que ambos recursos (Recurso de Revisión en Vía Administrativa y Recurso de Apelación en Vía Administrativa) son recursos ordinarios, en los que podrá hacerse valer cualquier causa con fuerza invalidante, bien sea determinante de la nulidad de pleno Derecho o de la anulabilidad.

Podemos encontrar ejemplos de recursos de apelación en el art. 64 LSC y en el art. 40 LM.

5. Procedimiento

Faltando en su mayor parte la regulación del procedimiento administrativo en vía de recurso, apenas si podemos hacer un breve esbozo, basándonos en las pocas referencias legales existentes y en criterios de lógica jurídica, que nos permiten fijar un conjunto de trámites que deben o pueden tener cabida a lo largo del mismo.

En sustancia, se aplicarán las reglas generales de tramitación que hemos visto al estudiar el procedimiento administrativo en general, pues, en último

1181 Establece el art. 127 LCAM que la –resolución íntegra y su notificación deberán prevenir a la persona notificada que en caso de no estar de acuerdo con la resolución, tendrá el término de diez días calendario, después de notificarlo, para interponer el recurso de reposición ante la misma Comisión–.

1182 Así, por ejemplo, contra las resoluciones dictadas por la Comisión Disciplinaria prevista en el art. 48 LSC, cabe Recurso de Apelación ante el Comité de Conciliación institucional (art. 52 LSC).

término, un recurso administrativo no es otra cosa que un determinado tipo de procedimiento administrativo.[1183]

A. Iniciación

El recurso de Revisión en Vía Administrativa deberá interponerse en el término de quince días hábiles a partir del siguiente al de la notificación del acto (art. 39 LPE), mediante un escrito en el que se deberá expresar el nombre y domicilio del recurrente, el acto contra el que se recurre, los motivos de la impugnación y el lugar para notificaciones (art. 40 LPE). Junto con dicho escrito es conveniente adjuntar una copia para el recibido que acredite su interposición.[1184]

El Recurso de Apelación en Vía Administrativa se interpondrá en un término de seis días desde la notificación del acto ante el órgano que lo dictó, que lo deberá de remitir junto con su informe al superior jerárquico en un término de diez días (art. 44 LPE).

No establece la LPE los requisitos que debe cumplir el escrito de interposición, por lo que parece que será aplicable a este recurso lo que el art. 39 LPE dispone para el Recurso de Apelación, lo que incluye la conveniencia, como ya apuntamos para este recurso, de aportar una copia para el recibido.

Algunas normativas específicas establecen plazos diferentes. Así, en lo que se refiere al recurso de revisión, el art. 40 LM establece que el recurso de revisión contra los actos del Alcalde se deberá interponer en el plazo de cinco días hábiles más el cómputo de la distancia.

También se establecen, en ocasiones plazos específicos para algunos recursos de apelación. Así, el art. 64 LSC establece para el recurso de apelación en él regulado un término de tres días hábiles. El art. 40 LM establece que el plazo para interponer recurso de apelación contra los actos del alcalde ante el Concejo Municipal será de cinco días hábiles más el cómputo de la distancia.

Parece que debe entenderse que prevalecen estos plazos respecto a los generales recogidos en la LJ, en cuanto constituyen norma especial que no queda derogada por la norma general. Se trata, no obstante, de otro efecto nocivo derivado de la falta de una norma general de procedimiento administrativo, que debería uniformar en los aspectos esenciales las normas reguladoras de

1183 Como señala Sánchez Morón, –los recursos administrativos son procedimientos administrativos de segundo grado o de tipo impugnatorio. Esta precisión es importante porque, al fin y al cabo procedimientos administrativos (y no cuasijurisdiccionales como se consideran en épocas ya lejanas), se les aplica supletoriamente el régimen general del procedimiento, a falta de preceptos específicos que regulen sus diferentes trámites–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 1029, p. 331.

1184 Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, p. 37.

los procedimientos administrativos, lo que comprende, sin duda, los plazos para la interposición de los recursos administrativos.

En cualquier caso, parece que de momento debemos entender que los plazos establecidos en la LJ deben considerarse como meramente subsidiarios y aplicables, por tanto, sólo en defecto de norma específica al respecto.

En cuanto al computo de dichos plazos, debe entenderse que comienza desde la notificación o publicación del acto, pues entender otra cosa sería gravemente lesivo para los derechos de los ciudadanos, que no podrán por motivos obvios interponer el recurso hasta que tengan noticia de la existencia del acto, mediante la oportuna notificación o publicación. Solución que ratifica el art. 40 LM, que se pronuncia en dicho sentido.

Estos plazos nos parecen excesivamente exiguos. Una parte de la doctrina crítica, además, la mayor amplitud que se otorga a la Administración para emitir su informe, que sitúa al administrado en una desventaja comparativa,[1185] que se ve agravada por el hecho de que la Administración pueda formular su informe a la vista del recurso del administrado, mientras que éste no podrá ver el expediente. Compartimos esta argumentación y, como el autor que la formula, entendemos que dicha solución debería resolverse mediante la articulación de un trámite de audiencia que permita al administrado defenderse desde el conocimiento de lo alegado por la Administración en el informe.[1186]

Entendemos que debe considerarse, aunque la ley no lo diga, que junto al informe se deberá remitir al órgano encargado de resolver el expediente administrativo, pues en caso contrario no tendría más criterio para resolver que aquello que el administrado le indique en su recurso y lo que le indique el órgano que dictó el acto en el informe. Conclusión inaceptable, pues es al superior jerárquico al que le corresponde resolver el recurso, lo que requiere indefectiblemente un análisis propio y personal de los elementos en base a los

1185 Arrien Somarriba señala que –se otorga nuevamente un privilegio de la Administración Pública, ya que mientras el administrado sólo tiene seis días para recurrir, el órgano administrativo tiene diez días para rendir su Informe. Considero que se debería de ampliar el primer término y disminuir el segundo, debido a que el funcionario público ha podido acompañar el trabajo de elaboración del informe junto a la concreción de la resolución administrativa–. Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, p. 39.

1186 En tal sentido Arrien Somarriba, que destaca –la disparidad en la que se coloca al administrado respecto al órgano administrativo, ya que mientras el administrado interpone su recurso de apelación en base a la resolución administrativa del recurso de revisión, no lo hace en base al razonamiento, motivación o pretensiones jurídicas que podría tener el informe del órgano inferior. Y es que la ley 290 no hace ninguna referencia a una posible ampliación de recurso de apelación en base al informe del inferior. En este punto surge un interrogante: ¿Por qué no pensar en regular un tramite de audiencia de las partes dentro del procedimiento del recurso administrativo de apelación?–. Ibídem, p. 39.

que se va a tomar la resolución, que sólo puede tomarse mediante la consulta directa del expediente.

B. Legitimación

No presenta particularidades, debiéndose aplicar las reglas generales y entender que la tienen los titulares de derechos subjetivos y de intereses legítimos que se vean afectados por la resolución que se va a dictar en el mismo.

Únicamente debe precisarse que no es preciso haber sido interesado en el procedimiento administrativo en que se dictó el acto impugnado para tener esa legitimación, basta con el simple hecho de ser titular de derechos subjetivos o intereses legítimos afectados, con independencia de la actitud que se tuviera respecto a ese procedimiento administrativo previo.[1187]

Si se conoce la existencia de terceros interesados distintos del recurrente, deberán ser avisados de la interposición del recurso, dándoles la oportunidad de personarse en el mismo para defender su posición.[1188]

C. Instrucción

Debe notarse que el recurso trae causa de un procedimiento administrativo previo, en el que se dictó el acto que se impugna, lo que determina que la actividad de instrucción sea normalmente bastante reducida, pues se operará sobre la base de los datos existentes en el procedimiento administrativo.[1189] Esto no impide, no obstante, que el órgano judicial pueda ordenar la realización de cuantos trámites considere precisos para la debida resolución del pleito, así como aquellos que, siendo adecuados y pertinentes, le soliciten las partes.

Debería considerarse obligatorio la realización de un trámite de audiencia al interesado, que se realizase justo antes de que se dicte la propuesta de resolución, a fin de que el interesado pueda revisar el expediente administrativo y formular las alegaciones y presentar las justificaciones que considere pertinentes en su defensa.

D. Plazo máximo para resolver

El plazo máximo para resolver el recurso de Revisión en Vía Administrativa es de veinte días, a partir de la interposición del mismo (art. 42 LPE). Trascurrido ese plazo máximo se producirán los efectos del silencio administrativo, que no

1187 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 2290.

1188 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 604.

1189 Como señala González Pérez, en –el procedimiento de recurso la actividad de instrucción suele ser mínima. Presuponiendo un acto que se impugna, que ha sido dictado en un procedimiento en el que, a su vez, ha existido una instrucción, en el que se han aportado los datos necesarios para la decisión, al revisarse el acto se operará sobre los datos del expediente en que se dictó–. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, pp. 2324-2325.

existiendo regulación específica, debemos considerar positivo.[1190] A favor de esta solución se pronuncia en el ámbito local el art. 40 LM.[1191]

El recurso de apelación se resolverá en un término de treinta días, a partir de su interposición, agotándose así la vía administrativa (art. 45 LPE). También en este caso parece que debemos entender que el transcurso de dicho plazo sin resolución producirá, a falta de señalamiento expreso en otro sentido, silencio positivo, por aplicación de la regla general del art. 2. 19 LJ. Así, lo ratifica en el Derecho local, el art. 40 LM.

Debe tenerse en cuenta que la normativa específica establece en muchas ocasiones plazos diferentes, que parece debemos considerar, como ya vimos que ocurría con los plazos de interposición, como normas especiales, no afectadas por la norma general, que queda así como una norma subsidiaria aplicable sólo a falta de disposición específica. Debemos reiterar, no obstante, una vez más la necesidad de una normativa unificadora, que acabe con esta perniciosa diversidad, que convierte el ordenamiento jurídico de Nicaragua en un auténtico caos.

Se puede citar como ejemplo, en lo que se refiere al recurso de revisión, el art. 40 LM, que establece un plazo máximo de treinta días para los recursos de revisión contra actos del alcalde y de cuarenta y cinco días cuando vaya dirigido contra actos del Consejo Municipal.

En conjunto, la regulación del plazo máximo para resolver nos parece totalmente inaceptable. Nótese que a diferencia de lo que ocurre con el Recurso de Revisión, en el de Apelación la resolución del asunto corresponde al órgano superior que, en buena lógica, desconoce los pormenores del asunto, de los que no tendrá noticia hasta que no reciba el expediente del procedimiento administrativo y el informe del órgano que dictó el acto.

El reducido plazo de treinta días, que pueden verse minorados hasta en diez días (que es el tiempo que tiene el órgano que dictó el acto para remitir el informe), puede dejar el plazo máximo de resolución en veinte días, aun suponiendo, que es mucho suponer, que se cumplan los plazos de remisión del informe. Un tiempo claramente insuficiente para estudiar el asunto con la mínima atención, pero que no será más que probablemente superado para evitar que se produzcan los efectos del silencio positivo, por lo que todo parece indicar que el resultado final va a ser la mecánica aceptación de las indicaciones que el órgano inferior realice en el informe, normalmente de carácter denegatorio.

1190 Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 370, p. 38.

1191 Concretamente establece que los –recursos interpuestos y no resueltos en los términos establecidos (...) se entenderán resueltos a favor de los recurrentes–.

Parece que el legislador nicaragüense parte de la presunción de que va a ocurrir lo que normalmente suele ocurrir en la práctica, esto es, que el superior jerárquico se limite a santificar en su resolución lo que le indique el inferior jerárquico, sin entrar a analizar el asunto, pero esto deja sin sentido este recurso, que pierde todo su valor como garantía del administrado y queda convertido en un burdo obstáculo procesal que retarda la tutela judicial.

E. Terminación

Lo normal es que el recurso termine mediante resolución que de respuesta a lo planteado por las partes, resolviendo sobre el fondo del asunto. Sin embargo, puede también que existan obstáculos que lo impidan, obligando a que termine mediante una resolución que declare la inadmisibilidad del recurso.[1192]

Rige respecto a la resolución de recurso la prohibición de reformatio in peius, esto es, no cabe agravar la situación inicial del recurrente.[1193]

Si bien, obviamente, esto no impide la impugnación de otros sujetos interesados, que pueden solicitar del órgano revisor que dicte una resolución que empeore la situación inicial del otro interesado. En tal caso, no estamos ante una reformatio in peius, obviamente, pues el órgano administrativo debe dar tutela a la impugnación de todas los intervenientes en el recurso, resolviendo sobre todas las cuestiones planteadas por éstos.

El fundamento de esta prohibición de reformatio in peius debe buscarse en que el recurso administrativo es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. El administrado de un Estado democrático de Derecho tiene la facultad de discrepar con la forma en la que la Administración hace ejercicio de las funciones, lo que permite accionar contra aquellos actos que le perjudiquen, persiguiendo la tutela de sus posiciones jurídicas.

Este planteamiento resultaría ilusorio si la Administración contase con la capacidad de empeorar la posición del interesado ante la disconformidad de éste manifestada en la interposición de un recurso. La resolución que resuelva el recurso no puede, por ello, agravar la posición inicial del interesado, pues

1192 Como señala González Pérez, la –interposición de cualquier recurso administrativo da lugar al nacimiento de un deber por parte del órgano al que se dirige: dictar resolución expresa. Ahora bien, para que la Administración, al resolver un recurso, examine la cuestión de fondo que en él se plantea, es necesario que concurran una serie de circunstancias, no será admisible el recurso; pero no en el sentido de que pueda ser rechazado a limine por el órgano ante el que se presente, sino en el sentido de que la resolución declarará la inadmisibilidad, sin entrar en el fondo–. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 2289.

1193 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 1029, p. 338.

esto daría a la Administración un arma feroz para compeler al ciudadano a acatar sus resoluciones sin rechistar, a fin de evitar un mal mayor.[1194]

La resolución del recurso deberá ser congruente con las pretensiones planteadas por las partes, lo que implica que se deberá pronunciar sobre ellas. Si bien, como vimos que ocurría con carácter general en los procedimientos administrativos, se deberán solventar también las demás cuestiones que se deriven del expediente, aunque no hayan sido planteadas por las partes.[1195]

Lo que no puede hacer en ningún caso la resolución es extenderse a cuestiones nuevas, que no constasen en el expediente, ni siquiera aunque hayan sido introducidas extemporáneamente por las partes en el recurso.[1196]

1194 Como señala González Navarro, pertrechados –con las solas armas del sentido común parece fácil concluir que la reformatio in pejus no puede admitirse. Porque es contra toda lógica que la utilización de una garantía jurídica, como es la del recurso administrativo pueda reportar al interesado, no ya la revisión favorable del acto, ni siquiera, el simple rechazo de la pretensión, sino un agravamiento de la situación alcanzada en primera instancia administrativa. Desde luego nadie puede creer que un comportamiento administrativo de este tipo pueda contribuir a despertar la confianza del administrado en los poderes públicos–. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1200.

1195 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 423.

1196 Sánchez Morón, Op. Cit., nota 1029, p. 338. Como indican Villar Palasí y Villar Ezcurra, en el recurso administrativo no es que –se destruya el principio de la congruencia, extendiendo la facultad resolutiva "ultra petita" al margen de las pretensiones de los interesados, sino que ha de ser entendido como norma que autoriza a agotar la temática expresa e implícita en ellas radicada. Por ello, solo ha de aplicarse a cuestiones que, teniendo su base en el expediente, sean consecutivas, interdependientes o complementarias, pues con otra interpretación quedaría desnaturalizado el recurso–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 234-235.

CAPÍTULO DÉCIMO
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN NICARAGUA

En Nicaragua la primera Ley de Contrataciones Administrativas del Estado se aprobó en el año de 1981, y es reglamentada hasta el año 1991. Dichas normas respondían a una época histórica con un Estado gigante de carácter centralista, que además por la situación de guerra y bloqueo económico en que se encontraba, se veía obligado a realizar las compras estatales de una forma directa tanto a proveedores nacionales y en muchos casos incluso a proveedores extranjeros.

A mediados de la década de los noventas comienza un proceso de reducción del Estado y descentralización administrativa, acompañado por los grandes cambios económicos propios del proceso de globalización y en especial del Consenso de Washington. Este último, no es más que el documento base, elaborado en 1989 por economistas de alto nivel del Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y otras instituciones dedicadas a temas de economía internacional con sede en Washington, Estados Unidos. Estos organismos multilaterales impusieron condiciones entre otros a países de América Latina para que pudieran acceder a los fondos bilaterales provenientes de estas instituciones. Entre otras condiciones, se destacaban ciertas imposiciones de disciplina fiscal, reducción y modernización del Estado, liberalización del comercio internacional, liberalización de la entrada de inversiones extranjeras, derechos de propiedad, desregulación, prácticas anti- corrupción, etc.

Como resultado de los factores anteriores se produce una gran actividad adquisitiva de la Administración Pública, que junto a la aprobación de varias leyes administrativas y en la coyuntura de la reforma constitucional de 1995, además de cierta presión de los organismos internacionales, originan la aprobación y publicación de una nueva Ley de Contratos del Estado, ley 323.[1197]

1197 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, no. 001 y 002 del 3 y 4 de enero del 2000.

Esta ley en enero del año 2000 es reglamentada[1198] y reformada en dos ocasiones.[1199] Adicionalmente, se cuenta en Nicaragua con una ley en materia de contrataciones municipales ley 622,[1200] con su respectivo reglamento.[1201]

El 8 de noviembre del 2010, es aprobada[1202] la nueva Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (737) y su reglamento (decreto 75-2010) Entro en vigor, el 8 de febrero del 2011.

I. La figura del contrato administrativo

Junto a la actividad administrativa unilateral, se manifiesta también una actividad administrativa bilateral, de la que destaca notoriamente la contratación administrativa.[1203]

Acción pública inevitable en la práctica, dado que es frecuente que la Administración no pueda cubrir sus necesidades de bienes, servicios o personal de todo tipo a través de su propia organización, viéndose obligada, en consecuencia, a contratar en el mercado dichos medios.[1204]

El contrato administrativo está dotado además de singular importancia en las sociedades modernas, tanto en el ámbito económico como jurídico, dado el importante volumen de negocio que se mueve a través del mismo, que ha llevado aparejada en la mayor parte de los casos de un no menor grado de corrupción.

1198 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial no. 46 del 6 de marzo del 2000.

1199 La primera reforma se da con la Ley 349, publicada en La Gaceta, Diario Oficial no. 109 del 9 de junio del 2000. La segunda reforma se da a través de la Ley 427, publicada en La Gaceta, Diario Oficial no. 110 del 13 de junio del 2002.

1200 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, no. 07 del 10 de enero del 2008.

1201 Decreto no. 109 – 2007, Reglamento de la Ley de Contrataciones Municipales, publicado en La Gaceta, Diario Oficial no. 7, del 10 de enero del 2008.

1202 La gaceta Numero 213-214. 2010

1203 Nevado-Batalla Moreno, P. T.: Notas sobre Derecho Administrativo II. Ratio Legis. Salamanca, 2002. Pág. 123.

1204 Como señala M. A. González Iglesias, –es bastante frecuente que las Administraciones Públicas no encuentren en su ámbito los bienes, servicios y organizaciones indispensables para la realización o ejecución de sus objetivos. Ello obliga a aquéllas a acudir al mercado para adquirirlos como un consumidor más y ofrecer, por tales bienes y servicios un precio, tal y como exigen los principios rectores de la economía de mercado y el respeto a las libertades y derechos individuales. Así pues, puede decirse que la figura del contrato administrativo es consecuencia de la necesidad que tienen las Administraciones Públicas de adquirir en el mercado bienes y servicios para poder así cumplir con sus fines específicos–. El contrato administrativo de consultoría y asistencia. Marcial Pons, 2002. Pág. 26.

Desde el punto de vista teórico se ha discutido profusamente, aunque hay quien considera se trata de una discusión puntillosa e irresoluble, carente de sentido y de una solución única,[1205] si la naturaleza del contrato administrativo es común a la del sujeto privado.

Habiéndose tomado partido en la actualidad, de manera manifiesta, por la consideración de que el contrato administrativo no es una figura autónoma y diferente del contrato civil, pues no pasa de ser un contrato tal y como se lo entendería en el Derecho civil, sujeto a algunas modulaciones específicas.

Se trata, por tanto, de una simple modalidad contractual caracterizada por ser realizado por la Administración para el ejercicio de sus competencias en cumplimiento de sus fines de interés público.

II. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la LCSP viene delimitado por una cláusula general, que es, posteriormente, objeto de precisión detallada en preceptos posteriores.

Con carácter general la ley se aplicara a la –`preparación, adjudicación, ejecución y extinción de las contrataciones administrativas, celebradas por los organismos y entidades que forman parte del Sector Público.– (art. 1 LCSP).

De dicho precepto se puede deducir un ámbito de aplicación subjetiva y un ámbito objetivo. El ámbito subjetivo sería los organismos o entidades del Sector Público. Noción que se concreta de forma minuciosa en el art. 3 LCSP, que enumera que sujetos quedan comprendidos dentro de esa noción de la siguiente forma:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo en este a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, Ministerios de Estado y Órganos Desconcentrados.
2. Los otros Poderes del Estado, cuando realicen funciones administrativas.
3. Los Entes Autónomos creados por la Constitución Política de la República de Nicaragua, cuando realicen funciones administrativas.
4. Las entidades descentralizadas por funciones.

1205 En tal sentido Santamaría Pastor, que considera que –el problema carece de interés. En sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que abundan en la ciencia del Derecho, y que no admite una solución concluyente: la distinción entre "diferencia de naturaleza" y meras "modulaciones" es tan relativa como discutir si un vaso que contiene sólo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el Derecho positivo–. Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. nota 326, Pág. 196.

5. Los Consejos y Gobiernos de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur.
6. Las Empresas del Estado, salvo cuando estén en situación de competencia. En este último caso, estarán sujetos a la presente Ley los procesos de contratación vinculados únicamente a tareas propias de la actividad de administración de las mismas, comunes a cualquier organización. En cuanto a la contratación relativa al desarrollo de su objeto social o a las tareas conexas a la misma, esto es las que tengan relación de medio a fin con las actividades principales del objeto social, se contratarán de conformidad con el derecho privado, respetando en todo caso el principio de transparencia. Para el efecto, cada Empresa del Estado expedirá un manual de contratación que respete los lineamientos dictados por la Dirección General de Contrataciones del Estado, que en lo sucesivo de esta ley se denominará DGCE y que sea aprobado por esta, en el que consignen los procedimientos de selección que seguirá de conformidad con las necesidades que pretenda satisfacer y definan las actividades que se considerarán como conexas. Los respectivos Manuales aprobados se publicarán por la DGCE, y en relación con los mismos podrá ejercerse el control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la ley.
7. El Sector Público Financiero, entendiendo por tal, el Banco Central de Nicaragua y las Instituciones Financieras del Sector Público fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, en lo que hace únicamente a las tareas propias de la actividad de administración de las mismas. En cuanto a la contratación relativa al desarrollo de su objeto social o a las tareas conexas a la misma, esto es las que tengan relación de medio a fin con las actividades principales del objeto social, se contratarán de conformidad con las normas especiales aplicables a la actividad. En cuanto a lo no regulado mediante normas especiales, se aplicará en su contratación el derecho privado, respetando en todo caso el principio de transparencia. Para el efecto, cada entidad del Sector Público Financiero expedirá un manual de contratación que respete los lineamientos dictados por la DGCE y que sea aprobado por esta, en el que consigne los procedimientos de selección que seguirá de conformidad con las necesidades que pretenda satisfacer y definan las actividades que se considerarán como conexas. Los respectivos Manuales aprobados se publicarán por la DGCE, y en relación con los mismos podrá ejercerse el control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la ley.
8. Las Universidades Públicas.
9. Las Universidades privadas, en cuanto a la administración de fondos provenientes del Presupuesto General de la República.
10. Toda otra entidad que pertenezca al sector público de la República de Nicaragua, sin importar su denominación, así como toda institución en la que el Estado tenga participación mayoritaria.

El ámbito objetivo, por su parte, comprende —preparación, adjudicación, ejecución y extinción de las contrataciones administrativas, celebradas por los organismos y entidades que forman parte del Sector Público.– (art. 1 LCSP)..

Si bien, de él se deben excluir las materias contempladas en el art. 5 , LCSP que no están sujetos a la aplicación de esta ley.

En cuanto a las materias concretas excluidas, son un amplio y prolijo catálogo contenido en el art. 5 LCSP:

a) Los contratos internacionales celebrados por el Poder Ejecutivo que requieran aprobación de la Asamblea Nacional, en los términos del artículo 138, numeral 12 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

b) Las licencias o concesiones administrativas de cualquier tipo, las cuales se sujetan a lo establecido en sus leyes especiales.

c) Los contratos de empleo público, los cuales se sujetan a lo establecido en la Ley No. 476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 235 del 11 de diciembre de 2003 y demás leyes de la materia.

d) Las operaciones de intermediación bursátil y demás contratos regidos por la legislación bancaria.

e) La Contratación con Fondos Internacionales. Todo contrato, incluyendo las adquisiciones de bienes, servicios generales, servicios profesionales de consultoría y la ejecución de obras públicas, que se financie mediante donaciones internacionales o créditos de Estados Extranjeros y Organizaciones Internacionales o que se fundamenten en Tratados, Acuerdos o Convenios Internacionales, se regirá por lo que se estipule en los respectivos instrumentos. f) El organismo o entidad del sector público que contratare con sujeción al procedimiento anterior, tendrá la obligación exclusiva de velar por el cumplimiento de lo estipulado en tales instrumentos jurídicos internacionales y en la presente Ley, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos del contratista recogidos en tales instrumentos.

2. Las contrataciones en el extranjero realizadas por las instituciones que prestan el servicio exterior, dedicadas exclusivamente para uso de la misma.

3. Cuando se trate de servicios públicos prestados a usuarios indeterminados a cambio de una tarifa o tasa de aplicación general incluyendo el transporte.

4. Las contrataciones realizadas por el sector municipal y los gobiernos municipales.

5. Las Empresas del Estado, únicamente en lo relativo a su giro ordinario y a los contratos conexos, según lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

III. Principios de la contratación

La LCSP contiene una regulación expresa de los principios que van a informar la contratación administrativa, que concreta en ocho grandes reglas: Principio de Eficacia, Publicidad, Transparencia, Igualdad y libre concurrencia, Vigencia Tecnológica, de Control, Debido Proceso e Integridad.

El primero de estos principios, significa que los organismos y entidades del Sector Publico, deben de planificar, programar, organizar, desarrollar y supervisar las actividades de contratación administrativa que realicen, de modo que sus necesidades se satisfagan en el tiempo oportuno y en las mejores condiciones de costo y calidad. El segundo de estos principios, tiene por objetivo garantizar la transparencia de la actividad administrativa deberán dar a conocer los procedimientos de los procesos de contratación, así como permitir el acceso de la ciudadanía a la información relacionada a dichos procesos.

El de Transparencia, indica que toda contratación administrativa deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas de las ofertas, como se establece en la definición de "mejor oferta" contenida en el artículo 2 de la LCSP. El acceso a la información únicamente podrá ser restringido cuando la información solicitada pueda colocar a un oferente en posición de ventaja respecto de otros o cuando los documentos hayan sido definidos como confidenciales en los respectivos pliegos de bases y condiciones. Por referirse a información de los oferentes relacionada con desgloses de sus estados financieros, cartera de clientes o cualquier otro aspecto relacionado con sus procesos de producción, programas de cómputo, o similares que, dentro de condiciones normales de competencia, no deben ser del conocimiento de otras empresas.

El Principio de Igualdad y de Libre Concurrencia, significa que en los procedimientos de contratación administrativa se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores potenciales. Todo interesado que cumpla con los requisitos legales y reglamentarios, estará en posibilidad de participar en los procedimientos de contratación administrativa en condiciones de igualdad y sin sujeción a ninguna restricción no derivada de especificaciones técnicas y objetivas propias del objeto del concurso.

El Principio de Vigencia Tecnológica, indica que los bienes, servicios o ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son adquiridos o contratados, y por un determinado y razonable tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y actualizarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

El Principio de Control, significa que la actividad de contrataciones reguladas por la presente Ley, será fiscalizada por la Contraloría General de la República de conformidad con la Ley No. 681, "Ley Orgánica de la Contraloría

General de la República y del Sistema de Control de la Administración Pública y Fiscalización de los Bienes y Recursos del Estado.

Los últimos dos principios el Debido Proceso y de integridad, significa el primero, que todas las personas, naturales o jurídicas, que participen en el procedimiento de contratación administrativa, lo harán en igualdad de condiciones, dispondrán del tiempo y los medios necesarios para su defensa y podrán formular los recursos y peticiones que conforme la presente Ley se establezcan. Y el de Integridad es que los actos referidos a las contrataciones administrativas deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, justicia, imparcialidad y probidad.

IV. Requisitos previos para contratar

En principio, por exigencia del principio de igualdad, todo ciudadano tiene derecho a ser adjudicatario de un contrato administrativo. Esto no supone, obviamente el derecho a ser en todo caso contratista, sino la titularidad de un interés legítimo, que le permite concurrir en el procedimiento de licitación para competir por la adjudicación, sin que pueda ser discriminado en dicha pugna por criterio alguno distinto a la mayor ventaja que la oferta implique para el interés público que pretende satisfacer el contrato.

Sin embargo, esto no es obstáculo para que se fijen algunas limitaciones dirigidas a garantizar la capacidad y solvencia del contratista, que pueden determinar la exclusión de la licitación de aquellos que no los cumplan, sin demérito alguno del principio de igualdad.[1206]

Para ser proveedor de bienes o servicios o contratista de obras del Estado, cualquiera que sea la modalidad de contratación, es necesario tener capacidad para contratar, que otorga el cumplimiento de los requisitos recogidos en el art. 17 LCSP, esto es:

1. Tener capacidad para obligarse y contratar, conforme al derecho común.

2. No estar incurso en ninguna situación de prohibición o inhibición, en los términos de la presente Ley.

3. No encontrarse en convocatoria de acreedores, quiebra o liquidación.

4. No encontrarse en interdicción judicial.

5. Estar registrado en el registro de proveedores.

1206 Parada Vázquez, que señala que la –exigencia de una especial capacidad se justifica en la necesidad de evitar adjudicaciones sin porvenir en contratos de extraordinaria complejidad y cuantía cuya crisis o fracaso, y por los retrasos que puede llevar consigo recurrir a una nueva contratación, puede originar graves daños al interés público–. Parada Vásquez, Derecho Administrativo I, 11a. ed., Marcial Pons.nota 240, Págs. 283-288.

Sin embargo, de acuerdo al art. 17, cada entidad u órgano contratante podrá establecer requisitos adicionales y de carácter especial en los documentos bases, utilizados según el proceso de contratación, los que deben ser proporcionales al valor y complejidad del objeto a contratar. Dichos requisitos, sin embargo, deberán justificarse técnicamente en los estudios y documentos previos en función del tipo de contrato de que se trate y no podrán tener una intención discriminatoria orientada a vulnerar o violar el principio de igualdad y libre concurrencia en las contrataciones.

Ahora, quienes tienen la prohibición para ser oferentes o proveedores del estado, ni celebrar contratos con los organismos y entidades del Sector Público. De acuerdo al art. 18, son los siguientes:

a) Los funcionarios públicos, durante el ejercicio del cargo, elegidos directa o indirectamente, señalados en la Constitución Política de la República de Nicaragua y la Ley No. 476, "Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa".

b) Las personas jurídicas en cuyo capital social participen los funcionarios públicos.

c) Quienes hayan presentado oferta en el mismo proceso, o sean cónyuges o pareja en unión de hecho estable, o se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad o primero de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para un mismo proceso de selección.

d) Quienes sean socios o asociados de una persona jurídica que haya ofertado en el mismo proceso de selección.

e) Las sociedades en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios sea cónyuge o pareja en unión de hecho estable o tenga parentesco en primer grado de consanguinidad o primero de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.

f) Las personas naturales que hayan sido judicialmente declaradas responsables del delito de soborno internacional o de cualquier otro contra el patrimonio económico o la administración pública.

2. No podrán ser oferentes ni celebrar contratos con la respectiva entidad ni con sus dependencias:

   a) Los funcionarios a que se refiere el literal a) del numeral anterior, dentro del año siguiente a su retiro.

   b) El cónyuge, la pareja en unión de hecho estable y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los funcionarios públicos y de los servidores públicos cubiertos por las prohibiciones contempladas en la presente Ley.

   c) Los empleados públicos definidos como tales por la Ley No. 476, "Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa" que tengan injerencia en los procesos de contratación administrativa. Para efectos de esta Ley,

las personas naturales que brinden servicios profesionales de consultoría a un órgano o entidad del Sector Público, no serán tenidos como servidores públicos.

d) Las personas que hayan intervenido como asesores o participado en la elaboración de especificaciones, diseños, planos constructivos o presupuestos para la contratación.

3. Los proveedores que se encuentren registrados como sancionados en el módulo correspondiente del Registro de Información de conformidad con lo establecido en la presente Ley y durante el tiempo de vigencia de la misma. En el caso de las personas jurídicas esta prohibición se extiende a sus socios o asociados.

Corresponde a los organismos y entidades del Sector Público verificar el cumplimiento del régimen de prohibiciones. El Reglamento de la presente ley, establecerá el procedimiento para el levantamiento de la información y de la verificación, así como el que deba surtirse para la cesión del contrato o para su terminación en el evento en que se presente una inhabilidad sobreviniente.

V. Órganos de la contratación.

El órgano rector del sistema de Administración de Contrataciones del Sector Publico, para la Administración Central, autonómica por territorio o por funciones, es la Dirección General de Contrataciones del Estado.

Las funciones de esta dirección, se encuentran en el artículo 9, de LCSP, y comprende:

1. Proponer las modificaciones que considere necesarias al marco legal relativo a las contrataciones del Estado.
2. Desarrollar el alcance de la presente Ley y su Reglamento, mejorar el Sistema de Contrataciones Administrativas del Sector Público en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos, mediante la emisión de normas administrativas. Así como, proponer políticas públicas y evacuar las consultas en materia de su competencia.
3. Desarrollar, administrar y operar el Registro de Información del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público y mantener la información accesible al público en los términos de la presente Ley y su Reglamento.
4. Desarrollar, administrar y operar el Sistema de Contrataciones Administrativas Electrónicas (SISCAE).
5. Supervisar la aplicación de las normativas emitidas por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público en materia de las contrataciones administrativas del Sector Público, y poner en conocimiento a la máxima autoridad administrativa de la anormalidad encontrada para que adopte la medida que corresponda.

6. Imponer sanciones a los proveedores y contratistas que contravengan las disposiciones de esta Ley, su Reglamento y del contrato.
7. Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República los casos en que se observe en los funcionarios públicos, indicios de incompetencia, negligencia, corrupción detectados en el ejercicio de sus funciones.
8. Brindar asistencia técnica y capacitación a los organismos y entidades del Sector Público y sector privado en materia de su competencia.
9. Diseñar, elaborar y difundir normativas complementarias de carácter general, así como modelos de manuales, guías, instructivos y pliegos estándares e instrumentos de gestión, entre otros, políticas que incluyan la elaboración de directrices que contemplen aspectos técnicos, económicos y sociales sobre la compra sustentable, en pro del desarrollo o mejora del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público en sus aspectos operacionales, técnicos y económicos.
10. Preparar anualmente estudios y análisis acerca del comportamiento de precios de bienes y servicios, a fin de que los organismos y entidades del Sector Público los utilicen en la preparación de sus proyectos de presupuesto y sus procesos de contratación.
11. Administrar, definir y supervisar los acuerdos marco, así como ilustrar sobre el uso de los mismos como se establece en la presente Ley y su Reglamento.
12. Cualquier otra que por leyes especiales le sean asignadas.

El área de Adquisiciones, es la máxima autoridad administrativa de cada órgano o entidad del Sector Público. Dentro de sus funciones esta el asegurarse que, dentro de la misma, exista un área de Adquisiciones encargada de: participar en coordinación con las áreas solicitantes en la planificación y programación anual de las contrataciones; operar los procedimientos de contratación; resguardar la información relacionada con el proceso y con la ejecución de los contratos administrativos, y brindar asesoría, apoyo administrativo y técnico a las áreas solicitantes.

El área de Adquisiciones es un Órgano de Ejecución y dependerá de la máxima autoridad administrativa, debiendo en todo caso seguir las directrices técnicas expedidas por la DGCE, de conformidad con sus competencias legales.

Cuando el volumen de las operaciones o la organización territorial lo hagan necesario, podrá existir más de un Área de Adquisiciones en cada órgano o entidad, quedando éstas sujetas a la supervisión funcional del Área de Adquisiciones Central y supeditadas, en el caso de unidades de administración desconcentradas, a la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad.

El Comité de evaluación, es la máxima autoridad administrativa de cada órgano o entidad del Sector Público que pretenda conducir un procedimiento

de licitación, concurso o contrataciones simplificadas, excepto para contrataciones menores, deberá integrar un Comité de Evaluación que estará a cargo de recomendar la evaluación y calificación de las ofertas presentadas y la elaboración del informe respectivo, con las atribuciones y responsabilidades que se establecerán en el Reglamento de la presente Ley.

El Comité de Evaluación se constituirá mediante una resolución de la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad licitante y deberá estar compuesto por personal de reconocida calidad técnica y experiencia.

El Comité de Evaluación estará conformado, como mínimo, por tres miembros:

1. El Coordinador del Área de Adquisiciones;

2. Un Asesor Jurídico del órgano o entidad contratante; y

3. Un experto en la materia de que trate la adquisición.

Si el número de miembros del Comité fuese ampliado, el total de ellos será siempre número impar.

Al inicio de cada período presupuestario, la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad contratante, constituirá un órgano colegiado, integrado por un máximo de tres miembros, denominado Comité Técnico de Contrataciones (Art. 16) para recomendar la evaluación y calificación de las ofertas presentadas en los procesos de contrataciones menores que se lleven a efecto en ese período.

VI. Procedimiento de la Contratación Administrativa

El procedimiento de contratación es un elemento esencial de la teoría de los contratos administrativos, en cuanto va a ser el instrumento a través de que se persiguen diversos objetivos, no diferentes a los que trata de lograr el procedimiento administrativo con carácter general, pero de especial trascendencia en el ámbito de la contratación administrativa. En primer lugar, asegura la ordena actuación de la Administración a la hora de contratar. Pero sobre todo, en segundo lugar, garantiza la elección de la oferta más adecuada, con lo que se satisfacen dos exigencias esenciales: la igualdad de los distintos candidatos que optan a la selección, pues van a recibir un trato desigual sólo en la medida en que existan razones objetivas que lo justifiquen; a lo que se añade la tutela del interés público, que se va a venir obviamente beneficiado al optarse por la oferta más ventajosa para el mismo.

1. Procedimientos de contratación.

Los procedimientos de contratación aparecen regulado en el art. 27 LCSP, que distingue: 1.Licitación: a) Publica, b) Selectiva. 2. Contratación simplificada. 3. Contrataciones Menores. 4. Por Concurso.

La LCASP, define que Licitación es el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual el órgano o entidad del Sector Público realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose al pliego de bases y condiciones, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la mejor oferta.

2. Etapas comunes del procedimiento de contratación administrativa

El procedimiento de la contratación administrativa, se divide en cinco fases: i) Preparatoria o de actividades previas, ii) Esencial o de selección del oferente, iii) Integrativa o de adjudicación, iv) Ejecución del contrato y, v) Evaluación.

Las tres fases comunes en el procedimiento de la licitación pública, son as siguientes: fase preparatoria, la fase esencial y la fase integrativa.

A. Fase preparatoria

En esta fase se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Incluye los análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del pliego de condiciones.

Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCASP son: Resolución de inicio (art. 30), Elaboración de pliego de bases y condiciones de licitación (art. 31 y art. 32).

B. Fase esencial

Esta fase comprende la licitación propiamente dicha, o sea, los actos dirigidos a lograr la manifestación de la voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista. En esta fase, como en la siguiente, las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros. Se desarrolla a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas, la preadjudicación y la adjudicación.

Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCASP son : Convocatoria a licitación (art. 33), Aclaraciones y homologación del pliego de condiciones (art. 34), Corrección del pliego de base y condiciones (art. 35), Presentación de las ofertas (art. 36, art. 37, art. 38, art. 39 y art. 40), Modificación o retiro de las ofertas presentadas (art. 41), Aclaración de ofertas (art. 44), Descalificación del oferente (art. 45), Rechazo de las ofertas (art. 46) y Elaboración del dictamen de recomendación (art. 47).

C. Fase integrativa

La fase integrativa o de adjudicación da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho

positivo lo prevea, ya s ea notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, homologación o instrumentación escrita.

Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCASP son: Resolución de adjudicación (art. 48), Re adjudicación (art. 49), Declaración de licitación desierta (art. 50) y Suspensión o cancelación del procedimiento de licitación (art. 51).

VII. Requisitos previos al inicio de una contratación

El art. 21 de la LCASP, establece que previo al inicio de un procedimiento de contratación, la entidad contratante deberá contar, según sea el caso, con los estudios requeridos, diseños, especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos, y el presupuesto. Asimismo, que estos documentos se asentaran en el expediente administrativo que se levantará para tal efecto y se harán públicos de la manera que establezca el Reglamento de forma que puedan ser tenidos en cuenta por los interesados en la elaboración de sus ofertas.

El mismo art. 21 establece, lo que se puede señalar como novedades, que la responsabilidad por el contenido de los estudios, diseños y especificaciones del proceso será del área técnica de la entidad contratante, y que en aquellos proyectos que involucren obra pública, los mismos deberán seguir los parámetros mínimos que para el efecto señale la DGCE mediante instructivo, de manera que se cuente con los requeridos para tal propósito de conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley.

Adicionalmente, establece que diez días antes de expedir la resolución de inicio de las licitaciones, los estudios, diseños y especificaciones se harán públicos junto con el proyecto del pliego de bases y condiciones, a efecto de que cualquier persona los examine y haga observaciones sobre los mismos. Las observaciones recibidas formarán parte de los antecedentes administrativos del proceso, sin que la entidad contratante esté en la obligación de responderlas o de incorporarlas.

La estimación del monto del contrato, a efectos de seleccionar el procedimiento de contratación correspondiente, es otro de los requisitos que se debe cumplir previo a iniciar cualquier proceso de contratación. El art. 22 de la LCASP establece que para esta estimación se deberá elaborar, según fuere el caso, el Presupuesto que contemple, entre otros elementos, todos los costos que implica el contrato, incluyendo el precio, fletes, seguros, comisiones, intereses, previsión sobre reajuste de precios, tributos, si procedieren, derechos, primas y cualquier otra suma que debiera precisarse.

VIII. Etapas y procedimientos de la licitación pública

1. Fase preparatoria

A. Resolución de inicio

El procedimiento se iniciará con una resolución motivada, emitida por la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante. En ésta se debe establecer el objeto de la contratación, la finalidad pública que se persigue satisfacer, una referencia de la justificación dentro del Presupuesto o del Plan Nacional de Inversiones y la elaboración del Pliego de bases y condiciones que regirá el proceso (art. 30 LCASP).

B. Elaboración de pliego de bases y condiciones de licitación

El pliego de bases y condiciones es un documento que tiene particular importancia en la regulación de la actividad contractual de la Administración. Es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. La denominación –pliego de bases y condiciones– comprende, en principio, distintos instrumentos escritos que contienen normas jurídicas, ya sean de alcance general o particular, reguladoras del procedimiento de contratación en su preparación y posterior adjudicación. No obstante, el licitante puede encomendar la elaboración del pliego a un tercero, el que una vez efectuado lo discutirá con el órgano que tiene a su cargo la contratación.

El pliego de bases y condiciones de la licitación es la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, y al cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación como después de la adjudicación, durante la ejecución del contrato.

El pliego de clausulas particulares, que ha de ser aprobado por el órgano de contratación antes de iniciarse el procedimiento de contratación (art. 74 RG), es una de las más claras manifestaciones de las tradicionales prerrogativas que ostenta la Administración en la contratación pública, que hacen de esta una contratación especial, distinta de la contratación común entre particulares, pues una de las partes, la Administración, tiene la facultad de establecer, a priori, las pautas que regirán el procedimiento de adjudicación, de obligada aceptación y cumplimiento por los terceros, aun indeterminados, que estén interesados en que se les adjudique el contrato.

La facultad del licitante para imponer unilateralmente, con efectos vinculantes, las cláusulas y condiciones que regularán la preparación y ejecución del contrato, resulta de la finalidad de la actividad de la Administración y de las modalidades propias de su exteriorización. Ello implica plena sujeción a la ley y adhesión a las cláusulas del pliego.

El art. 31 de la LCASP, lo define como el documento o conjunto de documentos escritos o electrónicos que conforme el procedimiento establecido en

dicha Ley, recogen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas al que ha de ajustarse la licitación, la adjudicación y formalización del contrato y la ejecución del mismo. Regulando la forma en que la Entidad Contratante determinará la mejor oferta al objeto licitado, las prestaciones, términos y condiciones del contrato que eventualmente sea adjudicado. El pliego de bases y condiciones de la licitación deberá ser elaborado y aprobado por el Área de Adquisiciones en coordinación con las áreas técnicas y solicitantes. Debiendo contener toda la información necesaria para que el oferente pueda formular válidamente su oferta.

La inclusión de estipulaciones ilegales o prohibidas que contradigan el ordenamiento jurídico o violen sus principios, autoriza a los oferentes a considerarlas como inexistentes y a apartarse de ellas, siendo sus ofertas igualmente válidas.

La ilegalidad de las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones puede devenir de la violación de una norma expresa del ordenamiento jurídico o del ejercicio irregular de las facultades discrecionales que ejerce la Administración al elaborar los pliegos.

El art. 32 de la LCASP establece que el pliego de bases y condiciones de la licitación se debe preparar de forma que favorezca la competencia y la igualdad de participación de los potenciales oferentes; por lo anterior, los organismos o entidades licitantes no podrán imponer restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean técnicamente indispensables si con ello limitan indebidamente las posibilidades de concurrencia de eventuales participantes. La contravención a este precepto traerá como consecuencia la nulidad del procedimiento.

2. Fase esencial

En la fase anterior se debieron cumplir los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. El art. 74 del RGLCASP, a fin de garantizar lo anterior, establece que toda convocatoria de procedimiento de contratación deberá contar previamente con la aprobación de las bases que servirán para regular el respectivo proceso, así como de sus estudios previos, so pena de nulidad.

A. Convocatoria a licitación

La licitación se inicia en el momento en que la Administración pública manifiesta expresa y abiertamente su intención de encontrar a un particular, que pretenda junto con ella, celebrar un contrato para la prestación de diversos servicios y en determinadas condiciones.

La convocatoria a la licitación pública es la invitación general e indeterminada que se formula a todos los posibles interesados en contratar con la Administración pública.

El art. 33 de la LCASP establece que el llamado a licitación lo hará el Área de Adquisiciones del organismo o entidad licitante. El cual, deberá publicarse en el portal único de contratación o en los medios que para el efecto disponga el Reglamento

B. Aclaraciones y homologación del pliego de condiciones

El art. 34 de la LCASP indica que en toda Licitación, el órgano o entidad licitante, por conducto del Área de Adquisiciones, tendrá la obligación de señalar lugar, hora y fecha límite para recibir y aclarar cualquier duda que tuvieren los pliegos de bases y condiciones.

En toda Licitación Pública, dentro de los cinco (5) días hábiles del período de presentación de ofertas, habrá una reunión de homologación de la que se elaborará un acta en la que se deben incluir los acuerdos del caso. El acta se hará llegar a todos los oferentes a través de cualquier medio establecido en el pliego (art. 34 LCASP).

En todo caso en los procesos de licitación, podrán los oferentes, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, formular objeción escrita ante el área de adquisiciones, cuando se considere que el pliego de bases y condiciones es contrario a los principios y disposiciones del procedimiento aplicable, o cuando el pliego vulnere las normas en que debe fundarse art. 34 LCASP).

C. Corrección del pliego de base y condiciones

El órgano o entidad licitante, por intermedio del Área de Adquisiciones y dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados después de celebrada la reunión de la homologación, podrá efectuar modificaciones de oficio o a petición de cualquier proveedor participante, con el objeto de precisar o aclarar el pliego de bases y condiciones. Para tales efectos, el Área de Adquisiciones deberá elaborar "Acta Motivada" y notificarla a los proveedores participantes a través de los medios establecidos en el pliego (art. 35 LCASP).

La corrección podrá ser modificación simple o modificación sustancial; será modificación simple aquella que no cambie el objeto de la contratación, ni constituyan una variación fundamental en la concepción original de esta, en este caso, se mantendrá el plazo original acordado de la fecha de la apertura.

La corrección podrá ser una modificación sustancial, cuando se introduzca una alteración importante considerada trascendente o esencial en la concepción original del objeto de la contratación. El Plazo de la apertura de ofertas deberá ampliarse hasta por un cincuenta por ciento (50%) del plazo original establecido en el pliego de bases y condiciones art. 34 LCASP).

D. Presentación de las ofertas

La presentación de la propuesta, no es un acto administrativo, ya que lo emite el administrado licitador, oferente o proponente, estando sujeta al cumplimiento de requisitos formales, cuya omisión puede determinar la ineficacia de

la oferta, ya que ello autorizaría el rechazo de la propuesta al abrirse los sobres el día señalado al efecto, salvo que se tratare de irregularidades consideradas irrelevantes por el derecho vigente.

De acuerdo al art. 36 LCASP, las ofertas podrán presentarse por escrito o en forma electrónica, siempre que en este último caso se cumplan las condiciones que para el efecto establezca el Reglamento con el propósito de asegurar la inalterabilidad de las mismas.

En cuanto al plazo que tendrá el oferente para presentar su oferta, el art. 36 LCASP establece que no podrá ser menor de treinta días calendario, los que serán contados a partir de la convocatoria, salvo que el organismo adquirente resuelva ampliar el término indicado considerando la magnitud, complejidad del proyecto. Las contrataciones cubiertas por los acuerdos comerciales internacionales, se regirán por las disposiciones acordadas en dichos instrumentos.

Las ofertas recibidas por el órgano o entidad licitante una vez vencido el plazo para su presentación se devolverán, sin abrir, a los oferentes que las hayan presentado.

En toda licitación, podrán participar distintos oferentes en consorcio. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar ante el organismo o entidad licitante la existencia de un Acuerdo de Consorcio, en el cual se regulen, por lo menos, los términos de su relación con el organismo o entidad licitante. Los términos de la participación en el Consorcio que se informen al órgano o entidad licitante, no podrán modificarse unilateralmente por ninguno de los oferentes. Para cualquier variación que se pretenda introducir en el Acuerdo de Consorcio, una vez que ha sido presentado al organismo o entidad licitante, será necesario contar con el previo consentimiento del mismo (art. 37 LCASP).

Las partes del consorcio responderán solidariamente ante el organismo o entidad licitante por todas las consecuencias derivadas de su participación y de la participación del consorcio en el proceso de contratación o en la ejecución del contrato.

Un oferente que participe como parte de un consorcio en un proceso licitatorio no podrá participar en el mismo proceso individualmente o como parte de otro consorcio.

En la licitación pública no se requiere un número mínimo de licitadores. La existencia de sólo una propuesta no invalida ni afecta en modo alguno la legitimidad del procedimiento, salvo que el ordenamiento jurídico, por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes.

La licitación, debidamente publicada, podrá ser adjudicada cuando se presentare una única oferta. En tal caso, el Comité de Evaluación podrá recomendar la adjudicación de la licitación al oferente único, siempre y cuando, una vez evaluada, considere que esta oferta satisface los requisitos exigidos en el pliego de bases y condiciones y que conviene a los intereses del órgano o entidad licitante (art. 39 LCASP).

Las ofertas presentadas tendrán validez y estarán sujetas al plazo establecido por el órgano o entidad licitante en el pliego de bases y condiciones (art. 40 LCASP).

Esta consideración implica que durante ese plazo los oferentes no pueden retirar su propuesta, y si lo hacen perderán la garantía de seriedad que hubieren otorgado.

E. Apertura de las ofertas presentadas

En el lugar, día y hora determinados en los avisos para celebrar el acto, se procederá a abrir los sobres que contienen las propuestas. Estarán presentes los funcionarios designados por el organismo licitante y los proponentes que desearen presenciarlo.

La apertura de las ofertas es la etapa procedimental por la que se dan a conocer públicamente las ofertas que oportunamente se recibieron. Constituye un acto formal. Las leyes imponen que se levante un acta, en la cual se refleje todo lo acontecido durante su desarrollo.

Dicha acta constituye un requisito de validez de tal diligencia, ya que en dicho documento se deja sentado todo lo que ahí aconteció y en la que se incluyen las observaciones realizadas por los oferentes respecto de la irregularidad de tal acto.

El art. 42 de la LCASP establece que las ofertas presentadas ante la entidad licitante serán abiertas en forma pública, presencial o electrónica, en las condiciones que para tal efecto determine el Reglamento.

F. Modificación o retiro de las ofertas presentadas

Los oferentes podrán modificar o retirar sus ofertas antes de que venza el plazo límite para su presentación por los mismos medios por lo que fue enviada. El retiro o modificación de la oferta posterior al plazo límite fijado para la presentación de la misma dará lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador establecido en la presente Ley (art. 41 LCASP).

En la contratación administrativa, las ofertas, no pueden ser revocadas, retractadas ni alteradas. La inalterabilidad de las ofertas y su carácter vinculante, les son impuestos al oferente con el fin de tutelar la igualdad que debe existir entre todos los licitadores.

G. Aclaración de ofertas

Durante la etapa de evaluación, el Comité de Evaluación a través del Área de Adquisiciones podrá solicitar a los oferentes, por escrito o en forma electrónica, aclaraciones de sus ofertas. Las aclaraciones, deberán hacerse por escrito o en forma electrónica, dentro del plazo señalado y no podrán alterar el contenido de la oferta original, ni violentar el Principio de Igualdad entre los oferentes. Las aclaraciones a que se refiere el presente artículo deberán ser presentadas por los oferentes dentro del plazo máximo de dos días hábiles a

partir de la fecha de recepción de la solicitud de aclaración y darse a conocer al resto de oferentes (art, 44 LCASP).

H. Descalificación del oferente

El Comité de Evaluación descalificará al oferente en los siguientes supuestos: 1. Cuando el oferente no satisficiere los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera, establecidos en la presente Ley y pliego de bases y condiciones. 2. Cuando estuviere incurso en situaciones de prohibición para presentar ofertas o se encontrase sancionado de conformidad con la presente Ley. 3. Cuando el oferente faltare a la verdad en los documentos presentados o en los hechos declarados dentro del procedimiento de licitación, o se presenten evidentes inconsistencias entre los documentos entregados o las afirmaciones realizadas por el proponente y la realidad (art. 45 LCASP).

I. Rechazo de las ofertas

El Comité de Evaluación rechazará las ofertas en los siguientes supuestos: a. Cuando la oferta no estuviese firmada por el oferente o su representante legal debidamente acreditado. b. Cuando el oferente presente oferta de diferentes entidades comerciales con un mismo producto sin estar autorizado en el pliego de bases y condiciones. c. Cuando el oferente presente más de una oferta, sin estar autorizado ello en el pliego de bases y condiciones. 4. Cuando el oferente no presentare las garantías requeridas (art. 46 LCASP).

El Comité de Evaluación, también rechazará las ofertas en los siguientes supuestos: a. Cuando las ofertas no cumplan con los requisitos esenciales establecidos en el pliego de bases y condiciones. b. Contenga un precio ruinoso o no remunerativo para el oferente, que dé lugar a presumir su incumplimiento en las obligaciones contractuales por insuficiencia de la retribución establecida, previa indagación con el oferente con el propósito de averiguar si éste satisface las condiciones de participación y será capaz de cumplir los términos del contrato. c. Cuando el oferente no presente las aclaraciones a su oferta en el plazo y condiciones reguladas por la Ley (art. 46 LCASP).

J. Elaboración del dictamen de recomendación

La adjudicación, etapa que concluye el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa contractual, por lo general no se hace en el mismo acto en que se abren los sobres ni inmediatamente después, sino que, de modo previo, el órgano competente del ente licitante solicita el asesoramiento de oficinas y órganos consultivos que analizan las propuestas en orden a los requisitos jurídicos, técnicos y económico-financieros, exigidos por los pliegos de condiciones y demás normativa aplicable a la licitación.

La apertura y la admisión de la oferta están separadas de la adjudicación por una etapa de trámite interna, durante la cual el licitante estudia, coteja y finalmente elige la oferta ajustada a su requerimiento.

El Comité de Evaluación, utilizando los criterios contenidos en el pliego de bases y condiciones, recomendará la adjudicación total o parcial de la licitación al oferente u oferentes, que ajustándose a los requisitos del pliego de bases y condiciones, haya presentado la mejor oferta, así mismo, deberá recomendar el orden de prelación con que fueron seleccionadas; o recomendar la declaratoria de desierta total o parcialmente de la licitación en los supuestos que la Ley señala (art. 47 LCASP).

Para tales efectos, se elaborará un dictamen detallado del análisis y comparación de todas las ofertas, exponiendo las razones precisas en que fundamenta su recomendación.

3. Fase integrativa

La adjudicación tiene lugar una vez concluida la etapa de valoración de las propuestas.

Constituye el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratista. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación.

A. Resolución de adjudicación

La adjudicación constituye un acto de la Administración Pública que contiene la decisión unilateral del órgano convocante, que determina cuál es la propuesta más ventajosa y, en consecuencia, la declara aceptada.

La máxima autoridad administrativa de la entidad u organismo licitante, deberá dictar una resolución motivada para adjudicar total o parcialmente la licitación, declararla desierta o cancelarla de acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley (art. 48 LCASP).

Una vez emitida la resolución será notificada a los oferentes, en caso que estos no recurran contra ella, en el plazo establecido, será firme y se publicará.

Entonces, la adjudicación es el acto constitutivo del derecho del licitador de contratar con la Administración, cuando ésta se dispusiere a firmar el contrato.

Claro está que –la adjudicación no es un contrato, pues sólo asegura para uno de los licitadores el derecho a celebrar un contrato con la administración, cuando ésta quisiera contratar y en caso de que quisiera contratar– (López-Elías, 1999, p. 182).

B. Re adjudicación

La re adjudicación podrá realizarse al oferente que hubiere sido calificado en el orden de prelación cuando el adjudicado original haya sido notificado para

firmar el contrato y no lo hiciere dentro del plazo fijado en la notificación por la entidad licitante o no presentare la documentación necesaria para la formalización del contrato (art. 49 LCASP).

Así mismo, cuando por cualquier razón termine anticipadamente el contrato sin haberlo ejecutado en más del treinta por ciento (30%) del mismo, la entidad podrá optar por adjudicar el contrato al siguiente oferente de la prelación, en cuyo caso se ajustará proporcionalmente el valor de su oferta (art. 49 LCASP).

C. Declaración de licitación desierta

El art. 50 LCASP, establece las situaciones en las que la máxima autoridad administrativa del organismo o entidad licitante, mediante resolución motivada, deberá declarar desierta la licitación, siendo estas:

1. Cuando no se presentare oferta alguna.
2. Cuando se rechazaren todas las ofertas, fundamentando en tal supuesto, las razones técnicas y económicas basado en el incumplimiento del pliego de bases y condiciones.
3. Cuando en el proceso de evaluación se comprueban errores sustanciales respecto a las especificaciones contempladas en el pliego de bases y condiciones.
4. Cuando no esté de acuerdo con el dictamen del Comité de Evaluación, fundamentando su desacuerdo en razones de interés público.

Cuando se declare desierta una licitación, se podrá iniciar nuevamente el proceso con una reducción del cincuenta por ciento (50%) en los plazos, previa revisión del pliego de bases y condiciones que sirvió de base en la licitación, incluyendo los ajustes que sean necesario sin que se altere el objeto a contratar.

La resolución que tenga por desierta un proceso de contratación, no hará incurrir en responsabilidad contractual o pre-contractual alguna al órgano o entidad licitante.

D. Suspensión o cancelación del procedimiento de licitación

El licitante tiene la posibilidad de desistir del procedimiento antes de la perfección del contrato, aunque ya se hayan evaluado las ofertas.

Así el art. 51 de la LCASP establece que si durante el desarrollo del procedimiento de contratación administrativa se suscitan situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que impidan el normal desarrollo del procedimiento cuya solución pueda ser superada dentro de un plazo prudencial que no sea superior a treinta (30) días calendarios y que no afecte el monto y objeto de la contratación, la entidad contratante podrá mediante Resolución motivada suspender el proceso de contratación administrativa, indicando expresamen-

te el plazo de suspensión y las razones que lo motivan, pudiendo reiniciar el procedimiento de la contratación.

Si las circunstancias acontecidas por cualquiera de estas causas no puedan ser resueltas con la prontitud requerida dada la naturaleza de la contratación, la entidad deberá cancelar la misma, motivando mediante Resolución Administrativa tal circunstancia.

En ambos casos, no implica responsabilidad alguna para la entidad u organismo contratante.

Esta resolución deberá ser notificada a los oferentes y publicarse en el portal único de contratación del órgano rector.

E. Formalización y liquidación del contrato

Es importante determinar el momento en el cual se perfecciona y entra en vigencia el contrato de la Administración, el que dependerá del modo en que se lleve a cabo dicho perfeccionamiento. El mismo se sujeta al derecho positivo, pues existen disposiciones específicas para algunos supuestos.

Nuestro derecho positivo establece en el RGLCASP, –la relación contractual se perfecciona con la firma del contrato en su caso y la recepción de orden de compra o de servicio por el proveedor adjudicatario– (art. 219 RGLCASP).

La formalización de un contrato administrativo no requerirá de escritura pública, salvo cuando lo requiera el derecho común. Los contratos administrativos derivados de un proceso ordinario de contratación, tendrán el carácter de documentos públicos con fuerza ejecutiva. (art. 70 LCASP)

Está facultada para suscribir los contratos que se deriven de la aplicación de la presente Ley, la autoridad máxima administrativa de la entidad u organismo contratante o la persona que ésta designe especialmente mediante resolución administrativa. (art. 70 LCASP)

En los procesos de licitación y concurso, una vez se encuentre firme la resolución de adjudicación, el organismo o entidad contratante deberá proceder a formalizar el contrato con el adjudicatario, de acuerdo con el modelo incluido en las bases de la contratación y las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. En las contrataciones simplificadas quedará a opción de la entidad contratante (art. 70 LCASP).

Todo contrato administrativo de tracto sucesivo deberá liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación. De no ser posible la liquidación de mutuo acuerdo, con posterioridad al periodo mencionado la entidad podrá liquidar unilateralmente, previa observancia del debido proceso (art. 70 LCASP).

IX. Recursos administrativos en materia de contratos administrativos

Jesús González Pérez[1207] define a los recursos administrativos[1208] como actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de éste carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión. Los recursos administrativos constituyen vías de revisión a instancia siempre de interesados, sujetas a plazos determinados.

El recurso administrativo en tanto acto de impugnación se le puede definir como aquel que regulado por el Derecho Administrativo realiza quien alega un derecho subjetivo o un interés legitimo con el fin de requerir a la autoridad administrativa dentro del plazo fijado, la extinción o sustitución total o parcial, de un acto administrativo (en sentido lato) por razones de legitimidad o bien de oportunidad, mérito o conveniencia.

De este concepto se derivan cuatro componentes esenciales de la noción recurso administrativo,[1209] entre los que se pueden mencionar:

1207 González Pérez, Jesús, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, I, 2a. ed., Madrid, Civitas p. 2514.

1208 La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, ha dejado asentado en innumerables sentencias que los recursos administrativos ordinarios son los medios legales de que disponen los particulares que han sido afectados en sus derechos o intereses por una autoridad administrativa a través de un acto de la misma naturaleza, para que la autoridad competente lleve a cabo la revisión del mismo, a fin de que lo revoque o lo anule de comprobarse su ilegalidad o su inoportunidad. La autoridad que resuelve o puede resolver sobre el recurso interpuesto, es la propia autoridad que la dictó, si el recurso fuere horizontal, o su superior jerárquico o inclusive una autoridad diferente, cuando el recurso fuere vertical. Ver Sentencias Sala Constitucional No. 147, 228, y 238, dictadas a las nueve de la mañana; a las tres y treinta minutos de la tarde; y a la una y treinta minutos de la tarde; del dieciséis de agosto; del treinta de octubre y del once de diciembre, todas del año 2000, respectivamente; sentencia No. 61 del dos de julio del 2002, Considerando III; y Sentencia No. 85 del 22 de agosto del 2002, Considerando I...

1209 Según la sentencia no. 3 de las ocho y treinta minutos la mañana del tres de diciembre del año dos mil nueve, y la sentencia no. 10 de la una de la tarde del seis de noviembre del año dos mil siete de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua los elementos que caracterizan al recurso administrativo son los siguientes: 1º.- La existencia de una resolución administrativa que afecte los intereses o derechos del particular administrado, impugnada por el recurrente de amparo; 2º.- La disposición legal que establece el recurso ordinario y que señala a la autoridad administrativa ante las cuales debe interponerse el recurso; 3.- El plazo o término del que goza el particular para impugnar la resolución recurrida; 4º.- Los requisitos formales y los elementos a que debe apegarse el escrito por medio del cual se interpone el recurso administrativo; 5º.- La existencia

- Es un acto de impugnación regulado por el Derecho Administrativo
- Requiere de quien lo interpone, una legitimación activa.
- El recurso administrativo se debe de interponer ante una autoridad administrativa y dentro del plazo fijado.

El objeto es la extinción o sustitución del acto por razones de legitimidad o bien de oportunidad, mérito o conveniencia.

La Ley no. 350, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo en su art. 2, inciso 11 define al recurso como todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las actuaciones o resoluciones, a efecto de subsanar los errores de apreciación, de fondo o los vicios de forma en que se hubiere incurrido al dictarlos.

Por su parte la Ley no. 290, de Organización, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo,[1210] no establece ninguna definición sobre los recursos administrativos, sino que lo que hace es regular el procedimiento de tramitación de los recursos de revisión y de apelación, lo mismo ocurre con la LCASP y con la LCM, las cuales tampoco definen esta figura procesal, dedicándose a regular su procedimiento.

La LCASP entre su artos. 110 al 116 y el RLCASP entre sus artos. 296 al 300 establecen cuatro medios de impugnación en contra de los actos que se generen de los procedimientos de contrataciones administrativas. Esto son: objeción al PBC,[1211] aclaración,[1212] impugnación[1213] y nulidad en contra de la adjudicación.[1214]

1. Recursos administrativos según la Ley 737 y su Reglamento

Según el art. 110 de la LCASP los recursos deben ser interpuestos por los proveedores que demuestren un interés legítimo, mediante escrito presentado ante la autoridad competente y dentro de los plazos establecidos, señalando

del procedimiento al que debe sujetarse el trámite del recurso, con señalamiento del período de pruebas y forma de recibirlas, presentación de alegatos y cualquier otro trámite; 6.- La obligación de la autoridad que conoce del recurso de pronunciar la resolución correspondiente conforme a derecho, declarando si se revoca, anula, reforma, modifica o confirma la resolución impugnada.

1210 Publicada en La Gaceta Diario Oficial no. 102, del 3 de junio de 1998.

1211 Regulado en los arts. 34 LCASP y 101 del RLCASP. Art. 104 LCM.

1212 Regulado por los arts. 110 LCASP, 296 y 297 del RLCASP.

1213 Regulado por los arts. 112 al 114 LCASP y 298 del RLCASP.

1214 Regulado por los arts. 115 al 116 LCASP y 299 al 300 del RLCASP.

expresamente las infracciones precisas del acto recurrido. La admisión del recurso por la autoridad que corresponda tendrá efectos suspensivos.[1215]

Por razones de economía procesal y certidumbre jurídica, en el procedimiento administrativo de contratación, los oferentes que participen en la misma deberán formular oportunamente los recursos en las etapas que sean recurribles. El tránsito a la siguiente etapa del proceso de contratación, sin que hubiere sido formulado el recurso correspondiente, será tenido, por imperio de la Ley, como renuncia de los oferentes participantes a todo reclamo originado por supuestos vicios incurridos en la etapa que precluye.

2. El recurso de objeción (art. 34 de la LCASP. Art. 101 de su Reglamento)

En los procesos de licitación, podrán los oferentes, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, formular objeción escrita ante el área de adquisiciones, cuando se considere que el pliego de bases y condiciones es contrario a los principios y disposiciones del procedimiento aplicable, o cuando el pliego vulnere las normas en que debe fundarse. Esta objeción deberá ser resuelta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su presentación y si la resolución respectiva afecta aspectos sustanciales del pliego, se modificará el cómputo del plazo para presentar la oferta.

Esa resolución debidamente motivada,[1216] deberá comunicar tanto al oferente que formulo las objeciones como al resto de posibles oferentes, mediante comunicación por escrito y publicar la misma en el portal único de contratación y la propia página web de la Institución. La no atención a las objeciones que se formularán al PBC acarrearía la nulidad del proceso.

1215 Lo mismo sucede respecto a la interposición de los recursos administrativos en materia municipal, art. 85 RLCM.

Los efectos suspensivos de la interposición del recurso administrativo regulado en el art. 110 de la LCASP, podría originar, como así esta sucediendo en la práctica al menos en materia de contratación administrativa municipal, que el resto de oferentes que participaron en la licitación y no fueron adjudicados, utilicen los recursos administrativos simplemente para lograr dicha suspensión, deteniendo así el procedimiento de contratación, incluso la ejecución contractual lo que podría afectar el interés público.

1216 Según el art. 2 inciso 10 de la Ley No. 350, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo de Nicaragua, motivación: Es la expresión de las razones que hubieren determinado la emisión de toda providencia o resolución administrativa. La falta, insuficiencia u oscuridad de la motivación, que causare perjuicio o indefensión al administrado, determinará la anulabilidad de la providencia o disposición, la que podrá ser declarada en sentencia en la vía contencioso-administrativa.

3. RECURSO DE ACLARACIÓN[1217] (ART. 110 DE LA LEY 737 Y ART. 296 - 297 DE SU REGLAMENTO)

Durante el plazo para la evaluación de las ofertas el Comité de Evaluación deberá dar a conocer los resultados de la evaluación a más tardar tres (3) días antes del vencimiento del mismo, para que los oferentes participantes puedan solicitar las aclaraciones que consideren pertinentes en un plazo no mayor de dos (2) días, las que deberán ser atendidas por el Comité en el acta de evaluación y recomendación de adjudicación que deberá notificarse a la máxima autoridad administrativa y a todos los oferentes participantes.

El recurso de aclaración deberá ser interpuesto ante el Comité de Evaluación designado por el organismo contratante, mediante escrito simple donde se deberá indicar:

a. Identificación del oferente.

b. Número de la licitación y nombre del objeto de la licitación.

c. Referencia del acta de evaluación.

d. Señalar taxativamente los aspectos que se considera deben ser aclarados.

El escrito por el que soliciten las aclaraciones se añadirá al expediente que se levante del procedimiento de contratación. La no atención a las aclaraciones que hayan sido legalmente presentadas será causal de nulidad de la evaluación practicada.

4. RECURSO DE IMPUGNACIÓN (ART. 112 AL 114 LEY NO. 737 Y ART. 298 DE SU REGLAMENTO)

En los procedimientos de contratación por licitación pública, selectiva y concurso, los oferentes podrán impugnar la resolución de adjudicación y de aquella que la declara desierta, cuando el recurrente considere que se presentaron irregularidades en la etapa de evaluación de las ofertas o propuestas

El recurso deberá interponerse ante la Procuraduría General de la República, con copia a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante, dentro de los tres días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución.

El recurso de impugnación deberá ser interpuesto mediante escrito simple donde se deberá indicar:

a. Estar dirigido al Procurador General de la República.

b. Identificación del oferente recurrente.

c. Número de la licitación y nombre del objeto de la licitación. d. Referencia del acta de evaluación.

1217 La LCM no estipula más este tipo de recurso.

e. Señalar taxativamente los aspectos impugnados, haciendo referencia a las consideraciones que justifican la impugnación.

El escrito interpuesto podrá ser acompañado de las pruebas documentales que el oferente recurrente considere pertinentes y necesarias para mejor proveer el recurso interpuesto.

Cuando los pliegos de bases y condiciones contemplen adjudicaciones parciales y la impugnación recaiga sobre renglones o lotes específicos, no interrumpirá la adjudicación de los renglones o lotes no impugnados.

Interpuesto el recurso de impugnación, la Procuraduría General de la República, al siguiente día hábil solicitará el expediente de la contratación, teniendo la entidad contratante un día hábil para su remisión y una vez recibido éste, dentro de un plazo máximo de dos (2) días hábiles determinará su admisibilidad.

Declarado admisible el recurso emplazará a las partes para que dentro de tres (3) días hábiles de la última notificación comparezcan ante la misma a hacer uso de sus derechos.

La Procuraduría General de la República resolverá el recurso conforme las normas de los procesos de contratación y en base al contenido del expediente administrativo dentro de un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados a partir del auto de emplazamiento, pronunciándose sobre los puntos objeto del recurso. Si dentro de este plazo, la Procuraduría General de la República no resolviere la impugnación podrá el recurrente interponer el recurso de nulidad ante la Contraloría General de la República. La resolución que resuelva el recurso de impugnación deberá ser notificada a todos los oferentes participantes en el proceso y a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante.

Si no compareciere el recurrente en el término señalado, la Procuraduría General de la República, de oficio declarará desierto el recurso y devolverá el expediente al organismo o entidad contratante para que proceda de acuerdo a la resolución de adjudicación recurrida.

Si el organismo o entidad contratante no comparece, no se le declarará en rebeldía y la Procuraduría General de la República deberá conocer y resolver el recurso.

5. Recurso de nulidad (arts. 115 al 116 Ley no. 737 y arts. 299 al 300 de su Reglamento)

En el proceso de licitación pública, selectiva y concurso, cuando la Procuraduría General de la República, declare sin lugar la impugnación o no haya sido resuelto dentro del plazo señalado, el oferente podrá recurrir de nulidad ante la Contraloría General de la República durante los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelva el recurso de impugnación.

Además del oferente que recurrió de impugnación, podrá cualquier otro oferente que tenga interés legítimo dentro del proceso interponer el recurso de nulidad. Como vemos el recurso por nulidad podrá ser interpuesto por cualquier oferente que participe en el proceso de contratación, indicando con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico administrativo que se alega como fundamento de la nulidad.

Cuando se discrepe de las valoraciones técnicas o apreciaciones científicas que sirven de motivo para la adjudicación, el recurrente deberá rebatir de forma razonada esos antecedentes.

El recurso por nulidad deberá ser resuelto dentro de los veinte días hábiles siguientes a su interposición.

En caso que la CGR no resolviere el recurso de nulidad en el plazo indicado, deberá notificar al organismo contratante y al recurrente por medio escrito la ampliación del plazo para la resolución del recurso por no más de 5 días hábiles al plazo dispuesto en la ley para su resolución.

Durante los primeros tres (3) días hábiles de este plazo, la Contraloría General de la República establecerá la admisibilidad del recurso.

En caso de admitirse el trámite, se solicitará el expediente al órgano o entidad adquirente y se emplazará a las partes interesadas para que dentro de tres (3) días hábiles expresen sus alegatos.

La resolución emitida por la Contraloría General de la República, podrá decretar la nulidad total o parcial del proceso de la contratación.

En caso de que la Contraloría General de la República declare la nulidad parcial, mandará al organismo contratante evaluar nuevamente las ofertas debiendo continuarse con el proceso de contratación a partir del acto que está siendo declarado nulo. Si se declara nulidad total implica volver a iniciar el proceso de contratación.

Con la resolución dictada por la Contraloría General de la República, se agota la vía administrativa.

Los elementos diferenciadores de todos estos recursos vienen determinados por: el acto contra el cual se dirigen, el razonamiento jurídico que los fundamenta, el momento de su presentación, el órgano competente ante quien se interpone y resuelve, los plazos y el efecto jurídico de la resolución que se emite. A continuación se presenta un cuadro comparativo que presentan y comparan cada uno de los recursos.

X. Tipos contractuales

La LCASP reconoce en el art. 79 señala que los tipos de contratos regulados en dicha ley son enunciativos, no excluyendo la posibilidad de que se celebre cualquier negocio jurídico en aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

1. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (ARTS. 80 LCASP Y ARTS. 252 AL 270 DE SU REGLAMENTO.

A. Definición:

Según el art. 80 de la LCASP es aquel contrato por medio del cual los organismos y entidades del Sector Público encargan a un tercero, persona física o jurídica, la ejecución de una obra pública consistente en una cosa inmueble, por naturaleza o por accesión, en las condiciones convenidas y a cambio de un precio que debe abonar el órgano o entidad contratante en su carácter de dueño de la obra.

Se entiende por obra pública, los bienes inmuebles que los organismos y entidades del Sector Público construyen con la participación de terceros, así como las modificaciones o reparaciones y rehabilitaciones que se hagan a los mismos, con la finalidad de destinarlos para cualquiera de los fines siguientes:

1. Servir de asiento para el ejercicio de la función pública, entendida ésta como actividad esencial del Estado;
2. Servir de uso a la población en general; y
3. Servir de infraestructura para la prestación de servicios públicos.

La administración del contrato de obras públicas,[1218] en el ámbito financiero, técnico y jurídico será responsabilidad de la estructura orgánica a cargo del área correspondiente y el seguimiento del cumplimiento del contrato a cargo del área de Adquisiciones.

B. Requisitos previos al inicio del procedimiento de contratación de obra pública:

De previo al inicio de un procedimiento de contratación de obra pública, el órgano o entidad contratante deberá cumplir y garantizar los requisitos de planeación, planificación presupuestaria y determinación de la forma de ejecución de la obra. Para tales efectos, el órgano o entidad contratante debe:

a. Asegurar la disponibilidad de crédito fiscal o presupuestario.

1218 Según García de Enterría la esencia de este contrato está en su configuración como una locatio operis, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del riesgo y ventura, que en su momento se creyó ser propio de la contratación administrativa y que no es sino la expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado. Eduardo García Enterría y Tomás Fernández Rodríguez. Curso de Derecho Administrativo I, reimp. De la 12a. ed., Madrid, Thomson/Civitas. 2005

b. Verificar las condiciones físicas y jurídicas del sitio donde se construirá la obra[1219] (estudio de impacto ambiental, estudio de suelo, diseños,[1220] etc.)

c. Elaborar una memoria que contenga la justificación de la necesidad de la obra y de la conveniencia de realizar el contrato. La obra pública, deberá ajustarse a los objetivos y prioridades de los planes nacionales.

d. Aprobar un proyecto[1221] de conjunto y detalle que defina la obra a realizar.

e. Elaborar el pliego de especificaciones técnicas y condiciones específicas del proyecto, el presupuesto detallado de acuerdo al desglose de la obra, de los precios unitarios y de la programación de las diferentes etapas para la realización de la obra, debidamente actualizado al momento de la convocatoria para la presentación de ofertas.

La entidad contratante será responsable de adquirir los derechos y cumplir con los requisitos que sean necesarios para la ejecución de las obras, incluyendo derechos de vía y accesos, servidumbres, bancos de materiales, fuentes de abastecimiento de agua, permisos y cualquier otra facilidad o servicio que se especifique en el Pliego de Bases y Condiciones, así como también la obtención de las licencias ambientales necesarias.

El art. 255 RLCASP establece que en todo procedimiento de licitación pública será de obligatorio cumplimiento la visita al sitio de ejecución de la obra para poder presentar oferta en dicho proceso.

De esta visita la entidad contratante deberá levantar un acta, en la cual entre otras cosas se deberá dejar constancia de la asistencia de los potenciales oferentes, será firmada por el representante de la entidad contratante para tal

1219 Esto es lo que típicamente se ha venido denominando como el replanteo de la obra que consistirá en comprobar la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de terrenos para su normal ejecución. Moreno Molina, p. 987.

1220 Doctrinariamente se dice que también puede otorgarse su elaboración a otro contratista, con la consecuencia lógica que este último no podría participar en la licitación para la obtención de la ejecución de la obra, por razones de estar en condición más ventajosa que el resto de oferentes. Moreno Molina, p. 1001.

1221 La doctrina suele definir al proyecto de obra como el conjunto de datos, especificaciones e instrucciones técnicas, conforme al cual se ha de ejecutar la obra. Los proyectos suelen ser redactados por la propia Administración, mediante su personal técnico, o mediante un contrato se servicios que implicará que un contratista concretice su elaboración. Ver: Moreno Molina José Antonio, La nueva ley del Sector Publico. Estudio Sistemático, segunda Edición. Editorial la Ley. Madrid, España. 2009. p. 973.

visita. Dicha acta será parte del expediente del proceso de contratación y se facilitará una copia a cada uno de los oferentes que hayan concurrido.

C. La ejecución de la obra

Las obras se ejecutarán con apego estricto al contrato y sus anexos, incluyendo eventuales modificaciones. Asimismo, las obras se ejecutarán con apego a las instrucciones escritas que fueren impartidas al contratista por el supervisor designado por el órgano o entidad contratante, siempre que éstas se conformaren con lo establecido en los documentos del contrato.

Durante la ejecución de la obra y hasta que expire el período de garantía de la misma, el contratista será responsable de las fallas o desperfectos que ocurran por causas que le fueren imputables, salvo el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente calificada. No será responsable el contratista por eventuales deficiencias o imprevisiones en el diseño, salvo cuando el contratista sea contractualmente responsable por la elaboración y revisión detallada de los diseños.

D. Plazo de ejecución (Art. 257 RLCASP)

El contratista deberá ejecutar la obra en su totalidad en el plazo convenido. Asimismo, el contratista deberá cumplir los plazos parciales establecidos para las diferentes etapas del proyecto, si así se hubiere previsto en los documentos de la contratación.

Si el contratista por causas que le fueren imputables, incurriere en atrasos en los plazos parciales, de manera que se temiere justificadamente que no podrá entregar la obra en el plazo total pactado, la entidad contratante tomará las medidas correctivas que fueren necesarias.

Si la obra no se ejecutare en el plazo total, la entidad contratante aplicará al contratista por cada día de atraso, una multa cuya cuantía se establecerá en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato. Esta multa no podrá ser mayor a 0.05% (cinco por millar) por cada día de retraso, hasta un máximo del 10% del valor total del contrato.

Sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren proceder, si la demora se produjere por causas no imputables al contratista, incluyendo pero no limitándose a la falta de pago en la forma y plazos especificados en el contrato, la entidad contratante autorizará la prórroga del plazo por un tiempo igual al atraso y deberá resarcir al contratista por los daños que tal atraso le causare.

E. Condiciones no previstas durante la ejecución del contrato

Cuando se presentaren condiciones no previstas o hagan más oneroso el cumplimiento de lo convenido, cualquiera de las partes podrá pedir la terminación anticipada del contrato sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad contractual, o podrá el contratista continuar la ejecución de la obra teniendo

derecho a una remuneración adicional proporcional a la diferencia resultante en el costo de la obra. (Art. 258 RLCASP)

F. Paralización de la obra pública[1222]

Cuando se paralizaren las obras en ejecución por circunstancias imputables al órgano o entidad contratante, corresponderá a ésta indemnizar los daños y perjuicios causados al contratista. (Art. 259 RLCASP)

G. Pago de la obra

La forma de remuneración del contratista deberá indicarse en el Pliego de Bases y Condiciones, pudiendo ésta establecerse bajo la modalidad de precio alzado, precios unitarios, sistema de coste y costas, o cualquier otra modalidad resultante de las combinaciones anteriores.

En cualquier caso, el precio se pagará de acuerdo al avance de la obra, sin perjuicio de la entrega de un anticipo inicial de conformidad con la ley.

Cuando así se hubiere convenido en los documentos contractuales, la entidad contratante podrá también dar adelanto para el pago de materiales con el objeto de proteger el precio de los mismos, así como pagar también el valor de los materiales almacenados para ser usados en la obra, previas las comprobaciones correspondientes.

H. Pago de anticipos en contratos de obra

El importe de los anticipos será establecido en el Pliego de Bases y Condiciones. Los mismos, serán puestos a disposición del contratista con antelación a la fecha pactada para el inicio de ejecución de la obra y para cada una de las etapas de ejecución previstas para la misma.

El contratista deberá constituir garantía por los anticipos efectuados a su favor por el órgano o entidad contratante. El monto de la garantía constituido por el contratista en tal concepto, será el equivalente al cien por ciento de cada uno de los anticipos efectuados a su favor.

El atraso, por parte del órgano o entidad contratante, en la entrega del anticipo inicial será motivo para diferir en igual plazo el programa de ejecución pactado. Cuando el contratista no entregare la garantía del anticipo dentro del plazo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, no procederá la

1222 La suspensión de obras puede, en síntesis, definirse como la potestad administrativa para, por causas de interés público debidamente motivadas, acordar la paralización de una obra previamente contratada y en fase de ejecución; no es pues, expresado en términos inversos, una situación normativamente definida por el dato puramente fáctico de la inejecución del contrato. Véase Barrero Rodríguez, María Concepción, La suspensión de la ejecución del contrato de obra pública, en Revista de Administración Pública, RAP no. 142, enero – abril 1997, p. 120.

prórroga y, por lo tanto, el contratista deberá iniciar los trabajos en la fecha establecida originalmente.

Para la amortización del anticipo en el supuesto que sea rescindido el contrato, el saldo por amortizar se reintegrará a la entidad contratante en el plazo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones y, en su defecto, dentro un plazo no mayor de quince días calendario, contados a partir de la fecha en que le sea comunicada al contratista la determinación de la entidad contratante de rescindir el contrato.

I. Revisión de precios

Los precios unitarios establecidos en los contratos serán invariables, salvo los reajustes que se reconocerán en caso de incrementos de costo en los diferentes componentes de costos de la oferta original presentada y aprobada al contratista. La revisión de precios será aplicable desde la firma del contrato y durante el plazo original del contrato y los plazos contemplados en las ampliaciones debidamente justificadas; y se tomará como precios base los que estén contenidos en la oferta y los índices de incremento de precios serán los facilitados por el Banco Central de Nicaragua y en su defecto los valores de mercado avalados por la Cámara Nicaragüense de la Construcción.

En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras que celebren las entidades del Sector Público, los costos se reajustarán, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas que constarán obligatoriamente en el pliego de bases y condiciones y en el contrato, en base a la fórmula general establecida en el art. 262 RLCASP.

El reajuste de precios se realizará mensualmente o de acuerdo con los períodos de pago establecidos en el contrato, y será efectuado en base a los precios o índices de precios a la fecha de presentación del avaluó por avance de obras por la fiscalización o unidad de control de cada obra tramitándolo conjuntamente con el avaluó por avance de obra.

J. Supervisión de la obra

La entidad contratante, por medio de su personal o de consultores debidamente seleccionados, supervisará la correcta ejecución del contrato, determinando las facultades y las obligaciones de los supervisores. (Art. 265 RLCASP)

K. Investigación de irregularidades (Art. 266 RLCASP)

Cuando hubiere indicios de responsabilidad por defectos o imprevisión imputable a los diseñadores o constructores de una obra, la entidad contratante ordenará la investigación correspondiente para los fines consiguientes.

La misma medida se tomará cuando hubiese indicios de responsabilidad por culpa o negligencia imputable a los supervisores.

La recepción de la obra por la entidad contratante no eximirá a las personas antes indicadas de responsabilidad por defectos no aparentes. Si el proyecto lo amerita, podrá exigirse un cuaderno de bitácora, debiéndose anotar en el mismo, las incidencias que ocurran durante la ejecución de la obra.

L. Cláusula de incentivos

La entidad contratante podrá incorporar en el Pliego de Bases y Condiciones, el reconocimiento al contratista por el cumplimiento anticipado del contrato, cuando la incorporación de tales incentivos resultare ventajoso o beneficioso al interés público. (Art. 267 RLCASP)

M. La recepción de la obra

La LCASP establece que en los contratos de ejecución de obras existirá una recepción sustancial y una definitiva. La primera, será solicitada por el oferente, cuando la obra pueda ser utilizada para el fin que fue concebida.

Al recibir esta solicitud el organismo adquirente procederá al levantamiento en acta de los detalles que se encuentren pendientes y realizará una valoración de los mismos. El contratista tendrá un plazo de treinta a noventa días según la complejidad de la obra para finalizar estos detalles.

El organismo adquirente procederá a la cancelación de los trabajos realizados de acuerdo a los términos del contrato, reteniendo una suma del doble del valor de la lista de detalles.

Cuando el contratista haya realizado las correcciones indicadas en la lista de detalles, solicitará una recepción definitiva, la que será suscrita por el organismo adquirente, si los trabajos pendientes de la lista de detalles están concluidos a satisfacción, para finiquitar así el contrato.

N. Entregas parciales

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando se hubiere pactado la ejecución y entrega de tramos o partes del proyecto para ser puestos al servicio público, se irán recibiendo parcialmente a medida que el contratista los vaya terminando de acuerdo con el contrato y los demás documentos contractuales. En estos casos, el plazo de garantía de calidad de los trabajos comenzará a correr a partir de la respectiva recepción parcial. Dicho plazo se establecerá atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra. (Art. 270 RLCASP)

2. El contrato de suministro de bienes (arts. 81 LCASP y arts. 271 al 283 de su Reglamento.

A. Definición

Es un contrato traslativo de dominio, en virtud del cual, una persona natural o jurídica, denominada proveedor, a cambio de un precio, se obliga a realizar a favor de la entidad contratante o suministrada, una pluralidad de prestaciones

autónomas de dar, consistentes en la entrega periódica de cosas[1223] muebles, en las fechas[1224] y cantidades[1225] fijadas en el contrato.

Para que el contrato de suministro se repute contrato administrativo, será necesario que el órgano o entidad contratante pertenezca al sector público, actúe en ejercicio de la función administrativa y adquiera las cosas objeto del contrato con la finalidad de facilitar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El contrato administrativo de suministro es un contrato principal;[1226] por lo tanto, no depende de la existencia de otro contrato ya que tiene un propósito contractual propio y específico.

Sin perjuicio de lo anterior, el contrato administrativo de suministro podrá incorporar otras prestaciones menores de diferente naturaleza, tales como el servicio de instalación, reparación o mantenimiento de los bienes suministrados, siempre y cuando el valor económico de los bienes suministrados constituya el componente principal del precio del contrato. (Art. 274 RLCASP)

B. Entrega de los bienes

El contrato administrativo de suministro podrá ejecutarse mediante entregas parciales o totales, continuas o periódicas, en los términos establecidos en los documentos contractuales. Las entregas se efectuarán en el lugar y plazo pactados. A falta de estipulación con respecto al lugar de entrega, los bienes se entregarán en la sede de la entidad contratante, si ésta estuviere en el mis-

---

1223 Los bienes a ser suministrados a la entidad contratante podrán consistir en bienes muebles corporales, consumibles o no, fungibles o no; sin que sea necesario que existan o pertenezcan al proveedor al momento de la adjudicación del contrato.

El órgano o entidad contratante adquirirá los bienes objeto del contrato administrativo de suministro en calidad de propietario, con propósito de consumo o para destinarlos a la transformación, fabricación o manufactura de otros bienes. (Art. 271 RLCASP)

1224 El contrato administrativo de suministro es de tracto sucesivo, de duración o ejecución periódica o continuada, y su duración se prolonga en el tiempo. Cuando trascienda más de un periodo presupuestario, la disponibilidad de crédito presupuestario deberá estar autorizado de conformidad con la ley que rige la materia. (Art. 273 RLCASP)

1225 La cantidad de bienes a ser adquiridos estará en función de las necesidades de la entidad contratante, la que deberá indicar en los documentos contractuales la cantidad mínima y máxima que podría requerir de acuerdo a sus necesidades. (Art. 272 RLCASP)

1226 El contrato administrativo de suministro, en ausencia de normas y principios especiales de Derecho Administrativo y en la medida que no contraviniere el interés público, se regirá por las disposiciones pertinentes de la compraventa mercantil. (Art. 283 RLCASP)

mo domicilio; o en el establecimiento del proveedor, si éste se encontrare en domicilio distinto de la del suministrado.

A falta de estipulación con respecto al plazo de entrega, los bienes deberán entregarse dentro de un plazo no mayor de diez días hábiles después de cada solicitud o petición de entrega hecha por el suministrado.

C. Riesgos por pérdida o destrucción de los bienes objeto del suministro

Pendiente la entrega de los bienes objeto del suministro, el riesgo de pérdida o destrucción de los mismos, recaerá sobre el proveedor. Dicho riesgo, se trasladará al órgano o entidad contratante o suministrada hasta la entrega efectiva y a satisfacción de los bienes, conforme los términos establecidos en los documentos contractuales. Para tales efectos, la entrega de los bienes se hará constar mediante acta de recepción que deberá ser emitida por el funcionario designado por la entidad contratante.[1227]

El suministrado tiene la obligación de recibir los bienes cuando éstos se ajusten a lo pactado, caso contrario, incurrirá en mora y se le aplicarán las disposiciones legales pertinentes. Cuando los bienes no se hallen en estado de ser recibidos se hará constar esta circunstancia en el acta que se elaborará, así como las instrucciones precisas que se den al proveedor para que subsane los defectos o faltantes que existieren o para que proceda a una nueva entrega de conformidad con lo pactado.

D. Plazo de garantía

El proveedor estará obligado a extender garantía de evicción y saneamiento sobre los bienes objeto del suministro, en el plazo, términos y condiciones establecidos en los documentos del contrato. Esta garantía se entiende implícita en todos los contratos administrativos de suministro y no podrá ser válidamente renunciada.

El plazo de garantía comenzará a correr a partir de la entrega efectiva y a satisfacción de tales bienes.

Si durante el plazo de la garantía se acreditare la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados, el proveedor estará en la obligación, a opción del suministrado, de reducir el precio o sustituir o reparar tales bienes a su propio costo dentro del plazo razonable establecido por la entidad contratante.

1227 En el Derecho español se ha declarado incluso jurisprudencialmente, que la entrega se entenderá hecha cuando los bienes hayan sido efectivamente recibidos, de acuerdo con las condiciones del contrato. El contratista está obligado a entregar las cosas, objeto del contrato en el tiempo y lugar pactados. Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala tercera, contencioso – administrativa, del 5 de octubre de 1999. Ver: Moreno Molina, José Antonio: La nueva Ley de contratos del Sector Público. Estudio sistemático, 2009, p. 1150.

Lo anterior, sin perjuicio de cualquier otra acción que procediere de conformidad con los documentos contractuales o con la LCASP.

E. Inspección pendiente la entrega de los bienes

Cuando concurriere en el proveedor la doble condición de proveedor y fabricante, el órgano o entidad contratante podrá inspeccionar el proceso de fabricación de los productos que deban entregarse, pudiendo ordenar o realizar por si mismo los análisis, ensayos o pruebas de los materiales a emplear o de los productos terminados.

De igual forma, la entidad contratante podrá adoptar otras medidas de control de calidad y tomar cuantas disposiciones estime convenientes para asegurar el estricto cumplimiento de lo convenido.

F. Repuestos

El proveedor deberá garantizar, cuando fuere requerido según la naturaleza del suministro, la entrega oportuna de repuestos; asimismo, estará obligado, cuando fuere necesario, a entrenar al personal que se hará cargo de la operación de los bienes objeto del contrato.

El proveedor deberá acreditar, según el caso, que tiene derecho al uso de las patentes o que es titular de las marcas y derechos de autor correspondientes.

G. Pacto de exclusividad

Siempre que no contraviniere el interés público, podrá incorporarse al contrato administrativo de suministro una cláusula de exclusividad establecida en beneficio del proveedor o de la entidad suministrada. Dicha cláusula sólo producirá efectos entre las partes contratantes; por lo tanto, no será oponible a terceros.

H. Prohibiciones

Cuando la entidad contratante sea el destinatario final de los bienes objeto de consumo y sin perjuicio de lo prescrito por la Ley No. 182, Ley de Defensa de los Consumidores,[1228] ningún proveedor podrá condicionar el suministro de bienes a la compra de otras mercancías o servicios distintos a los del contrato de suministro o a no usar, adquirir o proporcionar bienes o servicios a un tercero.

I. Terminación del contrato

El contrato administrativo de suministro podrá terminar:

a. Por vencimiento del plazo.

1228 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 del 14 de noviembre de 1994.

b. Por rescisión contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones del proveedor.

J. Procedimientos aplicables

Los organismos sujetos a la LCASP contratarán el suministro de bienes siguiendo los procedimientos según corresponda de acuerdo con el monto. La LCM señala lo mismo, pero haciendo referencia lógicamente a los procedimientos de contratación que regula.

3. EL CONTRATO DE SERVICIOS (ARTS. 87 LCASP. ARTS. 80 AL 83 LCM Y ARTS. 71 AL 74 RLCM)

A. Definición

B. Los de servicios generales

Es aquel contrato en virtud del cual, un tercero, denominado prestatario, se obliga -a cambio de un precio -, a prestar un servicio a un órgano o entidad del Sector Público para la satisfacción de una necesidad. Los contratos de servicios[1229] generales presuponen la prestación de un servicio de carácter predominantemente material. Son prestados por personas naturales que ejercen la actividad comercial objeto del contrato, jurídicas o pertenecientes al Sector Público con personalidad jurídica propia.

Cuando el prestatario sea una entidad perteneciente al Sector Público, se entenderá que actúa en su capacidad de derecho privado toda vez que la naturaleza del servicio prestado no implica el ejercicio de competencias públicas.

Entre otros servicios generales,[1230] pueden contratarse servicios de vigilancia, limpieza, impresiones, lavandería, mensajería, soporte informático, man-

1229 El art. 10 de la Ley 30 / 2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público español, establece que los contratos de servicios serán aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

Como novedad importante de la nueva Ley de contratos del Sector Público en España influenciada por el Derecho comunitario europeo, la categoría del contrato de servicios ha pasado a englobar a los contratos de consultoría y asistencia que han perdido así su autonomía regulatoria. La contratación pública en el ámbito de los servicios ha crecido tanto que supone alrededor de un 25 % del total de la contratación pública comunitaria europea. Ver: Moreno, Molina, José Antonio, La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Estudio sistemático, 315.

1230 Estos contratos sugieren la idea de la manualidad opuesta a la de la intelectualidad de los contratos de consultoría que veremos a continuación. Los primeros se definen por dos notas, una positiva y otra negativa, Las primeras son de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro

tenimiento, y cualquier otra actividad relacionada con el apoyo a los organismos o entidades. Los contratos de servicios generales no podrán contratarse por períodos superiores a un año, pudiéndose renovar dicho contrato hasta por dos veces.

4. Los contratos profesionales de consultoría (Artos. 88 al 89 LCASP. Artos. 153 al 162 RLCASP)

Estos contratos presuponen la prestación de un servicio de carácter predominantemente intelectual. Son prestados por particulares, personas naturales o jurídicas que, por su nivel profesional, reúnen calificaciones y aptitudes especiales, derivadas de sus conocimientos técnicos, profesionales y científicos.

No originarán relación laboral o de empleo público. Por lo tanto, el profesional prestatario de tales servicios no gozará de los derechos ni estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas por la legislación laboral o por las leyes que regulen el estatuto de los servidores públicos.

No pueden tener carácter general y permanente. Caso contrario, la relación existente será de empleo público[1231] y el profesional será tenido como un servidor público.

Los contratos de servicios profesionales[1232] de consultoría estarán sujetos a plazos determinados y deberán establecer los objetivos y resultados concretos y específicos que se pretenden lograr.

---

acto de naturaleza análoga de la prestación y en segundo lugar, que esta sea complementaria para el funcionamiento de la Administración, para el mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones. El elemento negativo es que el contrato no se encuentre comprendido entre los de consultoría.

1231 Lo mismo establece el art. 83 de la LCM, señalando que al no originarse relación de empleo, cuando la misma se disuelve no se puede invocar las estipulaciones de las leyes laborales vigentes.

1232 En España, son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto: a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: 1ª Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. 2ª Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. 3ª Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. 4ª Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación

A. Selección del consultor

B. Selección basada en la calidad y el costo (art. 153 RLCASP)

La selección basada en la calidad y el costo es un proceso competitivo en el que, para seleccionar la personas físicas o jurídicas a la que se adjudicará el contrato, la ponderación que se asigne a la calidad y al costo se detallará en los términos de referencia[1233] y se determinará en cada caso de acuerdo con la naturaleza del trabajo que se ha de realizar.

En los términos de referencia se deberá definir claramente los objetivos, las metas y la extensión del trabajo encomendado y se suministrará información básica con el objeto de facilitar a los consultores la preparación de sus ofertas. Si uno de los objetivos es la capacitación o la transferencia de conocimientos, es preciso describirlo específicamente y dar detalles sobre el número de funcionarios que recibirán capacitación y otros datos similares, a fin de permitir a los consultores estimar los recursos que se necesitarán.

En los términos de referencia se deberá enumerar los servicios y los estudios necesarios para llevar a cabo el trabajo y los resultados previstos. Los términos de referencia no deberán ser demasiado detallados ni inflexibles, a fin de que los consultores que compiten puedan proponer su propia metodología y el personal asignado. Se alentará a las firmas a que comenten los Términos de Referencia en sus ofertas y deberán definir claramente las responsabilidades respectivas del organismo adquirente y los consultores.

C. Recepción de las ofertas

Las ofertas técnicas y financieras deberán presentarse al mismo tiempo. No se aceptarán enmiendas a las ofertas técnicas o financieras una vez cumplido el plazo. Con el fin de salvaguardar la integridad del proceso. Las ofertas técnicas y financieras se presentarán en sobres cerrados y separados.

---

académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas. Ver: Fernández Astudillo, Contrataciones administrativas, p. 365. Según Leopoldo Tolivar Alas, en su momento definimos los contratos de consultoría y asistencia como aquellos a los que recurre la Administración para hacer frente a ciertas carencias internas de medios personales, para la realización de estudios y actividades de marcado talante intelectual, que requieren una gran cualificación del contratista, y que normalmente son previas a una posterior actuación de autoridad del ente público. Recuérdese que la diferencia fundamental con los contratos de servicios era precisamente el carácter intelectual de los de consultoría frente al material de los de servicios. Véase Tolivar Alas, Leopoldo, Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios, en Revista de Administración Pública, RAP no. 176, mayo – agosto, 2008, p. 60.

1233 Son una especie de PBC en este tipo de contratos.

Las ofertas financieras permanecerán cerradas y quedarán depositadas en poder del asesor legal miembro del Comité de Evaluación hasta que se proceda a abrirlas en público. No se recibirán ofertas presentadas luego de la hora establecida en el acto de apertura.

D. La evaluación de las ofertas.

Se efectuará en dos etapas; primero la calidad, y a continuación el costo. Los encargados de evaluar las ofertas técnicas no tendrán acceso a las ofertas financieras sino hasta que la evaluación técnica haya concluido.

E. Evaluación de la calidad.

El Comité de Evaluación evaluará cada oferta técnica teniendo en cuenta entre otros los siguientes criterios:

a. La experiencia del consultor en relación con la tarea asignada,

b. La calidad de la metodología propuesta,

c. Las calificaciones profesionales del personal clave propuesto,

d. La transferencia de conocimientos, y

e. Se calificará cada criterio conforme a una escala de 1 a 100 y luego se ponderará cada calificación, lo que dará un puntaje.

F. Evaluación del costo

Una vez finalizada la evaluación de la calidad, el Comité de evaluación notificará a los consultores cuyas ofertas no obtuvieron la calificación mínima necesaria o no se ajustaron a los términos de referencia, con la indicación de que sus ofertas financieras les serán devueltas sin abrir después de terminado el proceso de selección. El Comité de evaluación notificará simultáneamente a los consultores que hayan obtenido la calificación mínima necesaria, e indicará la fecha y hora fijadas para abrir las ofertas financieras. La fecha de apertura será por lo menos dos semanas posterior a la fecha de notificación.

Las ofertas financieras serán abiertas en público en presencia de los representantes de los consultores que decidan asistir. Cuando se abran las ofertas financieras, se leerán en voz alta y se tomará nota del nombre de la firma de consultores, el puntaje de calidad obtenido y los precios propuestos. El Comité de evaluación preparará el acta de la apertura.

Si hay errores aritméticos, deberán corregirse, a los fines de comparar las ofertas, los costos deberán convertirse a una sola moneda establecida en el pliego de base y condiciones. Para los propósitos de evaluación, el "costo" excluirá los impuestos locales, pero incluirá otros gastos reembolsables, como viajes, traducciones, impresión de informes y gastos de secretaría. Se podrá asignar un puntaje de 100 a la propuesta de costo más bajo, y puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos precios a las demás ofertas. Alternati-

vamente se podrá asignar calificaciones directamente proporcionales al costo o utilizará la metodología. En los términos de referencia se deberá describir la metodología que se utilizará.

G. Evaluación combinada de la calidad y el costo

El puntaje total se obtendrá sumando los puntajes ponderados relativos a la calidad y el costo. El factor de ponderación del "costo" se elegirá teniendo en cuenta la complejidad del trabajo y la importancia relativa de la calidad. Las ponderaciones propuestas para la calidad y el costo se indicarán en los términos de referencia. Se invitará a negociar al oferente cuya oferta obtenga el puntaje más alto, en el caso que no exista un acuerdo se seguirá el orden de prelación correspondiente.

No se deberá permitir al oferente seleccionado que efectúe sustituciones de personal clave, a menos que las partes convengan en que el retraso indebido del proceso de selección haga inevitable tal sustitución o en que tales cambios son fundamentales para alcanzar los objetivos del trabajo. Si este no fuera el caso y si se determina que en la oferta se ofrecieron los servicios del personal clave sin haber confirmado la disponibilidad de éste, se podrá descalificar al oferente y continuar el proceso con el oferente que corresponda en el orden de prelación. El personal clave que se proponga como reemplazo deberá; tener calificaciones profesionales iguales o mejores que la del personal clave propuesto inicialmente.

H. Selección basada en la calidad (art. 159 RLCASP)

La selección basada en la calidad se podrá utilizar para los tipos de trabajo siguientes:

a. Trabajos complejos o altamente especializados, en que el pliego de bases y condiciones y la aportación que se requiere de los consultores resultan difíciles de precisar, y en el que el contratante espera que los consultores demuestren innovación en sus ofertas.

b. Trabajos que produce importantes repercusiones futuras y en los que el objetivo es contar con los mejores expertos.

c. Trabajos que se pueden ejecutar en formas sustancialmente distintas, de manera que las ofertas no sean comparables.

Al hacerse la selección sobre la base de la calidad, se pedirá la presentación simultánea de ofertas técnicas y financieras, pero en sobres separados (sistema de dos sobres). En la invitación se podrá dar una estimación del tiempo de trabajo del personal clave, especificando, sin embargo, que esa información sólo se da a título indicativo y que los consultores podrán proponer sus propias estimaciones.

Después de evaluar dichas ofertas, la entidad licitante procederá a abrir la oferta financiera detallada del oferente cuya oferta técnica se clasifique en primer lugar.

Luego la entidad licitante y el consultor negociarán la oferta financiera y el contrato. Todos los demás aspectos de proceso de selección serán idénticos a los de la selección basada en la calidad y el costo. Sin embargo, si se ha pedido a los consultores que presenten inicialmente ofertas financieras junto con las ofertas técnicas, se incorporarán medidas similares a las de ese procedimiento con el fin de asegurarse de que sólo se abrirá el sobre con los precios de la ofertas seleccionada y que los demás sobres serán devueltos sin abrir, después de que las negociaciones hayan concluido exitosamente. En caso que no haya un acuerdo en la negociación, se procederá a negociar en el orden de prelación técnica.

I. Selección basada en presupuesto fijo (art. 160 RLCASP)

Este método se utilizará cuando el presupuesto es fijo y el trabajo sea sencillo y se pueda definir con precisión. En la invitación se deberá indicar el presupuesto disponible y pedir a los consultores que presenten, en sobres separados, sus mejores ofertas técnicas y financieras dentro de los límites del presupuesto. Los términos de referencia se deberán preparar con especial cuidado a fin de garantizar que el presupuesto será suficiente para que los consultores realicen las tareas previstas. Primero se evaluarán todas las ofertas técnicas, tal como con el método de selección basada en la calidad y el costo. Luego se procederá a abrir en público los sobres con los precios. Las ofertas que excedan al presupuesto indicado serán rechazadas. El consultor que haya presentado las ofertas técnicas mejor clasificadas de todas será seleccionado e invitado a negociar un contrato.

J. Selección basada en el menor costo (art. 161 RLCASP)

Se podrá utilizar este método para seleccionar consultores que hayan de realizar trabajos de tipo estándar o rutinario (auditorías, diseño técnico de obras poco complejas y otros similares) para los que existen prácticas y normas bien establecidas y en los que el monto de contrato no requiere de licitación pública.

En este método se establece una calificación “mínima” para la “calidad”. Se invita a los consultores que integran el Registro de Proveedores a presentar ofertas en dos sobres separados. Primero se abren los sobres con las oferta técnicas, las que se evalúan. Aquellas que obtienen menos del puntaje mínimo se rechazan y los sobres con las propuestas financieras de los consultores restantes se abren en público. A continuación se selecciona a firma que ofrece el precio más bajo. Cuando se aplique este método, la calificación mínima se establecerá teniendo presente que todas las oferta que excedan el mínimo compiten sólo con respecto al “costo”. La calificación mínima se indicará en el pliego de bases y condiciones.

K. Selección basada en las calificaciones de los consultores (art. 162 RLCASP)

Este método se puede utilizar para trabajos por un monto inferior al establecido para la licitación por registro para los cuales no se justifica ni la preparación ni la evaluación de propuestas competitivas. En tales casos, la entidad licitante preparará los Términos de Referencia; solicitará ofertas de interés e información sobre la experiencia y la competencia de los consultores en lo que respecta al trabajo; y seleccionará a la firma que tenga las calificaciones y las referencias más apropiadas. Se pedirá a la firma seleccionada que presente una oferta técnica conjuntamente con una oferta financiera y se le invitará luego a negociar el contrato.

5. Los acuerdos marco (Art. 84 al 86 LCASP, 284 al 295 RLCASP)

A. Definición

Según el art. 2 del RLCASP es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las entidades del Sector Público deberán contratar los bienes y servicios estandarizados y de uso común que requieran, que son ofertados a través del catálogo electrónico de bienes y servicios para el acuerdo marco.[1234]

1234 Esta es una figura novedosa de la LCASP, como vemos consiste en una especie de contratación de bienes y servicios estandarizados, que serán adquiridos de forma centralizada, en pro de una especie de simplificación administrativa de compras o adquisiciones que con carácter repetitivo necesitan las entidades públicas y que se regirá por un contrato o acuerdo de carácter común, con reglas generales de aplicación. Se convierte en una especie de técnica contractual que permita a los entes públicos reducir trámites, plazos e imprimir dinamismo y flexibilidad a ciertas compras. En la doctrina, especialmente en el Derecho español, se les denomina como un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado en particular las relativas a los precios y en su caso a las cantidades previstas. Ver: Moreno Molina, p. 815 – 816.

El art. 190 de la Ley de contratos del Sector Público de España señala que las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros atribuyéndola a servicios centralizados. Las centrales de contratación podrán actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos. Según Francisco Pleite en España estos contratos se desarrollan en dos fases, la primera en la que se selecciona a los empresarios dando lugar a un listado de empresarios, productos y precios. Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de estos deberá ser, al menos de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan

Por su parte, el art. 84 de la LCASP nos dice que son los realizados por el órgano rector del sistema de administración de contrataciones del sector público a través de una licitación pública para establecer las condiciones en que los proveedores ofertan bienes o servicios estandarizados y de uso común, al sector público. Los adjudicatarios de los acuerdos marco se obligan a suministrarlos a la entidad pública que desee contratarlos dentro del plazo establecido en el acuerdo marco, para lo cual esta expedirá una orden de compra con el soporte presupuestario correspondiente.

La definición de los bienes y servicios a contratar mediante esta modalidad, la conducción de los procesos de selección, la suscripción de los acuerdos correspondientes y la administración del acuerdo marco estarán a cargo del órgano rector del sistema de administración de contrataciones del sector público.

El catálogo de bienes y servicios estandarizables y de uso común, así como el catálogo de precios derivados de los acuerdos marco son de acceso público, disponibles en el portal único de contratación y a cargo de la Unidad Normativa.

La DGCE deberá establecer criterios en los que se fomenten la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas, mediante el uso de instrumentos tales como el establecimiento de topes máximos, la división por zonas geográficas de los acuerdos, la limitación temporal de los acuerdos, las medidas necesarias para evitar la concentración de mercado en un solo proveedor, garantizando la libre competencia y evitando la conformación de monopolios, así como toda medida que contribuya al objetivo perseguido.

B. Reglas de realización y ejecución del acuerdo marco

Según el art. 285 del RLCASP, la realización y ejecución del acuerdo marco se sujetará a las siguientes reglas:

a. El acuerdo marco para la contratación de bienes y servicios estandarizados y de uso común será iniciado por el órgano rector del sistema de administración de contrataciones del sector público de oficio o a sugerencias de una o más entidades del sector público, previa evaluación de su factibilidad, oportunidad, utilidad y conveniencia.

b. El acuerdo marco se desarrollará a través de actos preparatorios, de selección, de catalogación y de ejecución contractual rigiéndose por lo previsto en el RLCASP.

c. Las fases de actos preparatorios y de selección serán realizadas por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector

a los criterios de adjudicación. Una segunda fase en la que se adjudican los contratos que se fundamentan en ese acuerdo entre aquellos empresarios. Véase Pleite Guadamillas, Franciso, Racionalización técnica de la contratación, en Revista Documentación Administrativa no. 274 – 275, 2006, p. 118.

Público y la ejecución contractual por cada entidad del sector público. La catalogación le corresponde a la Dirección General de Contrataciones del Estado.

d. El desarrollo de las fases de selección y de ejecución contractual del acuerdo marco serán publicados y difundidos a través del SISCAE.

e. Cada acuerdo marco se regirá en el orden de prelación por lo establecido en: 1) Pliegos de bases y condiciones, 2) Los términos suscritos del acuerdo marco, 3) La correspondiente orden de compra y el contrato.

f. El Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público no asumirá alguna responsabilidad en caso que un determinado bien o servicio incluido en el catálogo no sea objeto de contratación por parte de las entidades, ni por la falta de pago al proveedor adjudicado por parte de las entidades.

g. Los proveedores adjudicados deberán mantener las condiciones ofertadas en virtud a las cuales suscribieron el respectivo acuerdo marco, no obstante, tienen la posibilidad de proponer mejoras a dichas condiciones, las cuales serán evaluadas por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, y de ser aprobadas se modificaría el acuerdo marco suscrito con dicho proveedor, debiéndose publicar en el SISCAE la modificación relacionada.

h. Las entidades del sector público tienen la obligación de registrar en el SISCAE las órdenes de compras que hubieran generado en el empleo de esta modalidad.

C. Procedimiento a seguir y órgano tramitador

El desarrollo de la fase de selección se realizará mediante licitación pública la que estará a cargo de un Comité especial designado por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público. (Art. 286 RLCASP)

Consolidación de bienes y servicios estandarizados y de uso común. Los organismos y entidades del Sector Público, objeto de la Ley, deberán enviar la "Proyección del Programa Anual de Contrataciones" al órgano rector, a más tardar en el mes de octubre del período presupuestario anterior al proyectado. El Área de acuerdos marco deberá elaborar un análisis de las proyecciones recibidas, haciendo un consolidado de los bienes y servicios estandarizados de uso común, para preparar el proceso de licitación de acuerdos marco.

D. El Plan anual de licitaciones de acuerdos marco.

El Área de acuerdos marco deberá elaborar un plan anual de licitaciones de acuerdos marco y publicarlo en el portal único de contrataciones con una anticipación por lo menos de veinte días a la fecha de iniciación de la primera licitación. La publicación del plan anual de licitaciones de acuerdos marco es

requisito para iniciar el procedimiento de licitación, no tendrá carácter vinculante y, por lo tanto no constituirá obligación de contratar o de iniciar procedimientos. (Art. 288 RLCASP)

Las entidades regidas por la LCASP y su Reglamento, pueden participar en el acuerdo marco, para lo que deberán adherirse al acta correspondiente.

E. Particularidades del procedimiento

El desarrollo del procedimiento de contratación ordinario se sujeta a lo dispuesto en la parte pertinente del RLCASP. Sin perjuicio de ello, deberán tenerse en cuenta las siguientes particularidades:

a. El otorgamiento de la adjudicación a favor de uno o más proveedores en el acuerdo marco constituye un pre contrato con las dependencias de la Administración Pública que hubieren suscrito el acta de participación con la DGCE, pero no implica obligación de adquirir los bienes y/o servicios, hasta tanto no se ha firmado el acuerdo respectivo, el cual de igual manera vincula directamente a los representados originalmente o que se adhirieron al contrato.
b. La existencia de precios registrados no obliga a la entidad a emitir orden de compra sin evaluar previamente el mercado.

F. Suscripción del acuerdo y de la carta de adhesión

Una vez otorgada la adjudicación, los resultados obtenidos deberán ser publicados en el portal electrónico de la DGCE. El acuerdo marco se perfecciona con la suscripción del mismo el que se suscribe entre el proveedor o proveedores y la DGCE. (Art. 290 RLCASP)

G. Contratación bajo los acuerdos marco

Respecto de los bienes y servicios objeto de dichos acuerdos marco, las entidades públicas comprendidas o adheridas al acta pertinente deberán comprar enviando la solicitud a la Unidad Normativa, En los casos en que haya pluralidad de firmantes de un mismo acuerdo, la respectiva orden de compra será asignada en orden de llegada. (Art. 291 RLCASP)

H. Catálogo de precios

Los precios vigentes se traducirán en un catálogo que deberá estar publicado en el portal único de contratación y que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación, y la individualización de los proveedores a los que se les adjudicó y con quienes se suscribió el acta de adhesión correspondiente.

Las entidades que estén adheridas a determinado acuerdo marco de precio están obligadas a consultar el catálogo antes de proceder a convocar a un procedimiento de contratación. Si el catálogo contiene el bien y/o servicio reque-

rido, la entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente la orden de compra al proveedor designado por la Unidad Normativa.

Las órdenes de compra o de servicios que se emitan en virtud del catálogo, deberán ajustarse a las condiciones y beneficios pactados en los acuerdos marco.

I. Vigencia del acuerdo marco (Art. 295 RLCASP)

La DGCE deberá publicar en el portal único de contratación aquellos acuerdos marco que se encuentren vigentes, así como las condiciones económicas, técnicas y administrativas contenidos en ellos. El plazo de vigencia del acuerdo marco no podrá ser superior a un año.

J. Normativa aplicable (Art. 294 RLCASP)

Cada acuerdo marco se regirá por sus PBC firmes, el acta de adhesión y la respectiva orden de compra o de servicios.

Las órdenes de compra o de servicios deberán ajustarse a las condiciones consignadas en el acuerdo marco.

Mediante regulaciones administrativas el Órgano Rector normará el desarrollo de lo establecido en el Reglamento de la LCASP para asegurar el cumplimiento de los objetivos de los acuerdos marco. (Art. 295 RLCASP)

XI. Sanciones en materia de contrataciones administrativas

1. Generalidades

Nuestras normativas en materia de contrataciones establecen un régimen de sanciones administrativas, esto no excluye las responsabilidades civiles y penales que puedan atribuirse, tanto para funcionarios públicos como particulares en calidad de oferentes que hubiesen incurrido en incumplimiento de la normativa y violentado los principios contractuales. Al efecto se deben establecer garantías básicas para sustentar el debido proceso.

Las sanciones en general pueden ser impuestas en dependencia de si se aplican al funcionario o al oferente. En el caso de los primeros son interpuestas siguiendo el procedimiento de la normativa del servicio civil y carrera administrativa, por la autoridad máxima del ente contratante o la CGR a través de su Consejo Superior y su normativa. Para los segundos la DGCE y la DGCM. Estas instancias pueden proceder de oficio o por denuncia.

Las sanciones administrativas establecidas para los funcionarios públicos pueden ir desde sanciones leves como apercibimientos hasta graves como despido sin responsabilidad patronal. En el caso de los oferentes puede generarse la suspensión del Registro de Proveedores desde uno hasta cinco años. La aplicación de una sanción leve o una grave, depende de la infracción que se

genere. Nuestra normativa de contrataciones administrativas establece taxativamente las causales de esas infracciones y su respectiva sanción.

2. Sanciones en materia de contrataciones administrativas según la LCASP Sanciones para funcionarios públicos (Art. 95 al 100 LCASP)

Los funcionarios públicos tienen la obligación de respetar la normativa que conlleva la función pública que ejercen. También son responsables ante el Estado por los perjuicios que se causaren por abuso, negligencia u omisión en el ejercicio del cargo.

La LCASP establece que procederán las sanciones administrativas o disciplinarias cuando los infractores de dicha normativa fueren servidores o funcionarios públicos regidos por la Ley No. 476, –Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa[1235]– o por cualquier otra ley especial relativa al ejercicio de la función pública. En tal supuesto, el órgano sancionador y el procedimiento que deberá observarse en la determinación de las sanciones será el establecido en el estatuto administrativo correspondiente al servidor público. Todo lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones que la ley otorga a la Contraloría General de la República, en materia de responsabilidades.

Como es lógico, toda sanción proviene de una infracción, en este caso la LCASP, establece la siguiente clasificación:

A. Faltas muy graves

Los servidores públicos[1236] cubiertos por prohibición que celebren contratos con cualquier órgano o entidad del Sector Público incurrirán en faltas muy graves de servicio, sancionables con destitución, la cual será aplicada por los órganos competentes del Servicio Civil establecidos por la Ley No. 476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa,[1237] o por cualquier otra ley especial relativa al ejercicio de la función pública.

De igual forma, el art. 97 de la LCASP sostiene que incurrirán en faltas muy graves de servicios, sancionables con destitución, los servidores públicos de cada órgano o entidad contratante, cuando realicen cualquiera de los siguientes actos:

1235 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 235, del 11 de Diciembre del 2003.

1236 Para los efectos de la LCASP, no serán tenidas como servidores públicos las personas naturales que celebren contratos administrativos de servicios profesionales de consultoría, siempre que estos contratos cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa. (Art. 96 LCASP)

1237 Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 235 del 11 de Diciembre del 2003. Reglamentada mediante el Decreto No. 87 – 2004, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 153 del 6 de agosto del 2004.

1. Incurrir, después de haber sido sancionado conforme las causales de suspensión sin goce de salario, dentro de los dos años siguientes a la firmeza de la sanción respectiva, en una nueva infracción.
2. Suministrar a un oferente información que le dé ventaja sobre el resto de proveedores potenciales.
3. Recibir dádivas, comisiones o regalías, de los proveedores ordinarios o potenciales del ente en el cual labora.
4. Causar a la Administración Pública pérdidas patrimoniales, como consecuencia de su conducta dolosa o culposa. La destitución del servidor público no extinguirá su obligación de reparar las pérdidas patrimoniales causadas a la Hacienda pública o al patrimonio de la institución.
5. Recibir bienes, obras o servicios que no se ajusten a lo adjudicado, sin advertirlo expresamente a sus superiores.
6. Recomendar la contratación con una persona física o jurídica comprendida en el régimen de prohibiciones para contratar, siempre que haya conocido esta circunstancia antes de la recomendación.

B. Faltas graves

Serán sancionados con suspensión sin goce de salario por tres meses, los funcionarios o servidores públicos que cometan alguna de las siguientes faltas graves:

1. Incurrir, dentro de los dos años siguientes a la imposición de la sanción respectiva, en una nueva infracción de la misma naturaleza;
2. Propiciar o disponer la división ilegal de contrataciones, definida conforme lo establecido en la LCASP, tramitando contratos que por su monto implicarían un procedimiento más riguroso que el seguido al dividirlas; y
3. Dejar pasar el período de vigencia de las garantías, sin tomar las providencias necesarias para cautelar los intereses de la Administración Pública o ejecutarlas sin respetar el proceso señalado en el Reglamento de la LCASP.

C. Faltas leves

Los servidores públicos de cada órgano o entidad contratante serán sancionados con amonestación escrita cuando incurran en alguna de las siguientes faltas leves:

1. No incorporar oportunamente, debiendo hacerlo, la documentación atinente al expediente administrativo;
2. Impedir o dificultar de manera injustificada el acceso a un expediente administrativo, de cuyo manejo o custodia esté encargado. Excepto al acceso de las ofertas presentadas por los demás oferentes;

3. No incluir en un informe o dictamen datos relevantes para el estudio de las ofertas, cuando se determine que los conocía al rendir su dictamen;
4. Retrasar injustificadamente el trámite de pagos que deba cubrir el Sector Público a sus proveedores o contratistas;
5. Retrasar de modo injustificado la recepción de bienes u obras, siempre y cuando no hubiere surgido responsabilidad civil para la entidad contratante como consecuencia de la demora injustificada en la recepción;
6. No dar seguimiento a la ejecución del contrato hasta su cumplimiento, conforme lo pactado por las partes contratantes;
7. No resolver dentro de los plazos establecidos en la LCASP los recursos interpuestos por los oferentes, o no desarrollar las etapas del procedimiento de licitación dentro de los plazos legales.

Cualquier otra irregularidad en que incurran los servidores públicos en el curso de los procedimientos de contratación administrativa, será sancionada de conformidad con la Ley No. 476, –Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa– o por cualquier otra ley especial relativa al ejercicio de la función pública. (Art. 100 LCASP)

3. Sanciones a los contratistas (Art. 102 al 109 LCASP)

En caso que el contratista y/o proveedor particular incurriere en incumplimiento contractual, u otras infracciones, determinado con sujeción al procedimiento establecido en la LCASP y su Reglamento, procederán las correspondientes sanciones.

En tal supuesto, la sanción será determinada por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, consistiendo ésta en la suspensión del contratista particular como proveedor del Sector Público, por los plazos establecidos en la LCASP.

4. Procedimiento a seguir

En caso que el órgano o entidad contratante determinare que se produjo un incumplimiento contractual o infracción imputable al contratista particular y hubiere agotado los procedimientos legales y contractuales previstos para solucionar amistosamente dicha situación, dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, deberá denunciar tal situación al Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, para que emita resolución motivada determinando si procede o no la imposición de una sanción conforme a la LCASP.

El órgano o entidad contratante deberá acompañar su denuncia con todos los antecedentes del caso, adecuadamente ordenados, foliados y rubricados. Cuando la Contraloría General de la República en uso de las facultades de fiscalización que le confiere la Ley No. 681, –Ley Orgánica de la Contraloría Ge-

neral de la República y del Sistema de Control de la Administración Pública y Fiscalización de los Bienes y Recursos del Estado–, encontrase irregularidades contractuales que puedan ameritar sanciones para los contratistas particulares lo pondrá en conocimiento de la entidad contratante, para que ésta interponga la denuncia correspondiente al órgano sancionador.

Recibida la denuncia de incumplimiento contractual o de infracción, el Órgano Rector de Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, emplazará a los interesados por el término de tres (3) días hábiles, para que formulen los descargos o aclaraciones que consideren pertinentes.

Si como consecuencia de ello hubiere necesidad de obtener alguna prueba, luego de producida ésta, se correrá nueva vista a los interesados y al organismo contratante, por el término de cinco (5) días hábiles, con lo que se tendrá por concluido el procedimiento, debiendo dictar resolución definitiva debidamente motivada dentro de un plazo máximo de dos (2) días hábiles.

No obstante, una vez iniciado el procedimiento administrativo, la parte denunciante en cualquier etapa del procedimiento hasta antes de la resolución podrá desistir por escrito ante la misma instancia que conozca el asunto siempre que exista de previo un acuerdo debidamente motivado legal, técnico y económico entre las partes, en la que se determine el beneficio para la Administración Pública, en su caso para la entidad contratante, en cuyo caso se entenderá resuelto el conflicto. La instancia, de parte decretará en la resolución el archivo de las diligencias, lo que pondrá término al procedimiento y se considerará cosa juzgada. En los casos que se presuma responsabilidad civil y penal no cabe el desistimiento.

5. Recurso contra la resolución administrativa de sanción

La resolución en la que se impone una sanción admitirá recurso de apelación dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación respectiva; el cual se interpondrá ante el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público para que sea resuelto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El órgano de conocimiento del recurso de apelación deberá dictar su resolución dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la interposición del recurso. Si no lo hiciere dentro de dicho término, se considerará a favor del apelante la resolución recurrida.

6. Registro y publicidad de las sanciones

El Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, procederá a registrar en el Registro de Información y publicar las sanciones impuestas a los funcionarios y/o proveedores particulares de conformidad con lo establecido en la LCASP.

7. Sanción de suspensión por tres años

El contratista particular cuyo incumplimiento contractual o infracción hubiere sido determinado con sujeción al procedimiento establecido en los artículos precedentes, será sancionado con responsabilidad administrativa consistente en la suspensión para participar en procesos de contratación administrativa, por un período de tres (3) años, cuando el contratista particular:

1. Habiendo sido sancionado, incurra nuevamente en incumplimiento contractual.
2. Obtenga ilegalmente información confidencial que le coloque en una situación de ventaja, directamente o por medio de un tercero, respecto de otros competidores potenciales.
3. Suministre dádivas, directamente o por intermedio de otra persona, a los funcionarios involucrados en un procedimiento de contratación administrativa.
4. Suministre un objeto, servicio u obra de inferior condición o calidad del ofrecido.
5. Participe directa o indirectamente, en un procedimiento de contratación, pese a estar cubierto por el régimen de prohibiciones de la LCASP.

8. Sanción de suspensión por un año.

El contratista particular cuyo incumplimiento contractual, o infracción hubiere sido determinado con sujeción al procedimiento establecido en la LCASP, será sancionado con responsabilidad administrativa consistente en la suspensión para participar en procesos de contratación administrativa por un año, cuando el contratista particular:

1. Incumpla o cumpla defectuosa o tardíamente con el objeto del contrato; sin perjuicio de la ejecución de las garantías de cumplimiento del contrato y cualquier otra garantía que hubiere sido constituida a favor de la entidad contratante.
2. Invoque o introduzca hechos falsos o infundados en los procedimientos para contratar o en los recursos contra el acto de adjudicación.
3. Incumpla con el régimen de garantías regulado para el proceso de contratación respectivo.

9. Límite de las sanciones (Art. 107 LCASP)

Las sanciones no tendrán efecto retroactivo y por lo tanto no afectarán a los contratos que estén en curso de acción en el momento de la aplicación de las mismas. No se podrán imponer sanciones después de transcurrido el término de un año, contado desde la fecha en que se cometió la infracción.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO
EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. Antecedentes del Contencioso administrativo en Nicaragua

En la Constitución de 1974, en el Título XII llamado Poder Judicial, que trataba de la organización y atribuciones de este Poder, es donde se encuentran las normas que regulan al Contencioso–Administrativo.

Se estableció la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los artículos 303 y 304, se contempla la estructuración de un "Tribunal de lo Contencioso Administrativo", adscrito al Poder Judicial.

El arto. 303 decía: "Habrá un Tribunal de lo Contencioso–Administrativo en la capital de la República, que conocerá de los asuntos y en la forma que determine la Ley. Se compondrá de cinco Magistrados con sus respectivos suplentes, electos por el Congreso Nacional en Cámaras Unidas, de los cuales dos pertenecerán al Partido que hubiere obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de Autoridades Supremas. El Magistrado primeramente electo será el Presidente de dicho Tribunal. La Ley podrá, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, crear otros órganos de la Contencioso–Administrativo".

Por su parte el arto 304 decía: "Contra las resoluciones del Tribunal de la Contencioso–Administrativo se podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos que determine la Ley".

En los artículos 284, 288, 290 y 305 del mismo cuerpo legal se desarrollaron otros aspectos de lo Contencioso–Administrativo. A pesar de dedicársele todos estos artículos el Tribunal de lo Contencioso–Administrativo nunca se llegó a organizar, ni se dicto la ley para su funcionamiento.

A inicios de los años noventa, tras el triunfo electoral en 1990 de Doña Violeta Barrios de Chamorro se redacto un documento que era un acuerdo entre el Frente Sandinista de Liberación Nacional, FSLN y al Unión Nacional Opositora, UNO, sobre reformas Constitucionales. Aunque no fue aprobado tenía una serie de artículos referentes a la constitución de un Tribunal Contencioso–Administrativo. Fue un intento fallido de incorporar nuevamente esta materia en la Constitución de la República.

Es hasta julio de 1995 a través de la Ley No. 192 que entraron en vigencia las reformas de la Constitución de 1987, reformando 65 de los 202 artículos que la componían.

En el Título VIII de la Organización del Estado, Capítulo V del Poder Judicial, se instituyo nuevamente el Contencioso–Administrativo pero ya no con la estructura de un Tribunal, sino como una Sala más de la Corte Suprema de

Justicia, esto se observa en su arto. 163 que estipulaba: "La Corte Suprema de Justicia estará integrada por doce Magistrados electos por la Asamblea Nacional. La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas por un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso–Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados".

De acuerdo a este artículo se estableció como requisito numérico un mínimo de tres Magistrados por cada Sala, lo que no impedía que estas se integrarán por más de tres miembros como planteaba el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia sobre la División en Salas, (Acuerdo No. 125) de enero de 1996, que en su inciso segundo decía: "Cada una de las Salas estará integrada por seis Magistrados, quienes elegirán de entre sus miembros al Presidente de la misma por un período de un año y cuyas atribuciones se establecen en el Reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia".

Cada uno de los doce Magistrados que formaban la Corte Suprema de Justicia, podían participar al mismo tiempo en dos y en algunos casos hasta en tres Salas diferentes, de acuerdo a sus respectivas especializaciones, inclinaciones o preferencias, para que conozcan de las materias propias de su competencia.

Como percibimos en la reforma constitucional no se señaló la necesidad de promulgar una Ley de lo Contencioso–Administrativo que normará la funcionalidad de la Jurisdicción Contenciosa–Administrativa en Nicaragua, que hasta hace muy poco era inexistente, lo que ocasionaba un gran vacío en la legislación nicaragüense y un desamparo del ciudadano frente al actuar de la Administración Pública, que sólo podía defender sus derechos a través del Recurso de Amparo.

Este vacío legislativo se trató de llenar con la prestación de un Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la República de Nicaragua por la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Nacional el veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y siete. En este proyecto de ley, por razones de técnica legislativa se obvió el titulo primero.

En su titulo segundo referente al Contencioso–Administrativo, CAPÍTULO II, titulado: "De los órganos de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa", en su artículo 36 se señalaba que la Jurisdicción Contencioso–Administrativa se ejercería por los siguientes órganos:

a) La Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

b) Las Salas de lo Contencioso–Administrativo de los Tribunales de Apelaciones.

Se proponía ya una propuesta de estructura orgánica de lo Contencioso–Administrativo digna de discutir de ley a simple vista, sin embargo, nunca fue aprobado.

Junto a esta reforma constitucional y producto de la presión internacional y en un contexto de obligaciones y condiciones para el desembolso de la

ayuda externa de los países cooperantes, las cuales deben ser cumplidas por nuestro Gobierno como garantía del buen uso de dichos fondos, se dictamino el Proyecto de Ley de 1997, por una Comisión Técnica Asesora de la Comisión Dictaminadora de la Asamblea Nacional, creándose una especie de Proyecto dictaminador denominado Proyecto de lo Contencioso–Administrativo, con fecha de 16 de Marzo del año 2000, que en realidad era el dictamen del proyecto de ley de 1997, para su aprobación en la Asamblea Nacional.

Dicho dictamen estableció la misma estructura orgánica del proyecto de ley de 1997, pero localizó el conocimiento y la resolución del fondo del asunto en las Salas de lo Contencioso–Administrativo que se crearían en los Tribunales de Apelaciones, convirtiendo a la Corte Suprema de Justicia en una Segunda instancia o especie de Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso–Administrativo, es decir que le Recurso Contencioso–Administrativo pasó a ser un juicio o proceso de doble instancia según el arto. 48 de dicho dictamen.

La Comisión Dictaminadora aprobó dicho dictamen, pasando al plenario del Poder Legislativo, aprobándose el día 18 de Mayo del año 2000, publicándose como Ley No. 350 (Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo) la cual según su arto. 19 mantuvo la misma estructura física del proyecto de ley de 1997, pero con el funcionamiento propuesto en el dictamen del año 2000, según su arto. 49 (de la ley No. 350), con la gran novedad de utilizar a los Juzgados de Distrito y Locales de todo el país como uno de los órganos receptores de la demanda Contencioso–Administrativa (arto. 25 de la Ley No. 350).

II. Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350

El dieciocho de junio del año dos mil uno, José Antonio Bolaños Tercero, presento ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, un recurso de inconstitucionalidad, contra de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo.

El recurrentes, expresaba en su recurso, que el artículo 119 de la ley, en su párrafo segundo viola la Constitución Política de Nicaragua, al establecer como causal de destitución de los Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Supremo Tribunal, por la Asamblea Nacional, el no fallar en el plazo fijado por dicha ley, asumiendo dicho órgano legislativo facultades de juzgar y ejecutar lo juzgado, que son propias del Poder Judicial de conformidad con los Arts. 158 y 159 de nuestra Constitución Política, constituyéndose la Asamblea Nacional en un Tribunal de Justicia, invadiendo el ámbito de competencia del Poder Judicial, contradiciendo los Arts. 34 numerales 3), 4) y 9), 129, 158, 19 y 130, todos de la Constitución Política.

José Antonio Bolaños Tercero, asimismo señaló que la Ley 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, le ocasionaba los siguientes perjuicios: a) como usuario de la administración de justicia, al pretender ser destituidos los Magistrados, y que como ciudadano tenía derecho

de salvaguardar y proteger; b) Que como ciudadano tiene la obligación de respetar y hacer que sean respetados los Poderes del Estado, convirtiéndose el Art. 119 de la Ley 350 en un desequilibrio entre los Poderes del Estado, debilitando las instituciones de un Estado Democrático y de Derecho, en que se debe respetar y tutelar los Derechos Humanos; c) El desorden que dicha ley quiere imponer entre los propios administradores de justicia, ya que por cualquier denuncia podrían ser destituidos de sus cargos, lo que violenta el Art. 160 2 Cn. al establecer un procedimiento anómalo y arbitrario. Que por todas las razones expuestas, consideraba que el Art. 119 párrafo segundo de la Ley 350, violaba los artículos 34 numerales 3) 4) y 9) , 129, 158, 159 y 130, todos de la Constitución Política, por lo que comparecía en su propio carácter y como ciudadano a entablar Recurso de Inconstitucionalidad en contra del Art. 119 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dirigía su recurso en contra del doctor Arnoldo Alemán Lacayo, mayor de edad, casado, Abogado y Notario Público, en su calidad de Presidente de la República de Nicaragua, por haber sancionado dicha ley. Asimismo, dirigía su recurso en contra de don Oscar Moncada Reyes, mayor de edad, casado, Administrador de Empresa, del domicilio de Masatepe, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional.

José Antonio Bolaños Tercero, también expresaba en su recurso de inscontitucionalidad, que la Constitución de Nicaragua garantiza la inamovilidad de los Magistrados y que la Asamblea Nacional sólo tiene la facultad para elegir a dichos Magistrados, admitirles su renuncia, fundadas en causas legales debidamente comprobadas y desaforarlos, para someterse a los Tribunales de Justicia, pero que ningún precepto constitucional autoriza destituirlos. Que la Asamblea Nacional se desvió de su esfera de acción que le marca la Constitución Política, que solamente tiene la facultad de desaforar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, similar a la formación de causa, que es la pérdida de inmunidad en virtud de una acusación o denuncia. Pidió se le diera el curso de ley, al presente Recurso de Inconstitucionaldiad, y que se declarara la inaplicabilidad del Art. 119, segundo párrafo de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, se tuvo como parte a la Procuraduría General de Justicia, a la que se le ordenó notificarle dicha providencia y darle copia del presente Recurso de Inconstitucionalidad.

Mediante escrito de las once y cincuenta minutos de la 3 mañana del veintisiete de julio del año dos mil uno, compareció ante la Corte Suprema de Justicia, la Licenciada Delia Mercedes Rosales Sandoval, en su carácter de Procuradora Administrativa y Constitucional por delegación del Procurador General de Justicia. Por escrito presentado por el doctor Oscar Tenorio Hernández a las once y cuarenta minutos de la mañana del seis de agosto del año dos mil, rindió informe el doctor Arnoldo Alemán Lacayo, en su carácter de Presidente de la República de Nicaragua, quien expuso en síntesis: Que la parte final del Art. 119 de la Ley 350, instituye una norma característica del derecho administra-

tivo sancionador, similar a muchas otras que se encuentran diseminadas en distintos cuerpos jurídicos, cuya finalidad es evitar la retardación de justicia y salvaguardar los derechos del ciudadano. No existía violación constitucional, ya que el artículo en referencia establece una causal de destitución y encomienda la aplicación de una sanción administrativa a la Asamblea Nacional. Que dicha disposición constituía por ley, una causa autónoma para la remoción de aquellos Magistrados que incurran en retardación de justicia y que el procedimiento para la aplicación de esta disposición no queda al arbitrio de la Asamblea Nacional, sino que dispone que ésta determinará el procedimiento para aplicarlo, y que la misma de conformidad con los Arts. 138 numerales 7) y 24) Cn. establece que es el Poder del Estado facultado para nombrar y juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El doctor Arnoldo Alemán pidió a la Corte Suprema de Justicia que fuera desestimado y rechazado el Recurso de Inconstitucionalidad.

Por escrito presentado por el doctor Oriel Soto Cuadra, a las dos y cuarenta y nueve minutos de la tarde del trece de agosto del año dos mil uno, rindió informe el Licenciado Oscar Moncada Reyes, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, expresando: Que el párrafo segundo del artículo 119 de la Ley 350 no contravenía en modo alguno las disposiciones constitucionales mencionadas por el recurrente, ya que el caso contemplado en dicha disposición no era un asunto judicial cuya competencia fuera arrogada por la Asamblea Nacional, sino una atribución que el constituyente asignó al Poder Legislativo, como es la resolver sobre la destitución de los funcionarios que dicha Institución nombra, de conformidad con el Art. 138 numeral 11 Cn., por lo que no se contravienen los Arts. 34 numerales 3), 4), 9), 129, 130, 158, 159, y 160 de la Constitución Política.

III. Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Número 40, y de conformidad con los considerandos hechos y artículos 424, 426 y 436 Pr. y artos. 6, 17, 18 y 19 de la Ley de Amparo, los suscritos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Número 40, resolvieron „HA LUGAR AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, interpuesto por JOSE ANTONIO BOLAÑOS TERCERO, mayor de edad, casado, Abogado y Notario, del domicilio de Granada, en su carácter de ciudadano, en contra del Art. 119, párrafo segundo de la Ley No. 350 –Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo–, en consecuencia declarase la inaplicabilidad de dicha norma. II.- De oficio declaráse la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los Arts. 19 numeral 2), 25, 49, 130, 131, 132, 133, 136, así como la parte pertinente de los artículos en que se mencionare “la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Apelaciones ”, 21 párrafo segundo, 33 párrafo primero, 42 párrafo primero, 117 párrafo primero, primera línea

que dice "La Sala respectiva del Tribunal de Apelaciones..", Arts.2 numeral 18), 23 párrafos primero, segundo y tercero, 24, 43, Art. 54 párrafo primero, que dice: "Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda, cabrá Recurso de Apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia", Art. 62 párrafo primero, que dice: "la Sala respectiva del Tribunal de primera instancia", Art. 65 párrafo primero, última línea, "Del auto que se pronuncie sobre la suspensión, cabrá el recurso de apelación en efecto devolutivo", Art. 72 párrafo segundo, que dice: "Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación en ambos efectos, que deberá interponerse en un plazo de tres días", Art. 96, 99 párrafo segundo,última línea "Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación", 105, 106 párrafo primero y segundo, 107, 108, 109, 110 párrafo primero, 111 y 118.

La declaración de insconstitucionalidad parcial, ha tenido como consecuencia directa que la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha quedado limitada, al conocimiento, de las impugnaciones, de Disposiciones de carácter general, ya que la misma ley establece, que puede ejercerse, directamente la acción ante esta, sin necesidad de agotar, la vía administrativa, de igual forma, cuando se trate de la aplicación, de esas disposiciones cuando se fundamenten, en no ser conforme a derecho y en contra de los actos, de aplicación individual, de dichas disposiciones debiéndose entonces, agotar previamente la vía administrativa.

También, la Sala de lo Contencioso Administrativo, esta facultada a conocer, directamente, los procedimiento especiales, establecidos en el articulo 120 y siguientes, en los cuales se regula, el modo de proceder, en los asuntos, del Gobierno Central, las Regiones Autónomas, y los Municipios.

Finalmente y producto de la sentencia de inconstitucionalidad a la que ha sido sometida la ley no. 350 se ha organizado una Comisión en la Asamblea Nacional para que se elabore una nueva ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que estará coordinada por doctor Karlos Navarro.

IV. La peculiar inclusión de un listado de –definiciones básicas– en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Nicaragua. La necesidad de aprobar una ley de procedimiento administrativo

Si algo llama la atención a primera vista al experto en Derecho administrativo que lee por primera vez la LJ es, sin duda, la inclusión en su art. 2 de un conjunto de –Definiciones Básicas–, en la que se acotan conceptos tales como el de acto administrativo, Administración pública, Trámite de Audiencia, etc.

La delimitación de estas nociones no es, obviamente, tarea de una Ley Jurisdiccional, por lo que parece preciso dar, aunque sea brevemente, explicación a esta inclusión. La razón no es otra que la inexplicable falta de una ley reguladora del procedimiento administrativo en Nicaragua. Una ausencia

que ha sido denunciada por la mejor doctrina administrativa de Nicaragua,[1238] pero que no ha encontrado por el momento solución.

En un primer momento, se trato de integrar en un único texto legal, la Ley jurisdiccional, tanto la normativa reguladora de la Jurisdicción contenciosa como del procedimiento administrativo. Dicho propósito no llegó a buen puerto, como no podía ser de otra forma, decidiendo con sabiduría la Asamblea que la regulación del procedimiento administrativo requería una regulación separada. Si bien, desgraciadamente, esa normativa reguladora del procedimiento no ha visto la luz por el momento.

Esto ha obligado a incluir un conjunto de definiciones básicas en el art. 2 LJ, en la que se integran los más importantes conceptos atinentes al procedimiento administrativo, como una salida de urgencia. Una forma de salir del paso, que no resuelve, ni mucho menos, el problema. Generando de esta forma una laguna que debería ser resuelta lo antes posible.

V. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

Con el término jurisdicción se designa al conjunto de asuntos o materias que es asignado globalmente, para su conocimiento y resolución, a un conjunto determinado de órganos judiciales, que integran un orden jurisdiccional,[1239] en el caso que nos ocupa, la jurisdicción contencioso-administrativa.

La LJ fija el ámbito de la jurisdicción contenciosa en sus art. 14 y sigs. Incluye para ello una cláusula general, a la que añade posteriormente un listado de cuestiones incluidas y excluidas del ámbito de conocimiento de la justicia administrativa.

Con carácter general, la jurisdicción contenciosa conocerá de las pretensiones que se deduzcan contra actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones, situaciones y simples vías de hecho de la Administración Pública (art. 14 LJ).

Como puede verse, la ley jurisdiccional es, en este sentido, bastante avanzada, en cuanto admite que se planteen pretensiones no sólo en relación con la actividad jurídica de la Administración (actos administrativos y reglamen-

1238 Señala Rizo Oyanguren que en –Nicaragua carecemos de una Ley de Procedimiento Administrativo (...). Creemos que es tiempo de dictar una ley de ese tipo en Nicaragua. Con la rápida multiplicación de las intervenciones estatales se viene acentuando la necesidad de un ordenamiento general que, sin excluir algunos procedimientos especiales, sirva también como legislación supletoria–. Rizo Oyanguren, Op. Cit., nota 870, p. 131.

1239 Villar Palasí y Villar Ezcurra apuntan que –la Jurisdicción puede ser configurada como la facultad concedida a unos determinados órganos judiciales para conocer de determinados procesos o materias–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 269.

tos), sino también en relación con su actividad material (inactividad de la Administración y vías de hecho).

La LJ aclara, como ya dijimos, el ámbito de la jurisdicción, estableciendo expresamente la inclusión en el mismo de un conjunto de pretensiones sobre las que pudieran plantearse algunas dudas. Podemos agrupar estas materias, para su mejor comprensión en dos grupos, dependiendo de si las dudas acerca de su inclusión derivan de la materia a la que vienen referida, o bien acerca de la consideración como Administración pública del sujeto que las realiza.

En lo que se refiere al primer grupo, se señala expresamente la sujeción a la Jurisdicción contenciosa de los contratos celebrados por la Administración;[1240] de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública;[1241] las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeren en contra de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones,[1242] los conflictos administrativos entre Administraciones públicas.[1243]

En lo que se refiere al segundo, la propia LJ aporta la definición de Administración pública en su artículo 2. 2, según el cual es:

> la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realicen actividades regidas por el orde-

1240 Los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, por la Administración Pública, especialmente cuando tuvieren por finalidad el interés público, la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas– (art. 15. 1 LJ).

1241 Las cuestiones que se suscitaren sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública por los daños y lesiones que sufrieren los particulares en sus bienes, derechos e intereses, como consecuencia de las actuaciones, omisiones o vías de hechos de sus funcionarios y empleados, sin importar cuál sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se deriven. Se exceptúan aquellas demandas civiles, mercantiles o laborales que por su naturaleza deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria– (art. 15. 2 LJ).

1242 Las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeren en contra de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las causas que podrían seguirse para determinar responsabilidades penales– (art. 15. 5 LJ).

1243 Los conflictos de carácter administrativo que surgieran entre los distintos organismos de la Administración Pública; los conflictos administrativos de carácter intermunicipal o interregional, o entre los municipios y las Regiones Autónomas, y los de éstos con la Administración Pública– (art. 15. 6 LJ).

namiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas.

Este concepto general, con más o menos particularidades, viene a recoger el concepto tradicional de Administración pública, combinando, como es usual, elementos subjetivos y objetivos, y arrojando las dudas que normalmente genera todo concepto de Administración pública. Sirva lo dicho en su momento al respecto.

A ello añade la LJ un conjunto de menciones adicionales, que tratan de aclarar la sujeción a dicha jurisdicción de algunos supuestos en los que no resultaría fácil decidir dicha cuestión.

El primero de esos supuestos es el de la actividad materialmente administrativa de los órganos de otros poderes del Estado que no son Administración pública, que el propio art. 2. 2 LJ incluye en el concepto de Administración pública, y que deben entenderse, por tanto sujetos a la jurisdicción contenciosa.[1244]

En segundo lugar, también resuelve la LJ las dudas acerca de la justiciabilidad administrativa de las actuaciones de los sujetos privados que operan potestades administrativas en función de una delegación de las Administración públicas (vicarios de la Administración). Pues incluye expresamente en el ámbito de lo contencioso los –reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la Administración concedente, relativos a la fiscalización y control de las actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de las actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas– (art. 15. 4 LJ). Aunque se contempla tan sólo, como puede verse, el caso de los concesionarios de los servicios públicos, nos parece que la solución es extensible, como en su momento dijimos, a todos los vicarios de la Administración.

Por último, en tercer lugar, se incluyen dentro del ámbito de lo contencioso las pretensiones dirigidas contra determinados órganos que son enumerados específicamente: Controlaría Generales de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de Justicia, Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Pensiones (art. 15. 3 LJ).

Mención aparte se debe hacer a las cuestiones prejudiciales e incidentales de carácter civil o laboral, que se planteen a los procesos administrativos, que quedan bajo el conocimiento de la Jurisdicción contenciosa (art. 16 LJ).

1244 El art. 2. 2 LJ establece que la Administración Pública –incluye la actividad de los poderes legislativos, judicial y electoral en cuanto realizaren funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial–.

El concepto de cuestión prejudicial no es susceptible de precisión previa, debiéndose deducir su carácter en cada caso concreto. El criterio clave para la toma de dicha decisión es la existencia de una relación de dependencia entre esa cuestión cuya prejudicialidad se trata de decidir y la pretensión que se dilucida en el pleito.[1245]

En cualquier caso, la regulación de las cuestiones prejudiciales se rige por las notas de excepcionalidad e instrumentalidad, que determinan que la solución que el juez contencioso-administrativo dé a éstas, sólo surtirá efecto en el concreto proceso contencioso-administrativo del que se trate, careciendo de eficacia fuera de él, de capacidad vinculante para los órganos jurisdiccionales no contenciosos y de eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser planteada, en consecuencia, dicha cuestión ante el Tribunal competente para conocer de esa materia.[1246] Así lo establece expresamente el art. 16 LJ, que consagra expresamente la posibilidad de –su posterior revisión por la jurisdicción correspondiente– (art. 16 LJ).

Con ello, queda, en principio, precisado el ámbito de lo contencioso, a reservas de lo que pueda establecer la legislación especial. Pues la LJ concluye la atribución de jurisdicción al orden contencioso mediante una cláusula general de cierre, en virtud de la cual entra dentro de su ámbito de conocimiento cualquier –otra materia que de forma expresa determine la Ley– (art. 15. 7 LJ).

No termina, con ello, sin embargo, la precisión del ámbito de la jurisdicción contenciosa, pues contribuyen también a perfilar ésta las exclusiones de la misma. Se trata de un conjunto de materias cuya exclusión parece se puede inferir de los criterios de atribución precedentes, pero que la ley excluye expresamente para evitar equívocos: a) los actos susceptibles del Recurso de Inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso- administrativo; b) las violaciones o intentos de violaciones de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política que corresponde a la jurisdicción constitucional, a través del Recurso de Amparo; c) los de índole civil, laboral o penal atribuida a la jurisdicción ordinaria (art. 17 LJ). A estos supuestos se debe añadir las cuestiones prejudiciales penales, cuya exclusión del ámbito contencioso puede inferirse sensu contrario del art. 16 LJ.

1245 Señala Pera Verdaguer que no –se ha podido hacer una concreta enumeración de los supuestos posibles, y en cada caso habrá de procederse en lo contencioso al análisis de la pretensión ejercitada en el recurso y de la repercusión que en ella pueda tener la cuestión en principio ajena a esta jurisdicción, para concluir afirmando la naturaleza de prejudicial de la misma si se observa entre ambas un directo entrelazamiento, una dependencia en el resultado de aquella cuyo carácter de prejudicial se sostenga por alguna de las partes–. Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 118.

1246 Fernández Valverde, Op. Cit., nota 567, pp. 187-188.

En cuanto al régimen de la jurisdicción, es esencial a la misma su carácter improrrogable,[1247] esto es, la imposibilidad de disponer de la misma tanto por los órganos judiciales como por las partes,[1248] de tal forma que las cuestiones comprendidas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa no podrán ser enjuiciadas por otro orden jurisdiccional, ni se podrán plantear ante la misma cuestiones atribuidas a otros ordenes jurisdiccionales, sin perjuicio de lo dicho respecto a las cuestiones prejudiciales e incidentales.[1249]

De su improrrogabilidad se deriva su aptitud para ser controlada de oficio por el propio órgano judicial,[1250] sin perjuicio de la capacidad de las partes para ponerla de manifiesto.

Para evitar perturbaciones y desorientaciones en las partes interesadas en el proceso, la resolución que la declare debe indicar la jurisdicción que se estime competente.[1251]

VI. Competencia

Si la jurisdicción acota el conjunto de materias o asuntos que van a ser atribuidos globalmente a la jurisdicción contenciosa, la competencia va a permitir determinar como se distribuyen ese conjunto de asuntos entre los distintos órganos judiciales que componen la citada jurisdicción.[1252]

1247 Como señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, –el principio de improrrogabilid de la Jurisdicción Contenciosa, que no es privativo de ésta, sino común a todas por ser una característica fundamental de la Jurisdicción–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 273.

1248 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 819.

1249 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 273.

1250 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 819. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 273.

1251 Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 128.

1252 Como señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, la –aptitud de cada órgano judicial para actuar una pretensión, no se apoya tan solo en el hecho de que dicho órgano pertenezca efectivamente a la Jurisdicción sino que ésta, al ser una potestad única, debe ser distribuida entre los órganos que la ejerciten. Consiguientemente y de acuerdo con este principio, la competencia puede ser definida como el criterio en virtud del cual, los órganos judiciales pertenecientes a una determinada jurisdicción (en este caso, la contencioso-administrativa) tienen la facultad para resolver las pretensiones que ante los mismos se presenten, con preferencia a los demás–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 276-277.

Al igual que la jurisdicción es improrrogable y susceptible de ser controlada de oficio por el órgano judicial.

VII. Principios del proceso

La LJ opta claramente por dar un carácter central a estos principios, que bajo la rúbrica –principios generales– recoge expresamente en su Capítulo II, de forma además muy detallada, pues aglutina una amplia enumeración de los mismos, hasta el punto de desmembrar, en nuestra opinión, de forma innecesaria, en diversos principios reglas que quedarían mejor aglutinadas en una sola (por ejemplo, el principio de concentración procesal del art. 12, es simplemente una consecuencia de los principios de celeridad y eficacia regulados en el art. 11).

Ese elenco de principios se pueda concretar, en último término, en varias reglas. En primer lugar, la idea de oficialidad, que informa todo el proceso una vez que es iniciado. Así, puesto en marcha éste, el Órgano jurisdiccional deberá dirigir el mismo (art. 4 LJ), impulsarlo (art. 5 LJ),[1253] y velar por su adecuado desarrollo[1254] (art. 8 LJ) y por que se tramite sin dilaciones indebidas y con la debida eficiencia, evitando gastos inútiles (arts. 11 y 12 LJ).[1255]

Esta regla convive con un principio de disponibilidad, que se extiende no sólo a la iniciación del proceso, que –incumbe a los interesados– (art. 3 LJ); sino también a la posibilidad de las partes de –disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos irrenunciables–.

También se contempla el principio de igualdad en el proceso, consagrado expresamente en el art. 6 LJ,[1256] que se debe traducir en la disposición de las

1253 Más concretamente, señala el 5 LJ, que –el Tribunal tomará las medidas tendentes a evitar su paralización y a adelantar su trámite con la mayor celeridad posible–.

1254 Más concretamente el art. 8 LJ establece que el Tribunal –tomará todas las medidas necesarias que resulten de la Ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o de protección del debido proceso–.

1255 El art. 11 LJ establece que el –Tribunal y sus auxiliares tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso. Se prohíbe reabrir causas debidamente fenecidas–. En la misma línea incide el art. 12 LJ, según el cual los –actos procesales deberán realizarse sin demora, procurando abreviar los plazos cuando la Ley lo permita o por acuerdo entre las partes y debiendo concentrar en un mismo acto las diligencias que sean necesarias y posible de realizar–.

1256 Establece este precepto que las –partes tienen igualdad de derechos en el proceso, la cual deberá ser garantizada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquier disposición que limitara este derecho se tendrá por no puesta–.

mismas armas procesales para hacer valer sus posiciones por las dos partes litigantes.

Téngase en cuenta que el juez de lo contencioso está dotado de todas las garantías de independencia e imparcialidad propias de los órganos judiciales. Erigiéndose, en consecuencia, en un tercero imparcial, que actúa en aplicación estricta de la legalidad y sin introducir valoración de oportunidad o conveniencia alguna.[1257]

VIII. Las partes del proceso contencioso-administrativo

El concepto de partes del proceso contencioso se articula en base a la pretensión, de tal forma que son partes aquellas que formulan la pretensión (partes activas o partes demandantes) y aquellas contra las que se formula (partes pasivas o demandados).[1258]

1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal

Partiendo de una asentada, aunque, en nuestra opinión, errónea tradición,[1259] no se distingue en el ámbito del Derecho administrativo entre capacidad para ser parte y capacidad procesal. Esto ha llevado a que el Derecho positivo de Nicaragua se limite a regular la segunda, concretamente en el art. 26 LJ, según el cual la tendrán, con carácter general, las –personas naturales o jurídicas, sus representantes legales o sus mandatarios, de conformidad con la legislación común–.

1257 Como señala Morelli, el –juez administrativo, a pesar de su origen histórico, si es un tercero entre la administración y el administrado. Las partes procesales se presentan en un plano de igualdad y el juzgador deberá ceñirse estrictamente al principio de legalidad, sin que le sea dable consideración alguna sobre la oportunidad o conveniencia de la decisión que beneficie al particular. De no ser así, ¿que sentido tendría la jurisdicción contencioso-administrativa? Bien podría eliminarse, pues no sería nada distinto de una longa mano de la administración estatal, una farsa a cargo del erario público–. Morelli, Op. Cit., nota 873, p. 186.

1258 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p.165.

1259 En el mismo sentido González Pérez, que apunta lo siguiente: –se presuponía que en Derecho administrativo –y en Derecho público en general- no existía diferencia entre capacidad para ser titular de derechos (capacidad jurídica) y capacidad para ejercerlos (capacidad de obrar), ya que el reconocimiento de un derecho suponía reconocimiento de la capacidad para ejercerlo. Lo que no es cierto. Porque, en efecto, también en Derecho civil, aunque ciertamente en grado menor, existen derechos de los que no puede ser titular la persona por el hecho de serlo (...). Y en Derecho administrativo, aunque es menos frecuente que la capacidad para ser titular de un derecho vaya unida a la capacidad para ejercerlo, sigue teniendo vigencia la regla general–. González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 857.

Es un precepto, como puede verse, sumamente imperfecto, en el que se confunden los conceptos de capacidad para ser parte, capacidad procesal y representación.

El primer error de que adolece es que atribuye capacidad procesal a las personas físicas o jurídicas, sin más. Lo que supone confundir capacidad para ser parte con capacidad procesal. La capacidad para ser parte, a la que no hace referencia la LJ, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones en un proceso.[1260] Es ésta la que corresponde propiamente a las personas naturales o jurídicas, pues viene unida al concepto de personalidad, de tal forma que la ostenta toda persona, física o jurídica, por el mero hecho de serlo.[1261]

La capacidad procesal es algo distinto, es la capacidad de actuar eficazmente por uno mismo en un proceso, sin la intermediación de representante.[1262] Dicha capacidad no puede corresponder a todas las personas naturales o jurídicas, como pretende la LJ, sino únicamente a aquellas personas capacitadas para el pleno ejercicio de sus derechos, esto es, las personas físicas no incapacitadas y mayores de edad.

A los que se debe añadir –los menores de edad que hubieren cumplido 15 años, cuando ostentaren derechos o intereses propios, incluso cuando se tratare de gestiones a favor de los derechos de terceros vinculados con dichos menores dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad– (art. 26. 2 LJ). Sujetos a los que la LJ extiende expresamente la capacidad para actuar por sí mismos en el proceso, pues establece que, en –estos caso, podrán deducir sus pretensiones sin necesidad de contar con la representación de quien ejerza la patria potestad de cualquier otro representante designado judicialmente o de apoderado especialmente facultado–.

Medida que debe entenderse justificada en el antiformalismo propio del Derecho administrativo, que pugna con la negación de capacidad a los menores para ejercer directamente aquellos derechos que el ordenamiento jurídico-administrativo ejerce a su favor.[1263]

1260 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 169. González Escudero, –Las partes procesales, representación y defensa de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales–, en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Barcelona, Praxis, 1999, p. 167.

1261 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p 170.

1262 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 169. González-Escudero Op. Cit., nota 1097, p. 167.

1263 Señala Parejo Alfonso que este –régimen más flexible, amplio y generoso en materia de capacidad se explica por la naturaleza misma del Derecho administrativo y el antiformalismo que le es propio. Sería un contrasentido, en efecto, el establecimiento (...) de una política de asistencia y protección de la juventud, comprensiva de técnicas de fomento a través de asociaciones debidamente registradas, de un lado, y la negación a los jóvenes (menores de edad) de capacidad para promover, constituirse e inscribir administrativa-

Esta medida se debe administrar, no obstante, con prudencia, entendiéndola como una posibilidad establecida exclusivamente en beneficio del menor. De tal forma que no debe admitirse ésta cuando vaya a redundar previsiblemente en un perjuicio para éste. Así, por poner un ejemplo, no podrá admitirse para que renuncie a un derecho. Tratándose de actuaciones de ese tipo, es obligación del juez exigir que el menor comparezca debidamente representado por persona mayor de edad.

La excepción suple únicamente la falta de capacidad que se deriva de la minoría de edad. En caso de concurrencia de otra causa de incapacidad en el menor, deberá actuar éste debidamente representado, sin que sea de aplicación, lógicamente, la regla del art. 26. 2 LJ.[1264]

Quienes no se encuentren en estos casos carecen de capacidad procesal, por lo que deberán suplir esa carencia actuando a través de representante (art. 26. 1 LJ).

2. Legitimación

La legitimación es la capacidad para ser parte en un proceso concreto y determinado. Se posee cuando el sujeto se encuentra en una especial relación con el objeto de éste, consistente, salvo en los supuestos en los que excepcionalmente se reconoce acción popular, en la tenencia de un derecho o interés que se va a ver afectado por la resolución que se dicte en el mismo.[1265] En definitiva, que ese proceso afecte a ese sujeto de alguna manera, que tenga algo en juego en éste.[1266] Afectación que debe ser entendida en un sentido amplio, como la posibilidad de obtener cualquier beneficio o de evitar cualquier perjuicio como consecuencia del proceso. Si bien exigiéndose que se trate de una ventaja propia, pues no es suficiente con invocar el interés altruista en que se

mente las correspondientes asociaciones y solicitar y obtener las correspondientes ayudas públicas–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 452.

1264 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 864. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 452.

1265 González Pérez, Op. Cit., nota 521, pp. 173-174. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 618-619.

1266 Señala Parada Vázquez que la legitimación –en Román Paladino responde a la pregunta de "en qué le afecta" o "qué le importa" o "qué le va en ello". Porque si al que pretende recurrir no le afecta en absoluto el acto, la disposición recurrida o la inactividad material o la vía de hecho no puede estar en juicio pretendiendo su nulidad o su corrección. Por ello la legitimación supone, ante todo, la existencia de un sujeto portador de un derecho o de un interés–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 742.

cumpla la legalidad1268.[1267] En la legislación nicaragüense aparece regulada en los arts. 27 y 28 LJ, de forma un tanto enrevesada y confusa.

A. Legitimación activa

No plantea dificultades la determinación de los sujetos legitimados cuando se trate de la impugnación de actos de la Administración para solicitar su anulación. En tal caso están legitimados los titulares de interés legítimo en el asunto (art. 27 LJ). Expresión que no plantea muchas dificultades de interpretación, pues hoy en día, sentada la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva en Nicaragua, como vimos en su momento, dicho término debe comprender la posibilidad de evitar cualquier perjuicio o de obtener cualquier beneficio en el proceso que se trate.

La cosa parece, si embargo, bastante menos clara cuando se trata de la impugnación de disposiciones para solicitar su anulación. En tal caso la ley distingue dos supuestos.

El primero de ellos no es problemático, pues otorga legitimación a las –entidades, corporaciones o instituciones de Derecho Público y cualquier otro organismo que ostentare la representación o defensa de los intereses de carácter general o corporativo, siempre y cuando la disposición impugnada los lesionare o afectare el interés general– (art. 27. 1 LJ). Esto es, cualesquiera organismo al que se otorgue la salvaguarda de determinados intereses generales o corporativos podrá intervenir en el proceso contencioso en defensa de los mismos. Si bien teniendo en cuenta que carecen de dicha legitimación los partidos políticos (art. 27 LJ).

El segundo de ellos es, sin embargo, de notable oscuridad, pues se otorga también legitimación a los administrados, pero sólo en la medida en que tuvieran –interés de forma directa y legitima en el asunto– (art. 27. 2 LJ). La voluntad del legislador parece clara: condicionar la legitimación para la impugnación de las disposiciones generales a la concurrencia de un interés cualificado, de un interés especialmente intenso. Ahora bien, determinar cual es la entidad que debe tener un interés para no ser un simple –interés legítimo–, sino un –interés de forma directa y legitima en el asunto– se nos antoja una tarea imposible. Corresponderá, pues, a la jurisprudencia lidiar en dicha cuestión, determinando el significado de tan oscura determinación.

En los casos en que se pretendiere el reconocimiento y reestablecimiento de una situación jurídica individualizada, con o sin reparación patrimonial, se requerirá la titularidad de un derecho subjetivo o interés derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnada (art. 27 LJ).

1267 Sánchez Morón, –El control jurisdiccional. La Jurisdicción Contencioso-administrativa–, en Rodríguez Arana-Muñoz (dir.), La Administración Pública española, Madrid, INAP, 2002, Pág. 804.

El art. 28 LJ priva expresamente a algunos sujetos de la legitimación activa, esto es, les prohíbe –ejercer la acción contencioso-administrativa contra la actividad de la Administración Pública–.

Dicha prohibición se formula, en primer lugar, respecto a los –órganos administrativos y los miembros de sus órganos colegiados, cuando actuaren como tales– (art. 28. 1 LJ).

La doctrina discrepa sobre el fundamento de esta regla. Algunos lo justifican en la prohibición de ir contra los propios actos.[1268] Mientras que otros consideran que es consecuencia del principio jerárquico, que impide que mantengan postura distinta a la defendida por la institución a la que pertenecen y están ordenados.[1269]

En segundo lugar, alcanza también a los –particulares que habiendo actuado en los casos permitidos en la ley como agente o mandatarios de la Administración cuando pretendan ejercer la propia acción contencioso-administrativa en contra de los intereses de su mandante superior– (art. 28. 2 LJ).

Algunos autores encuentran, como en el caso anterior, el fundamento en la prohibición de ir contra sus propios actos.[1270] Otros, sin embargo, entienden que tiene su origen en la imposibilidad de diferenciar a efectos procesales entre la Administración y el sujeto que actúa en representación de ésta.[1271]

Por último, en tercer lugar, se extiende a:

> las entidades de Derecho Público que fueren dependientes o guardaren una relación de jerarquía con el Estado, las comunidades de las Regiones Autónomas, o las entidades locales respecto a las actividades de la Administración de la que

1268 González-Escudero Op. Cit., nota 1097, p. 193.

1269 Consideran Garrido Falla, Palomar Olmedo y Losada González que es –consecuencia del principio jerárquico de funcionamiento de la Administración que impide a los órganos de la misma y a los miembros de los órganos colegiados impugnar la decisión con olvido de la postura mantenida por el órgano–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 179.

1270 González-Escudero Op. Cit., nota 1097, p. 193.

1271 En tal sentido señalan Garrido Falla, Palomar Olmedo y Losada González que, –aunque formalmente los agentes o mandatarios mantengan su verdadera naturaleza, es lo cierto que frente a terceros están asumiendo una representación de la Administración que les impide diferenciarse a efectos procesales–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 180.

dependieren, salvo los casos en que se les hubiere autorizado por medio de ley expresa (art. 28. 3 LJ).

B. Legitimación pasiva

El art. 29 LJ considera como sujetos demandados y, por tanto, dotados de legitimación pasiva a los siguientes sujetos:

En primer lugar, a la Administración Pública, sus organismos o entidades autoras del acto, omisión, disposición o vía de hecho a que se refiere la demanda (art. 29. 1 LJ).

Aunque la ley no haga mención aquí a los órganos de otros poderes del Estado que realicen actividades materialmente administrativas, se debe entender, en virtud de lo establecido en el art. 2 LJ, que, cuando se impugnen tales actividades, aquel de estos organismos que realice la actividad en cuestión será el sujeto demandado.

En segundo lugar, las personas que, como consecuencia del acto o disposición impugnados, pudieran ser titulares de derechos o intereses (art. 29. 2 LJ). Aunque la redacción es un tanto farragosa, parece que aquí se está haciendo referencia a los sujetos privados que ostentan un derecho subjetivo o interés legítimo que se podría ver perjudicado por la apreciación del recurso contencioso- administrativo, lo que les legitima para comparecer al proceso para defender su posición al lado de la Administración demandada.

El art. 30 LJ regula la figura del coadyuvante, estableciendo que podrá –intervenir en el proceso como parte coadyuvante de la Administración recurrida cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto, disposición, omisión o vía de hecho que motivare la acción contencioso- administrativa–.

Como puede verse, la legislación de Nicaragua se mantiene fiel a la distinción entre codemandado y coadyuvante. Los primeros serían las partes principales, que litigan en el proceso en condiciones de igualdad con la Administración demandada; mientras que los segundos serían meras partes accesorias,[1272] que en cuanto tales ostentan una posición subordinada a la del demandado, careciendo de autonomía para recurrir por sí solos la resolución y de capacidad para continuar adelante con el proceso en caso de allanamiento de éste.[1273]

La persistencia de esta figura ha sido cuestionada por una parte de la doctrina, que postula su desaparición. Si bien cuenta a su favor con importantes voces doctrinales, que ponen de manifiesto que existen determinadas situaciones de las que su titular debe tener plena disposición, por más que puedan existir otros sujetos interesados en su mantenimiento, pues le afectan de for-

1272 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 200.

1273 González-Escudero Op. Cit., nota 1097, pp. 195-196. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 469.

ma tan intensa y personal que no se puede imponer a aquél en contra de su voluntad. Lo que determina que el mantenimiento del proceso sin su anuencia carezca totalmente de sentido.[1274]

No resulta fácil, en cualquier caso, fijar el criterio que permite distinguir cuando estamos ante una parte codemandada y cuando ante un simple coadyuvante. Se ha señalado que el criterio diferenciador es que el demandado es titular de un derecho subjetivo, mientras que el coadyuvante lo es de un simple interés legítimo.[1275]

En cualquier caso, la oposición a la intervención del coadyuvante se tramitará como incidente en cuerda separada y deberá promoverse dentro de los tres días posteriores a la notificación del apersonamiento respectivo (art. 30 LJ).

Las partes coadyuvantes no incurrirán en costas ni tendrán derecho a ellas, salvo por razón de los alegatos o incidentes que ellas promovieran de forma independiente en relación con la parte principal (art. 128 LJ).

Nótese que tanto codemandados como coadyuvantes son partes de existencia eventual, no estrictamente necesarias. El reconocimiento de legitimación a los mismos no proviene de la necesidad de su presencia, pues el proceso puede desarrollarse perfectamente en su ausencia, sino más bien del deseo

---

1274 Señala González Pérez lo siguiente: –una vez personados todos aquellos que ostenten legitimación, ¿tiene sentido la diferenciación?. En mi opinión, no ofrece duda que debe ser así. Quizás, no en todos los aspectos en que se establecía, debiendo consagrarse la igualdad, por ejemplo, en aspectos como el de la legitimación para recurrir. Y aún en éste, es más que discutible. Pensemos, por ejemplo, en un proceso administrativo incoado frente a un acto administrativo que reconoció un derecho subjetivo a establecer un centro docente en una determinada localidad, en que, al existir un titular del derecho es éste el demandado, y en el que han comparecido los padres de potenciales alumnos en defensa del interés a tener tal centro docente en las proximidades de su domicilio, proceso en el que se hubiere acordado la suspensión de la ejecución del acto. La sentencia estima parcialmente el recurso y modifica el acto, imponiendo ciertas limitaciones. Supongamos que no recurre la Administración, y que el titular del derecho subjetivo derivado del acto –demandado- está conforme con las limitaciones y no decide recurrir para que la sentencia adquiera firmeza, se levante la suspensión y pueda comenzar su actividad. ¿Tendría sentido que el coadyuvante interpusiera recurso contra la sentencia, con el consiguiente efecto suspensivo, en contra de lo que interesa al demandado?–. González Pérez, –Las partes en el proceso, terceros intervenientes, coadyuvantes–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 405.

1275 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que –resulta evidente que la diferencia existente entre la parte demandada y la coadyuvante radica en que aquélla ostenta un derecho que puede resultar lesionado, en tanto que ésta, tan sólo es titular de un "interés legítimo"–. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 293.

de ofrecerles la oportunidad de defender su posición en el mismo. De lo que se deriva a su vez el carácter estrictamente voluntario de su presencia en el proceso.[1276]

La LJ otorga, por último, la consideración de demandado a los prestadores de servicios públicos (art. 29. 3 LJ).

C. Sucesión en la legitimación

Puede que durante el transcurso del proceso se pueda producir una mutación en los sujetos titulares de los derechos o intereses legítimos que se van a ver afectados por la situación discutida en el proceso.

El Derecho nicaragüense da respuesta a esta situación en el art. 31 LJ, según el cual, en los –casos en que la legitimación de las partes derivare de un derecho o relación jurídica transmisible, el sucesor podrá sustituir en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiera actuado como parte o bien podrá iniciarlo mediante el ejercicio de la acción respectiva–.

3. POSTULACIÓN

Hay que distinguir entre la defensa y representación de la Administración Pública y de los demás sujetos que intervengan en el proceso.

Por lo que se refiere a la Administración, su representación y defensa corresponde a la Procuraduría General de Justicia de la República, o en su caso, a quienes ostenten la representación legal del órgano demandado (art. 32 LJ).

No establece la LJ nada acerca de la obligatoriedad de la postulación mediante profesionales jurídicos, esto es, no indica si los ciudadanos pueden comparecer por sí mismos ante la jurisdicción contenciosa, o si necesitan hacerlo mediando la intervención de un profesional en Derecho.

Entendemos que se debería permitir la actuación directa para las cuestiones menores, de cuantía reducida, pues en caso contrario resultaría excesivamente oneroso sostener el proceso y en la práctica quedarían fuera del alcance de la tutela judicial.[1277]

1276 Indica Santamaría Pastor que se –trata de una parte de existencia meramente eventual: es obligado emplazar a estas personas, para darles la oportunidad de comparecer en el proceso en defensa de la actuación administrativa impugnada (...); pero su comparecencia en el proceso es, claro está, meramente potestativa de las mismas, pudiendo hacerlo o no, libremente–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 659.

1277 Como señala Parada Vázquez, debería –permitirse la representación y defensa directa en asuntos de ínfima cuantía, (...) que de otra forma no serán recurribles, salvo que existan empresas especializadas en esta clase de litigiosidad que se hagan cargo de los recursos por módicos precios–. Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 742.

Cuestión importante, dado el contexto económico en el que desgraciadamente se mueven importantes capas de la población nicaragüense, es la posibilidad de que alguna de las partes carezca de recursos económicos para litigar. En tal supuesto, se podrá invocar ante el tribunal dicha circunstancia, bien mediante comparecencia directa ante la sala respectiva del Tribunal o por cualquier otro medio, pero siempre dentro del plazo hábil para el ejercicio de la acción (art. 33 LJ).

En tal supuesto, el órgano judicial competente, previa información sumaria de las circunstancias del solicitante, procederá inexcusablemente y con celeridad a la designación de un defensor público o de un abogado de oficio que ejerza la defensa y representación de éste (art. 33 LJ).

La presentación de esta solicitud producirá la interrupción de los plazos, que se volverán a contar desde el momento en que se acredite en autos la aceptación de la defensa por el abogado designado de oficio. Se realizará el nombramiento del abogado conforme a las reglas del derecho común (art. 33 LJ).

Cuando los particulares que intervienen como actores, como demandantes o coadyuvantes, tuvieren posiciones que no fueren contradictorias ni excluyentes entre sí, podrán litigar unidos total o parcialmente, y bajo una misma defensa (art. 34 LJ).

IX. Objeto del proceso

Al examinar el objeto del proceso contencioso-administrativo debe comenzar destacándose la peculiar situación de éste en este aspecto, pues ha sido tradicionalmente una actividad de carácter revisor de una actividad jurídica previa de la Administración, que se había dictado en el marco de un procedimiento administrativo ya celebrado.[1278]

Esta concepción, que sigue influyendo aún en la configuración del proceso contencioso, está hoy en día ya superada en bastantes aspectos.

Así, en primer lugar, ya no se considera que el proceso tenga por objeto exclusivo, como ocurría conforme al dogma revisor, el examen de la legalidad objetiva de esa actividad jurídica previa (acto o disposición administrativa); sino que se convierte en un mecanismo de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. Esto implica, por un lado, que constituye un mecanismo de defensa de esos derechos e intereses y no, por tanto, un simple mecanismo de la revisión del acto o disposición, y; por otro, que opera ya no sólo contra una actividad jurídica previa dictada en el marco de un procedimiento, sino contra toda actuación administrativa, o incluso la omisión de ésta, capaz de

1278 Considera Parada Vázquez que el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo consiste en –su funcionalidad como recurso de apelación contra un acto o resolución previamente dictado por la Administración incluso ya ejecutoriado–. Ibídem, p. 755.

lesionar esos derechos e intereses, incluyendo así la actividad material y las vías de hecho dentro de su ámbito objetivo.[1279]

Además de ello, queda claro que las pretensiones contenciosas no son, como se pretendía desde la posición revisionista, pretensiones contra un acto o disposición, sino pretensiones deducidas contra otro sujeto, como cualesquiera pretensiones.[1280]

Ahora bien, estas innovaciones no han supuesto un abandono total de los dogmas revisionistas, que siguen manteniendo alguna vigencia, pues se sigue aún exigiendo para poder acudir al proceso contencioso la existencia de un pronunciamiento o actuación previa por parte de la Administración, o al menos la falta de la misma una vez instada por el administrado. Si bien, obviamente, no constituyen éstas ya el objeto del proceso, sino tan sólo un requisito previo para entablar el mismo.[1281]

1279 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –la tradición del contencioso- administrativo desde sus orígenes franceses puso todo su énfasis en su configuración como un proceso impugnatorio de actos administrativos, el examen de cuya legalidad, con la consiguiente sentencia anulatoria o absolutoria, agotaba toda su funcionalidad. Se habló, por ello, de un "proceso al acto", de un proceso "objetivo" (...). De ello se concluía en lo que entre nosotros se llamo el "carácter revisor" de la jurisdicción contencioso-administrativa (...), carácter que excluía cualquier otra función del proceso que no fuese la de controlar la legalidad "objetiva" del acto recurrido, sin tomar en consideración más que la situación en que el acto fue producido originariamente por la Administración. El recurso contencioso-administrativo se identificaba así en su funcionalidad con la de un recurso de casación, en la que no se admitía la prueba ni cuestiones nuevas respecto de las ya tratadas en las instancias inferiores, aquí en la vía administrativa dentro de la cual el acto se había producido–.

Sin embargo toda actuación judicial, y por tanto la contencioso-administrativa, como una técnica de tutela efectiva de "derechos e intereses legítimos". El proceso contencioso-administrativo pasó a ser así inequívocamente "subjetivo", de defensa de esos derechos e intereses frente a la "actuación administrativa" en general (...) y no precisamente frente a actos administrativos formales. La tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos no puede reducirse a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de unos actos administrativos formales–. García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 628.

1280 González Pérez señala que el proceso administrativo tiene por objeto pretensiones procesales que no se diferencian sustancialmente de las demás, aun cuando tradicionalmente se haya creído –y aun se cree por un sector de la doctrina– que las pretensiones procesales administrativas –o al menos algunas de ellas– no se deducen frente a una persona distinta del actor, sino frente a un acto, por lo que no dan lugar a un proceso entre partes–. Manual González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 211.

1281 Como señala Santamaría Pastor, no se ha abandonado por completo el principio de la necesidad de un pronunciamiento o de una actuación previos de

A ello se añade, lógicamente, una obligación de coherencia entre las pretensiones de la demanda y la vía administrativa previa, que impide que pueda plantearse cuestiones que previamente no hayan sido formuladas en vía administrativa.[1282]

La demanda contencioso-administrativa deberá ir dirigida necesariamente contra materia impugnable ante dicha jurisdicción, pues en caso contraria se declarará la inadmisibilidad de la misma, bien mediante declaración de inadmisibilidad de la demanda (art. 53. 3 LJ) o mediante sentencia de inadmisibilidad (art. 91. 3 LJ).

Como ya sabemos, la ruptura del dogma revisor permite que sean impugnables ante la jurisdicción contenciosa no sólo los actos administrativos y las disposiciones administrativas, sino también la inactividad de la administración y las vías de hecho (art. 35 LJ).

Eso no supone, sin embargo, que estas actuaciones sean en todo caso impugnables ante la jurisdicción contenciosa, pues en algunos casos su impugnabilidad está sujeta a algunos requisitos a los que se condiciona su procedibilidad.

En el caso de los actos administrativos se exige, en primer lugar, que hayan agotado la vía administrativa (art. 35 LJ), en los términos que vimos en su momento. Aparte de ello deberán ser resoluciones o bien actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, de forma tal que pusieran término a la vía administrativa o hicieran imposible continuar su tramitación (art. 35 LJ).

Distinto es el caso de los reglamentos, contra los que no cabe recurso en vía administrativa y son, en consecuencia, impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de agotar la vía administrativa (art. 36 LJ).

Si bien debe tenerse aquí presente que las normas reglamentarias dictadas por los Alcaldes son impugnables en vía administrativa mediante recurso de revisión ante el propio Alcalde o de apelación ante el Concejo Municipal (art. 40 LM). Agota la vía administrativa la resolución del recurso de apelación por parte del Concejo Municipal (art. 40 LM). Por lo que debe entenderse que sólo podrán impugnarse ante la jurisdicción contenciosa una vez agotada la vía administrativa, mediante la resolución del correspondiente recurso de apelación.

---

la Administración; pronunciamiento o actuación que, sin embargo, no constituyen el objeto del proceso ni limitan su alcance, constituyendo un mero presupuesto necesario del mismo, con relación al cual la parte recurrente puede deducir las pretensiones que se basen en cualquier norma jurídica–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 655.

1282 Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 236. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 477.

Serán también impugnables directamente ante la jurisdicción contenciosa los actos que se produzcan por la aplicación de la disposición impugnada, basándose precisamente en la invalidez de reglamento. Si bien esta solución debe entenderse aplicable únicamente cuando se impugne el reglamento de forma directa y al mismo tiempo los actos que se hayan dictado en aplicación del mismo, basándose en la nulidad de éste (art. 36 LJ).

Distinta solución se debe aplicar, sin embargo, cuando lo que se impugne no sean conjuntamente la disposición y los actos de aplicación de la misma, sino únicamente éstos últimos basándose en la invalidez de aquella. Este supuesto, conocido tradicionalmente como recurso indirecto contra el reglamento, no es propiamente un recurso contra un reglamento, pese a que su nombre parezca indicar otra cosa, sino contra los actos administrativos dictados en aplicación de éste.

Esto determina que sea un recurso contra un acto administrativo, sujeto a los requisitos procesales establecidos para este tipo de recursos. Lo que implica que esos actos sólo serán materia impugnable en la medida en que se haya agotado previamente la vía administrativa (art. 36 LJ).

En lo que se refiere a la inactividad de la Administración, para que sea actividad impugnable es preciso que se formule una reclamación previa a la Administración. Si ésta no fuera atendida en los plazos fijados por la ley (cuarenta y cinco días si se trata de supuestos de no realización de una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas; y treinta días cuando se demanda la ejecución de las resoluciones firmes de la Administración) se podrá interponer ya el recurso contencioso-administrativo (art. 37 LJ), siendo ya, por tanto, materia impugnable.

Las vías de hecho son materia impugnable sin necesidad de reclamación previa a la Administración, pues la ley establece ésta con un carácter meramente potestativo, como se deduce claramente del art. 38 LJ, que dice literalmente que –el interesado podrá solicitar–. No obstante, si el administrado opta voluntariamente por presentar esa reclamación previa, ya no podrá impugnar ésta hasta que transcurran los diez días que la LJ otorga a la Administración para su resolución (art. 38 LJ). No siendo, por tanto, materia impugnable hasta que transcurra dicho plazo.

Una vez delimitada las materias impugnables debemos preguntarnos que es lo que el administrado puede solicitar respecto a ellas, esto es, cuáles pueden ser las pretensiones de las partes.

Dicha cuestión la regula el art. 39 LJ, que establece que, el demandante podrá pedir la declaración de no ser conformes a derecho y en su caso la anulación, de los actos, omisiones, disposiciones generales y vías de hecho susceptibles de impugnación en sede contenciosa-administrativa.

También podrá el demandante:

> pedir el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento, entre ellas la declaración de haber lugar a daños y perjuicios materiales y morales, según fuere el caso, sin menoscabo de otras responsabilidades que se pudieren derivar (art. 39 LJ).

El reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas para su restablecimiento, constituye una pretensión meramente eventual, que dependerá de las concretas necesidades de tutela que concurran en cada caso.[1283]

La determinación previa del contenido de las medidas susceptibles de adoptarse para restablecer esa situación jurídica es imposible, dada la amplitud de concreciones en que puede traducirse, pues se incluirán dentro de dicho concepto cualquier medida adecuada para restablecer el estado de cosas, fáctico o jurídico, perturbado por la actuación impugnada.[1284]

Hasta ahora hemos examinado el objeto general del proceso, esto es, el conjunto de materias que pueden ser impugnadas y, por tanto, objeto del proceso, y los diferentes tipos de pretensiones que cabe formular contra las mismas. Ahora bien, junto a ellas se puede distinguir un objeto concreto del proceso, esto es, la concreta prestación formulada por el demandante en un proceso concreto y determinado, que será, en consecuencia, necesariamente un supuesto particular de impugnación de alguna de las materias genéricas susceptibles de impugnación y formulará de forma particularizada alguna de las pretensiones típicas que integran el objeto general del proceso.[1285]

En realidad, es este último el verdadero objeto del proceso en sentido estricto, pues la materia impugnable u objeto general constituye más bien un requisito de procedibilidad.[1286]

A estas pretensiones se unirán las que formulen las partes demandadas, normalmente de desestimación total o parcial.[1287] Teniendo en cuenta que en

---

1283 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 671.

1284 Ibídem, p. 671.

1285 Señala Santamaría Pastor que la referencia al objeto del proceso contencioso-administrativo es en cierta forma equívoca, pues hace referencia a dos perspectivas jurídicas diversas, cuyo contenido es igualmente dispar: de una parte, cuál sea el objeto del proceso contencioso en cuanto tal, esto es, en cuanto procedimiento judicial singular y concreto; dicho objeto está constituido (...) por las pretensiones de las partes; –pero, de otra parte, se halla el problema del objeto del proceso contencioso en abstracto, como institución general de control; cuestión que nos remite a la determinación de cuál sea la actividad susceptible de impugnación–. Ibídem, pp. 665-666.

1286 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 830. Fernández Fernández Valverde, Op. Cit., nota 567, p. 91.

1287 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 633.

el ámbito contencioso, al venir el proceso marcado por una previa actuación en vía administrativa, no cabe la posibilidad de reconvención por parte del demandado. De tal forma que éste tan sólo podrá oponerse a la pretensión del actor, bien por motivos de forma o de fondo, para obtener lograr la desestimación o inadmisión del recurso.[1288]

La suma de ambas pretensiones determina el ámbito hasta el que se extiende el conocimiento del juez, y sobre el que podrá pronunciarse en la sentencia en virtud del principio de congruencia.[1289]

X. Acumulación de acciones

Se denomina acumulación de acciones a la integración de varias pretensiones para que sean objeto de tramitación y resolución en un mismo proceso1291.[1290]

La LJ permite la acumulación de varias acciones en un mismo proceso en dos supuestos. En primer lugar, cuando las acciones y pretensiones no sean incompatibles entre sí y se hayan deducido en relación con un mismo acto, disposición, omisión o vía de hecho (art. 40 LJ).

En segundo lugar, también lo serán aquellas que se refieran a varios actos o disposiciones, cuando uno sea reproducción, confirmación o ejecución de otros o existieren entre ellos cualquier relación (art. 40 LJ).

Pueden producirse dos situaciones. En primer lugar, es posible que el demandante ejercite a través de una misma demanda varias acciones, en cuyo caso, si el Tribunal decidiese que esa acumulación es improcedente, deberá señalar, motivando la decisión, las acciones que el demandante deberá interponer por separado (art. 41 LJ), mediante auto (art. 43 LJ).

1288 Como señala Santamaría Pastor, –la naturaleza impugnatoria de actuaciones autoritarias previas que posee el proceso contencioso determina que las partes demandadas (la Administración autora del acto y los codemandados, si los hubiere) no pueden formular reconvención, esto es, pretensiones de condena al demandante distintas de las declaraciones que ya se contienen en el acto impugnado–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 657. En la misma línea, señala Pera Verdaguer que –en el procedimiento contencioso-administrativo a los demandados no les es permitido formular pretensión alguna por vía reconvencional–. –En realidad, las partes demandadas ante lo Contencioso, las únicas pretensiones que pueden ejercitar son las de oponerse a las de la parte o partes demandantes, tanto por motivos formales como de fondo, para concluir solicitando que se declare bien la inadmisibilidad del recurso Contencioso-administrativo, bien su desestimación–. Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 332.

1289 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 633.

1290 Morell Ocaña señala que la –acumulación es la reunión de dos o más pretensiones procesales para su tramitación y decisión en un solo proceso–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 477.

En segundo lugar, cabe que se presenten diversas demandas. En este supuesto la acumulación se podrá decretar en cualquier momento, previa audiencia a las partes, bien de oficio o a instancia de parte (art. 42 LJ), mediante auto (art. 43 LJ).

Contra el auto que resuelva sobre la acumulación, tanto el que denegare como el que accediere a la misma, podrá interponerse Recurso de apelación con expresión de agravios, en un plazo de cinco días ante el mismo Tribunal. El recurso se concederá en el efecto devolutivo y será resuelto en un plazo de diez días a partir de recibidas las actuaciones (art. 43 LJ).

El art. 44 LJ prevé la posibilidad de que el demandante o demandantes, después de finalizado el tramite de vista del expediente y antes de la contestación a la demanda, aclaren, rectifiquen o amplíen sus demandas, en un plazo común de veinte días. Si así se hiciera, se acompañará ese escrito de las copias necesarias para las distintas partes del proceso.

Si una vez ampliada, aclarada o rectificada la demanda se dicta un acto o disposición administrativa que guarde la relación que permite acordar la acumulación con otro acto o disposición que fuera objeto de una demanda contencioso-administrativa en trámite, el demandante podrá solicitar la ampliación de la demanda a ese asunto administrativo dentro de un plazo de treinta días (art. 45 LJ).

Solicitada la ampliación, se suspenderá la tramitación del proceso en tanto no se hubieren publicado, respecto de la ampliación, los edictos que preceptúa la LJ y no se hubiere remitido al órgano judicial el expediente administrativo a que se refiere el nuevo acto o disposición (art. 45 LJ).

XI. El proceso contencioso-administrativo

1. Plazo para la interposición del recurso

A. Plazo de interposición del recurso contra actos administrativos

Con carácter general, el plazo va a ser tan sólo de sesenta días, ampliándose excepcionalmente a noventa días para las personas que no hayan sido parte en el procedimiento administrativo, cuando el acto no hubiera sido objeto ni de notificación personal ni de publicación (art. 47 LJ).

La razón de ser de esta distinción se encuentra, obviamente, en que en el primer caso al demandante va a conocer la resolución, o al menos tiene la posibilidad de conocerla; mientras que en el segundo, al no serle está notificada ni estar tampoco publicada, va a encontrar, al menos presumiblemente, más dificultades para enterarse de su existencia y su contenido.

Nótese que este plazo de noventa días en caso de falta de notificación o publicación operará sólo para quien no haya sido parte del procedimiento administrativo, pues quien haya sido parte en el procedimiento administrati-

vo no podrá verse perjudicado por la negligencia de la Administración de no notificar o publicar la resolución como es su obligación. Para quienes estén en esta situación el plazo de impugnación no comenzara a contarse, como bien dice la ley, hasta que tengan conocimiento de ese acto (art. 47 LJ), pues lo contrario sería un flagrante atentado contra su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta solución debe ser extensible, por los mismos motivos, aunque la ley no lo diga, a los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos (en el caso de estos últimos tan sólo cuando sean conocidos o al menos reconocibles por el órgano administrativo actuante) que vayan a verse afectados por la resolución, cuando éstos no hayan tenido conocimiento de la iniciación del procedimiento administrativo.

Por otra parte, aunque la ley no lo diga, debe equipararse a la notificación la publicación del acto en dos supuestos: los procedimientos de concurrencia competitiva, como una procedimiento para el ingreso en la función pública o para la adjudicación de un contrato administrativo, por ejemplo; y aquellos en los que el acto tenga como destinatario una pluralidad indeterminada de personas, como por ejemplo la convocatoria de un examen en una Universidad pública.

En otro caso, la simple publicación, que más que probablemente no va a ser conocida por el interesado, no puede sustituir a la notificación personal, por lo que, tratándose de personas que han concurrido al procedimiento, no bastará para considerarlas notificadas, y no se abrirá, en consecuencia, a falta de notificación personal, el plazo para recurrir.

La regulación del día inicial del cómputo del plazo es bastante farragosa y de muy deficiente sistemática, en nuestra opinión, lo que dificulta bastante su comprensión. La razón de esta deficiencia reside en que se presenta como una regulación diferente según el interesado haya sido parte en el procedimiento o no, cuando, en realidad, el criterio a tener en cuenta, y que de hecho se tiene en cuenta, es si el acto ha sido notificado o no al administrado, o, en su caso, publicado.

Si el acto impugnado se hubiere notificado personalmente por cédula, bien se haya sido parte en el procedimiento o no, se comenzara a contar el plazo desde el día siguiente al de la notificación o a partir del día en que el interesado hubiere tenido conocimiento de dicha resolución (art. 47 LJ).

Nótese que el art. 47, en su primer párrafo, consagra esta solución sólo para quien haya sido parte en el procedimiento, pero el párrafo segundo excepciona de esta regla sólo para quien –no haya sido parte del procedimiento, ni se le hubiere notificado la resolución–. Es una clara deficiencia de redacción, que debe ser reconducida, extendiendo la solución vista a quien sin haber sido parte en el procedimiento se le ha notificado la resolución. Cosa que, por otra parte, se debería hacer siempre que se conozcan titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos claramente definidos que se van a ver afectados por ésta.

Téngase en cuenta que aún en el caso de que el acto sea notificado, el cómputo se puede realizar desde el día en que el interesado haya tenido conocimiento de la resolución. Esto es, puede que el interesado conozca por otras

vías la resolución, antes de que le sea ésta notificada, en este caso podrá, si lo considera oportuno, interponer el recurso judicial con anterioridad a la notificación, dándose en tal caso por notificado.

En el supuesto de que el actor no haya sido parte en el procedimiento y no se le haya notificado la resolución el plazo se contara desde el día siguiente al de la publicación integra del acto en cualquier medio de comunicación (art. 47 LJ).

Cuando se trate de personas que no han sido parte en el procedimiento y el acto no haya sido, además, publicado, el plazo, que en este caso debe recordarse que es de noventa días, se deberá de contar desde la fecha de su última notificación (art. 47 LJ).

B. Plazo de interposición del recurso contra actos producidos por silencio administrativo

El plazo para interponer el recurso es de 60 días (art. 48 LJ). No aclara la ley el día en que se iniciara el cómputo, por lo que parece que será desde que se produzcan los efectos del silencio.

Como toda la regulación del silencio administrativo en el Derecho de Nicaragua, es una estipulación sumamente criticable, pues otorga el mismo plazo para recurrir el acto dictado por silencio que para impugnar un acto expreso y notificado. Solución inaceptable, pues la situación en uno y otro caso es radicalmente diferente, dado que, al no ser notificado, en numerosos casos el administrado que carezca de preparación jurídica específica, no se apercibirá de que se ha producido dicha circunstancia y perderá su derecho a recurrir.

Por otra parte, esta limitación del plazo para impugnar debe aplicarse únicamente a los supuestos de silencio positivo. Tratándose de supuestos en que el sentido sea desestimatorio, no pueden entenderse limitados los plazos para recurrir. El silencio administrativo es una figura establecida exclusivamente en beneficio del administrado, permitiéndole el acceso a la vía judicial. No cabe que la naturaleza de esta figura acabe transformándose en una vía de extinción de sus derechos materiales, por la no impugnación del mismo transcurridos unos breves s de caducidad.[1291]

En cualquier caso, habiéndose producido silencio negativo, si la Administración dictase acto expresamente con posterioridad, se comenzarán a contar los plazos para interponer el recurso a partir de la notificación de éste de acuerdo con lo establecido para los actos expresos.[1292]

1291 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 587-588. (1997)

1292 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 306. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 588. (1997)

En caso de que el silencio sea positivo, sin embargo, si se dictase acto expreso con posterioridad, éste no sería más que un acto confirmatorio del acto presunto, que no abre de nuevo los plazos para recurrir éste.[1293]

C. Plazo para la interposición del recurso contra disposiciones administrativas

Para este supuesto el plazo de impugnación es de sesenta días desde el día siguiente al de la publicación integra de la disposición en cualquier medio de comunicación (art. 47 LJ).

D. Plazo para interponer el recurso contra la inactividad material de la Administración

En este caso también el plazo es de sesenta días, y se computará desde el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo que tiene la Administración para resolver la reclamación previa que debe presentar el administrado (art. 48. 2 LJ).

E. Plazo para interponer el recurso contra vías de hecho

El plazo es el general de sesenta días, pero debe distinguirse aquí según el administrado opte por interponer o no reclamación previa a la Administración para fijar el día inicial del computo. Si el administrado opta por acudir directamente a la vía judicial, se contará el plazo desde que se produjere la vía de hecho (art. 48. 2 LJ). Sin embargo, si decide reclamar previamente a la Administración, se iniciará el computo una vez transcurrido el plazo de diez días que tiene la Administración para atender esa reclamación (art. 48. 3 LJ).

XII. Inicio del proceso

El proceso comienza mediante la presentación de la demanda al tribunal o mediante la solicitud a éste de un defensor público o de oficio (art. 49 LJ).

Sorprende esta disposición, totalmente inadecuada para la estructura del proceso contencioso-administrativo. La iniciación por demanda, solución habitual en los procesos civiles, debe ser, sin embargo, excepcional en el contencioso- administrativo, en el que se ha tramitado previamente un procedimiento administrativo, en cuyo expediente obran los datos que deben de servir de base al recurso. Difícilmente se puede articular debidamente la demanda, por tanto, sin tener acceso a ese expediente.[1294]

Sería, por ello, bastante más adecuado, que el proceso se iniciase mediante la simple presentación de un simple escrito de interposición, en el que el actor

1293 Bocanegra Sierra, Op. Cit., nota 526, p. 99.

1294 Apunta al respecto Santamaría Pastor que el expediente –constituye una pieza de valor fundamental, pues sólo a través de la misma pueden llegar a conocerse las vicisitudes y los posibles vicios en la producción del acto impugnado–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 678.

se limite a expresar su voluntad de recurrir un determinado acto administrativo, disposición administrativa, inactividad material de la Administración o vía de hecho, identificando éste, y solicitando que se tenga por interpuesto el recurso. Una vez interpuesto el recurso de esta forma, el Tribunal pediría el expediente administrativo a la Administración, comenzando, entonces, el plazo para formular la demanda y contestar ésta.[1295]

La necesidad de establecer una solución de este tipo no puede quedar, además, obviada, alegando la posibilidad de que se haya accedido al expediente durante el procedimiento administrativo. En primer lugar, porque eso no es más que una presunción que se puede dar o no, entre otras cosas porque el actor no tiene porque haber sido parte en ese procedimiento administrativo. En segundo lugar, porque aún siéndolo, y suponiendo que haya tenido durante el mismo un conocimiento suficiente del expediente, pueden existir terceros interesados que no lo hayan tenido. Por último, en tercer lugar, y sobre todo, porque el procedimiento administrativo es una vía de tutela esencialmente gratuita en la que el administrado puede estar litigando sin asistencia jurídica, que no tendrá en la mayor parte de los casos hasta que se inicie el proceso contencioso, parece difícil que haya una tutela judicial efectiva sin que el profesional que ha de organizar la defensa jurídica de la parte pueda formular la demanda a la vista de lo previamente actuado.

Por todo ello, debería establecerse, con carácter general, la solución de deferir la formulación de la demanda al momento a que se remitiese el expediente administrativo. Regla que sólo debería encontrar excepción en los supuestos concretos en que estuviese justificado, particularmente cuando se trata de la impugnación de disposiciones generales o, en otro caso, cuando no existan terceros interesados.

El art. 50 LJ regula los requisitos del escrito de demanda, estableciendo que podrá ser presentado en papel común, y fijando las menciones que deben con-

1295 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que el –apartamiento del modelo civil está en este caso justificado plenamente. El proceso contencioso-administrativo tiene normalmente carácter impugnatorio, su finalidad es, por consiguiente, combatir un acto, disposición, inactividad o vía de hecho determinados y esto no puede hacerse eficazmente sin tener a la vista el expediente que ha dado lugar al objeto contra el que se ejercita la pretensión. Resulta, pues, obligado desdoblar la impugnación en dos momentos, limitando la fase inicial a enunciar la impugnación para que, a su vista, se emplace a todos los demandados (...) y se reclame el envío al Tribunal del expediente administrativo, de forma que, en una segunda fase, el recurrente pueda formalizar su demanda con conocimiento de causa en base al expediente en cuestión–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 634. En la misma línea, Morell Ocaña apunta que esto –es obligado, ya que el actor no cuenta con la documentación esencial hasta que la Administración demandada no remita al Tribunal el expediente administrativo–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 479. Véase también al respecto, Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 833-834.

tenerse en el mismo.[1296] A ello se deberán añadir los documentos que indica el art. 51 LJ, que son en lo esencial, los que acreditan la legitimidad de la comparecencia e identifican el acto, disposición, inactividad o vía de hecho que es objeto del recurso,[1297] copias del escrito de demanda y de los documentos que deben acompañar éste para las demás partes del proceso y los documentos en los que el actor fundamente su derecho, sin perjuicio de que aquellos que se adquieran con posterioridad se puedan presentar en cualquier momento del proceso antes de que la Sala respectiva del Tribunal se hubiere pronunciado sobre la admisibilidad de la prueba.

Nótese, no obstante, respecto a estos últimos documentos, la importancia de presentarlos en este momento, pues si así no se hiciere precluye dicha posibilidad, impidiendo su presentación posterior, que sólo se admite excepcionalmente para los documentos obtenidos en fecha posterior. Debiéndose entender que habrá que justificar que no se pudieron aportar con la demanda, para que sean aceptados.

1296 Concretamente, el art. 50 LJ exige que contenga: a) la designación de la Sala del Tribunal ante el cual se interpone la demanda; b) nombre y apellidos y demás generales de ley del actor o de su representante legal, el que debe ser abogado; c) indicación del órgano de la Administración Pública contra el que se dirige la acción; d) señalamiento de haberse agotado la vía administrativa; e) exposición de los hechos con indicación del acto, disposición, omisión o simple vía de hecho contra el que se procede; f) fundamentos de derecho y expresión de los motivos y hechos que dan lugar, aunque éstos no hubieren sido invocados en la vía administrativa, los que deberán ser tomados en cuenta por la Sala respectiva del Tribunal; g) ofrecimiento de las pruebas pertinentes, aunque no hubieren sido presentadas en el procedimiento administrativo, con indicación específica de los hechos que se pretendieren probar; y si tuvieren noticias de la existencia de algún documento que no obrare en su poder, podrá señalarse el archivo, oficina, protocolo, institución o persona en cuyo poder se encontrare para que el Tribunal lo solicite y sea tomado en cuenta por éste; h) solicitud, según sea el caso, de la suspensión del acto o de sus efectos, disposiciones, omisiones y vías de hecho objeto de la demanda; i) solicitud de que se tenga por ejercida la acción en lo contencioso- administrativo, así como de las peticiones a que ella se refiere, con estimación de los daños y perjuicios si los hubiere; j) señalamiento de casa conocida para oír notificaciones, en la ciudad donde el Tribunal tuviere su sede; k) fecha y firma.

1297 Concretamente, con el escrito de demanda se deberán presentar los documentos siguientes: a) documento habilitante con el que se acredita la representación del compareciente, en su caso; b) el documento con el que se acredita o legitima el interés del acto en su caso, cuando lo ostentare por habérsele transmitido y recibido de otro, por herencia o por cualquier otro título que lo facultare; c) descripción o copia del acto administrativo, disposición o resolución impugnada o del escrito no contestado en el que hubiere formulado su petición, reclamación o recurso, denuncia de la vía de hecho o, al menos, indicación del expediente en que hubiere recaído o de la Gaceta, Diario Oficial, o del medio de comunicación social escrito donde se hubiese publicado (art. 51 LJ).

En caso de no poder aportarse los documentos, por no obrar en poder del actor, deberá señalarse el archivo, oficina, protocolo, institución o persona en cuyo poder se encontrare para que el Tribunal lo solicite y sea tomado en cuenta por éste (art. 50. 7 LJ).

Esta regulación puede plantear problemas por dos factores que serán estudiados posteriormente con mayor detalle. En primer lugar, porque la demanda se va a formular sin tener a la vista el expediente, por lo que llegado éste se puede descubrir la necesidad de presentar documentos para desvirtuar hechos que se infieren del expediente y que antes eran desconocidos. Por otro lado, la no regulación por la ley de un trámite de alegaciones complementarias, que permita al demandante defenderse frente a los nuevos hechos que eventualmente pueda introducir el demandado en el escrito de contestación. En ambos supuestos se debería, aunque la ley no lo diga, permitir al actor presentar los documentos oportunos al efecto, sin que le sean aplicables los efectos de la preclusión procesal.

Debe notarse, no obstante, la posibilidad de que el Tribunal traiga a la vista cualquier documento que creyere conveniente para la determinación de los hechos objeto de la lítis y el derecho o interés de las partes, como diligencia para mejor proveer (art. 83 LJ). Nada impide que las partes puedan poner de manifiesto al Juez la existencia de determinados documentos que estén en esas circunstancias y que le pidan que los incorpore al proceso como diligencia de esta forma. Si bien, obviamente, acceder a ello o no será ya decisión del órgano judicial, que no está obligado a ello, pues es una decisión que se adopta de oficio.

XIII. Demanda y contestación a la demanda

La demanda se podrá apoyar en cualesquiera argumentos jurídicos, incluso aunque éstos no hubieran sido formulados en vía administrativa (art. 50. 6 LJ).

Ahora bien, téngase en cuenta que la jurisdicción contenciosa realiza exclusivamente un control de legalidad, nunca de oportunidad. Los tribunales no pueden inmiscuirse en las decisiones adoptadas por la Administración, sustituyendo el criterio de éstas por el suyo propio, lo que supondría una clara vulneración del principio de división de poderes. Tan sólo pueden llevar a cabo un control de la legalidad de sus decisiones.[1298] De aquí se deriva que la

1298 Señala Santamaría Pastor que –la potestad que ejerce la Jurisdicción contenciosa se mueve dentro de unos límites estrictos: sus órganos no son ni pueden actuar a modo de una instancia organizativa jerárquicamente superior a la Administración, de forma que puedan sustituir libremente sus decisiones por otras de contenido diverso, lo cual entrañaría un desconocimiento del principio constitucional de división de poderes–. –El sistema contencioso radica (...) en un control (es decir, una fiscalización a posteriori de actuaciones previas de carácter autoritario) de legalidad, de tal manera que la anulación de un acto administrativo y la condena a la Administración a realizar

demanda no podrá fundamentarse en motivos de pura oportunidad, que son totalmente irrelevantes, sino exclusivamente en argumentos jurídicos que denoten una vulneración de la legalidad vigente.

En caso de que la demanda adoleciese de algún defecto que impidiese su tramitación, bien porque no la acompañaran los documentos precisos, o habiéndose presentado éstos fueran insuficientes o defectuosos, o bien, a juicio del Tribunal, no concurrieran los requisitos exigidos por la LJ para la validez de la comparecencia del actor, el Tribunal no podrá rechazar la demanda, sino que deberá abrir un plazo de diez días para que el actor subsane los defectos de que se trate, especificándose en la providencia en que se indique dicha circunstancias que, si no se llevase a cabo dicha subsanación, el Tribunal ordenará sin mayor trámite que se tenga por no presentada la demanda y se archiven las diligencias, salvo que exista interés por la protección de los intereses públicos y de éstos se aconsejare que se continúe con la substanciación del proceso. En tal caso los trámites se impulsarán de oficio (art. 52 LJ).

Esta disposición se debe entender únicamente aplicable a aquellos defectos que impidan la tramitación del proceso. Por ello, la simple falta de presentación de documentos en que el demandante base su pretensión, no producirá tal efecto, sino tan sólo la preclusión del trámite, esto es, se pierde la posibilidad de presentar esos documentos y continúa la tramitación del proceso.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de presentar los documentos en el plazo de diez días, que es una clara manifestación del principio pro actione, no constituye ni un derecho ni una obligación, sino lo que se conoce técnicamente como una carga procesal, esto es, la posibilidad de realizar una determinada actuación bajo la amenaza de tener que soportar las consecuencias derivadas de su omisión en caso de no hacerlo.

Una vez presentada la demanda, dentro del tercer día, el Tribunal citará al demandante y a la Administración Pública para celebrar el trámite de mediación previa (art. 55 LJ).

Se presume que el órgano de la Administración Pública que concurra a la mediación está legalmente facultado para llegar a un acuerdo (art. 55 LJ).

Si fracasa el trámite de mediación, el Tribunal dará curso al proceso mediante la realización de tres actuaciones que se deberían desarrollar simultánea o cuasisimultáneamente, aunque como vamos a ver, no será posible en la práctica: el emplazamiento de los demandados, la publicación de la demanda y la solicitud de remisión del expediente administrativo.

El emplazamiento de las partes se llevará a cabo de forma diferente según se trate de la Administración demandada o de los codemandados y coadyu-

---

una actuación determinada sólo puede hacerse cuando aquél vulnere un precepto normativo y cuando ésta venga prevista y ordenada por otra norma jurídica–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, pp. 655-656.

vantes. En lo que se refiere a la Administración Pública, será emplazada por medio de la notificación de la demanda a la Procuraduría General de Justicia de la República o al representante legal del órgano demandado (art. 56 LJ).

Tratándose de demandados y coadyuvantes debe diferenciarse dependiendo de si se trata de personas que están identificadas en el expediente o no. En el primer caso el Tribunal deberá emplazarlas personalmente o por medio de cédula, bajo pena de nulidad (art. 59 LJ). En realidad, la LJ prevé esta solución tan sólo cuando del expediente –resultare el domicilio de las personas en cuyo beneficio se derivaren derechos–. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha estipulación debe entenderse en sentido amplio, extendiéndola a todo posible interesado que conste en el expediente, bien sea titular de derechos subjetivos o de intereses legítimos y, por supuesto, bastará con que conste un lugar para hacerle llegar las notificaciones, sea o no su domicilio.

A quienes no aparezcan identificados en el expediente se les notificará mediante la publicación de la demanda. Dicha publicación la mandará realizar el Tribunal en extracto, en idioma español y en el de la lengua de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua en que aquella hubiere sido formulada y presentada en el territorio de las Regiones Autónomas, a más tardar el siguiente día hábil a través de edictos que se fijarán en la Tabla de Avisos y en el territorio donde esa lengua se utiliza, sin perjuicio de que la parte actora o cualquier otra persona interesada en el asunto la mande a publicar a su costa en cualquiera de los medios de comunicación social escritos de circulación nacional (art. 58 LJ).

La demanda y demás documentos que fueren presentados en el juicio que no fueren escritos en idioma español, deberán ser acompañados de una traducción al español debidamente validada (art. 58 LJ).

La ley incurre aquí de nuevo en una incongruencia notable, pues el emplazamiento de las partes no se podrá realizar hasta que se reciba el expediente, momento en que se sabrá que personas deben ser objeto de emplazamiento personal. Inconscientemente el legislador da muestras, en nuestra opinión, de su error, regulando el trámite de petición del expediente después del emplazamiento, cuando cabalmente no se podrá llevar a cabo el segundo sin haber realizado antes el primero.

Ya criticamos en su momento el diseño general del proceso por no tener en cuenta la importancia del expediente, que postula que no se formule la demanda hasta que llegue éste. En este punto, sin embargo, el problema proviene no de la iniciación del proceso mediante demanda, sino de que sea el Tribunal quien tenga que emplazar a los interesados que aparezcan en el expediente. La solución lógica sería que se ordenara a la propia Administración realizar ese emplazamiento al mismo tiempo que se le ordena la remisión del expediente, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de emplazar por sí misma otros interesados al llegar el expediente, si comprobara que la Administración no ha emplazado a todas aquellas personas que deben serlo. De esta forma sería

posible emplazar de forma cuasisimultánea a todos los interesados, evitando que el proceso estuviera paralizado inútilmente.

La finalidad del emplazamiento es poner en conocimiento de los interesados la iniciación del proceso, a fin de que puedan personarse en el mismo y defender su posición. Ahora bien, la posición de los distintos sujetos implicados no es, al respecto, ni mucho menos uniforme, sino que varía dependiendo de la situación en que se encuentren.

Así hay que distinguir, por un lado, el régimen aplicable a la Administración demandada, que deberá personarse en un plazo de seis días que se le concederá al efecto cuando reciba el emplazamiento. En caso de no hacerlo será declarada rebelde (art. 56 LJ).

Los demandados y coadyuvantes, sin embargo, podrán personarse en el procedimiento desde el momento que tengan conocimiento de la acción, sin que tengan necesidad de esperar al emplazamiento para oponerse (art. 57 LJ).

La posibilidad de personarse para demandados y coadyuvantes va a permanecer abierta durante todo el proceso, pues serán admitidos como partes en cualquier tiempo del mismo. Ahora bien, las actuaciones se desarrollarán en su ausencia hasta que no se personen, sin que su personación posterior determine la retroacción del proceso (art. 57 y 59 LJ). Esto es, se les tendrá como parte únicamente para los trámites que no hayan sido ya realizados en el momento de su personación, lo que implica que aquellos trámites que hayan sido realizados previamente precluyen y se pierde, por tanto, la posibilidad de realizarlos.

Toda esta regulación es en si misma correcta, en nuestra opinión, y no debe ser objeto de crítica. Sin embargo, falta un elemento crucial que la hace totalmente inadecuada globalmente considerada: no se señala un plazo desde el emplazamiento para la personación de los interesados. A nuestro juicio esta situación genera una grave inseguridad jurídica, totalmente inadmisible. Debería, por ello, darse un plazo mínimo y suficiente desde que los distintos interesados son emplazados para su personación. Sólo transcurrido ese plazo sin la personación del interesado podrá continuar el proceso sin que se genere indefensión para éste, pues la falta de defensa de su posición sólo a él le es imputable.

La posibilidad de personarse entra, por tanto, dentro del concepto de carga procesal, pues es una actuación que el afectado es libre de realizar o no (puede personarse o no en el proceso), pero si no lo hace queda obligado a soportar las consecuencias jurídicas de su omisión (no podrá alegar indefensión por una defensa cuya no realización sólo a él le es imputable).[1299]

1299 En tal sentido González Pérez, que señala que la –rebeldía no supone el incumplimiento de una obligación, sino el no ejercicio de un derecho subjetivo; el resultado perjudicial producido por la situación llamada de rebeldía no es más que el resultado que produce la falta de ese ejercicio. El término "rebeldía" –de rebelarse– es impropio, pues no hay obligación de comparecer contra la que el demandante se pudiera rebelar, sino sólo la "carga" de

Huelga decir, por otra parte, que este planteamiento tiene como presupuesto el debido emplazamiento de los distintos sujetos afectados según las normas vistas. Faltando éste o habiéndose llevado a cabo de forma incorrecta, se deberá admitir no sólo la posibilidad de que el perjudicado adquiera con posterioridad la posición de parte, sino también habrá que ordenar la retroacción del proceso para que éste pueda defender su posición, pues en caso contrario se estaría generando una indefensión que debería determinar la nulidad del mismo.

Esta última solución es indudablemente aplicable cuando alguien que debió ser emplazado al proceso no lo fue, y se dicta sentencia en su ausencia. Un claro supuesto de invalidez dada la manifiesta situación de indefensión en la que queda una de las partes afectadas.

En cuanto a la solicitud de la remisión del expediente administrativo, se llevará a cabo una vez publicada la demanda por el tribunal competente, dentro del tercer día, mediante un requerimiento a los funcionarios responsables del acto impugnado para que envíen el citado expediente completo (art. 60 LJ). A tales efectos se les dirigirá y remitirá oficio por correo en pieza certificada, con acuse de recibo, o por medio de cualquier otro medio de comunicación vía que a juicio del órgano judicial resulte más expedita (art. 60 LJ).

El expediente deberá hacerse llegar en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la fecha en que recibieren el oficio correspondiente (art. 60 LJ). Si así no lo hiciere la Administración no se paralizará el curso del proceso y se constituirá presunción de ser ciertos los hechos en los que se funda la demanda (art. 60 LJ).

Estas medidas parecen querer reaccionar contra la tendencia por parte de la Administración a no remitir el expediente en plazo. Sin embargo, en nuestra opinión, no es una regulación muy efectiva por varios motivos.

En primer lugar, la necesaria continuación del proceso puede convertirse en un perjuicio notable para la parte, que se verá obligada a defender su posición sin un correcto conocimiento de los presupuestos del proceso. Se debería, por ello, dejar que sea la parte demandante quien decidiera si continúa el curso del proceso o si quiere esperar a la remisión del expediente.

Ciertamente se da a la parte demandante una compensación por la no remisión del expediente, en su caso. Pero es una medida, en nuestra opinión, muy difícil de entender, dado que nos movemos en el marco de un proceso en el que no están en juego simples intereses particulares, sino el interés público, que no puede verse perjudicado a modo de sanción por la negligencia de un funcionario público.

---

comparecer para el ejercicio de la defensa del propio derecho. La declaración de rebeldía es la simple verificación de la conducta pasiva del demandado–. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 194.

Por todo ello, a nuestro juicio, lo que debería hacer la regulación es establecer un sistema de sanciones que garanticen la debida remisión del expediente en los plazos establecidos, que es, a fin de cuentas de lo que se trata, y no de buscar una suerte de compensación entre partes, en la que al final quien puede salir mal parado es el interés de todos, que no otra cosa es, en definitiva, el interés público.

Cabe también la posibilidad de que se remita el expediente, pero incompleto. A tales efectos se obliga al Tribunal a dar un plazo al demandante de diez días, una vez recibido el expediente, para que lo examine y pueda pedir que se complete con los informes y los documentos que la Administración no hubiere incluido o enviado, según el caso. De este derecho podrá hacerse uso en cualquier momento del proceso mientras no haya concluido el período probatorio (art. 61 LJ).

El precepto nos parece, no obstante, contradictorio, pues no se ve el sentido que tiene que se de un plazo de días al efecto, si luego se va a poder formular la misma petición en cualquier momento hasta que haya concluido el periodo probatorio. A nuestro juicio, salvo que concurran motivos excepcionales que lo justifiquen (como por ejemplo, que se sepa de la existencia de documentos, hasta entonces ignorados, que no consten en el expediente), una vez trascurrido el plazo de diez días al efecto debería darse el trámite por precluido, perdiéndose la posibilidad de solicitar que se complete el expediente. Lo contrario puede dar lugar a prácticas dilatorias de las partes, que traten de paralizar el proceso mediante peticiones extemporáneas de incorporación de documentos al expediente.

Una vez recibido el expediente administrativo, y previo examen del mismo, el Tribunal podrá declarar la inadmisibilidad, de oficio o a instancia de parte, cuando conste de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de las circunstancias siguientes: a) la falta de jurisdicción; b) la incompetencia del Tribunal; c) que se trate de actos no susceptibles de impugnación en la vía contencioso-administrativa; d) que haya prescrito la acción; e) que no se hubiere agotado la vía administrativa (art. 53 LJ).

Es una posibilidad que responde a motivos evidentes de economía procesal, pues trata de evitar la tramitación de procesos inútiles, por adolecer de defectos procesales que van a impedir un pronunciamiento sobre el fondo, que supondrían un gasto sin sentido de tiempo y dinero.[1300] Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda cabrá recurso (art. 54 LJ).

1300 Señalan Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, que el –principio de economía procesal justifica la existencia de un trámite de admisión, que permite al Juzgado o Tribunal declarar a limine litis la inadmisión de recursos que adolecen de defecto procesal insubsanable, lo que hace inviable su continuación–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 229.

Siempre que no se produzca esa declaración de inadmisibilidad, una vez presentada la demanda, finalizado el trámite de vista del expediente y emplazadas la Administración y quienes figuraren como partes en el proceso, se dará vista a las partes legitimadas como demandadas y coadyuvantes que estuvieren personadas, dándoseles, si lo pidieren, a su costa copia del expediente para que contesten la demanda dentro del plazo común de veinte días, tiempo durante el cual las diligencias permanecerán en el Tribunal (art. 69 LJ).

Si el demandado no presentare el escrito de contestación a la demanda en el plazo señalado, el Tribunal la tendrá por contestada negativamente en cuanto a los hechos (art. 69 LJ).

Esta última estipulación nos resulta sorprendente y es, a nuestro juicio, sumamente inadecuada. Una vez más el legislador nicaragüense parece estar pensando desde una perspectiva propia del proceso privado, olvidándose del interés público en juego en el proceso, que no puede verse perjudicado por la simple negligencia del demandado.

El art. 70 LJ establece que el escrito de contestación se pautará a los requisitos generales que se establecen para el escrito de demanda,[1301] a los que se añadirán la consignación de las referencias que el propio art. 70 LJ recoge.[1302]

Los demandados tienen no obstante, una opción distinta durante los primeros diez días del plazo concedido para contestar a la demanda. Durante este plazo podrán interponer las excepciones de previo y especial pronunciamiento fundadas en los motivos que podrían determinar la inadmisibilidad de la acción, falta de legitimidad e incompetencia, litispendencia y falta de agotamiento de la vía administrativa (art. 71 LJ). Esto es, podrán poner de manifiesto la existencia de motivos que van a determinar la imposibilidad de dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, obligando a pronunciarse mediante una sentencia de inadmisibilidad si el proceso se tramitase hasta su fin. A fin de evitar un proceso que resultaría inútil se ofrece aquí a las partes demandadas la posibilidad de poner de manifiesto dichas circunstancias, para

1301 Estipulación lógica, pues, como señalan Garrido Falla, Palomar Olmeda, y Losada González, el –escrito de contestación a la demanda es el correlativo del escrito de demanda, por lo que aparece sujeto, esencialmente, a los mismos requisitos que aquélla–. Ibídem, p. 242.

1302 Concretamente, se deberán de consignar además de los requisitos señalados en la demanda:

a) los hechos; b) los fundamentos de hechos y de derecho de su oposición; c) lista de pruebas que se presentarán en la vista oral y los hechos sobre los cuales hubieren de versar, cuando no hubiere conformidad en los hechos; d) las alegaciones, excepciones perentorias, impugnaciones y peticiones que estimen pertinentes (art. 70 LJ).

poner fin, en tal caso, aquí, sin más trámites, a un proceso que no merece la pena tramitar.[1303]

Las excepciones se sustanciarán sumariamente. Del escrito correspondiente se dará audiencia por tres días al demandante, quien podrá subsanar el o los defectos si fuera posible (art. 72 LJ).

El Tribunal podrá abrir a prueba por ocho días improrrogables y resolverá en un plazo de tres días. Contra la resolución cabrá recurso, que deberá interponerse en un plazo de tres días (art. 72 LJ).

Una vez resueltas las excepciones, si fuere procedente, se concederá nueva vista por veinte días para contestar la demanda (art. 72 LJ).

XIV. Prueba

La petición de prueba se deberá llevar a cabo en el escrito de demanda y de contestación. Así se deduce del art. 50. 7 LJ, según el cual el escrito de demanda debe contener el ofrecimiento de –las pruebas pertinentes–; y del art. 70. 3 LJ, que establece que en el escrito de contestación debe figurar la lista –de pruebas que se presentarán en la vista oral y los hechos sobre los cuales hubieren de versar, cuando no hubiere conformidad en los hechos–.

De nuevo se manifiestan aquí los efectos nocivos de la formulación de la demanda antes de la remisión del expediente administrativo, pues cabe la posibilidad de que a la vista de éste se descubran hechos o circunstancias que demanden la realización de alguna prueba. Debería excepcionarse en tal caso la aplicación de los efectos de la preclusión, permitiéndose al demandante solicitar la práctica de prueba al efecto.

No prevé tampoco la ley la posibilidad de que el demandante pueda solicitar la práctica de pruebas para desvirtuar las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda, esto es, lo que es tradicionalmente conocido como escrito de alegaciones complementarias. A fin de evitar la indefensión del actor, el juez debería admitir dicha posibilidad, a pesar del silencio de la LJ.

En cualquier caso, al solicitar la prueba se deberá hacer constar no sólo las pruebas que se pretenden realizar, sino también los hechos sobre las que éstas van a versar (art. 50. 7 LJ y 70 LJ).

Para que pueda realizarse la prueba deberá, en primer lugar, venir referida a hechos de interés para el pleito. Así se deduce del art. 73 LJ, que establece

1303 Se trata, por tanto, como señala Gil Ibáñez, respecto a las alegaciones previas, trámite análogo en el Derecho español, de un –mecanismo de filtro que garantiza la economía procesal–. Gil Ibáñez, –El procedimiento contencioso-administrativo–, en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Barcelona, Praxis, 1999, p. 235.

que podrán –ser objeto de prueba todos los hechos y circunstancias de interés para la solución justa del caso–.

A ello se añade, en segundo lugar, la exigencia de que la prueba realizada sea adecuada y útil para el esclarecimiento de esos hechos y circunstancias de interés para el pleito. Así lo establece el art. 74 LJ, según el cual, la –prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para descubrir la verdad–.

Por último, en tercer lugar, es preciso que la prueba sea necesaria, lo que habilita al Tribunal a –limitar los medios de prueba ofrecidos par demostrar un hecho o una circunstancia siempre que resulten manifiestamente superabundantes, repetitivos o notorios– (art. 74 LJ).

No es preciso, sin embargo, que esa prueba haya sido planteada previamente en el procedimiento administrativo del que se trae causa (art. 50. 7 LJ).

Si no se cumplen estos requisitos el Juez rechazará la práctica de la prueba. Pronunciamiento que deberá hacer después de vencido el plazo para la contestación de la demanda y resueltas, en su caso, las excepciones, y antes del celebración de la vista (art. 77 LJ).

En cuanto a los medios de prueba, se permite la utilización de cualquiera de ellos (art. 73), siempre que sea un medio lícito (art. 75 LJ).

La valoración de la prueba aparece regulada en el art. 76 LJ, que establece, so pena de nulidad de la sentencia, que el juez –apreciará cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta del criterio racional o recta razón y deberá justificar y fundamentar adecuadamente con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial, siempre que sea posible verificar su autoridad–.

La realización de la prueba tendrá lugar en la vista (art. 77 LJ), a la que nos vamos a referir inmediatamente. Si bien el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica anticipada de la prueba, cuando se trate de pruebas extensas, difíciles o imposibles de realizar en la vista general del juicio (art. 77 LJ).

XV. Vista

1. Concepto y características

La sustanciación del proceso se va a llevar a cabo en la vista general del juicio, de la que se levantará acta[1304] (art. 87 LJ), cuya iniciación se debe llevar a cabo

1304 Dicha acta deberá contener: a) lugar, fecha y magistrado que presidiere el acto, las partes comparecientes, sus representantes, en su caso, así como los defensores que las asistieren; b) un resumen de las peticiones y alegatos de las partes, de las pruebas propuestas por ellas, declaración expresa de su

en un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte desde el vencimiento del plazo de contestación a la demanda. Antes de ello el Tribunal deberá haberse pronunciado sobre la admisibilidad de las pruebas y haber puesto a disposición de las partes toda la prueba documental aportada (art. 77 LJ).

El sentido de que se establezca un plazo mínimo antes de la celebración de la vista parece que debe buscarse en la necesidad de ofrecer tiempo suficiente a las partes para preparar la vista. El plazo mínimo de diez días es razonable, pero sólo suponiendo que se haya hecho entrega de la prueba documental y, en el caso del demandante, de la contestación al demandante, en el mismo momento en que se inicia el cómputo de dicho plazo.

En nuestra opinión, se debe entender que el plazo mínimo de diez días debe contarse desde que se remite a ambas partes la prueba documental y al demandado la contestación a la demanda. En caso contrario se podría estar generando una indefensión que determinaría la nulidad del proceso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que hay también un plazo máximo, medida lógica para evitar que el proceso se prolongue demasiado en el tiempo. Si bien, en nuestra opinión, es un tiempo quizás demasiado breve, que el Tribunal se puede ver imposibilitado de cumplir una vez que la jurisdicción esté funcionando a pleno rendimiento. Entendemos, por ello, que hubiera sido preferible fijar un plazo mayor.

2. Principios que rigen la celebración de la vista

La vista deberá ser oral, pública y continua, so pena de nulidad (art. 77 LJ).

A. Continuidad e inmediación

La continuidad de la vista es una consecuencia necesaria del principio de inmediación, que exige que la vista general del juicio se realice con la presencia ininterrumpida de todos los miembros del órgano judicial y las partes o sus representantes durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación (art. 78 LJ).

La sentencia sólo podrá ser dictada, so pena de nulidad, por los mismos magistrados que hubieren participado en todas las sesiones de la vista general.

---

pertinencia, razones de la denegación y protesta, en su caso, así como de las pruebas admitidas y practicadas (art. 87 LJ). El Tribunal resolverá sin ulterior recurso, cualquier observación o petición que se hiciere sobre el contenido del acta, firmándola seguidamente en unión de las partes o de sus representantes o defensores y de los peritos, haciendo constar si alguno de ellos no firmare por no poder o no querer hacerlo o por no estar presente (art. 88 LJ). Deberá ser firmada por los miembros de la Sala del Tribunal que estén presentes y debe ser autorizada por el Secretario (art. 88 LJ). También podrá extenderse el acta a través de medios mecánicos de reproducción, exigiendo, en tal caso, los mismos requisitos que hemos visto antes (art. 88 LJ).

Si alguno de ellos falleciere o se incapacitare en forma absoluta antes de ser dictada la sentencia, la vista tendrá que celebrarse de nuevo (art. 78 LJ).

Si falta alguno de los Magistrados, por causa justificada o no, se incorporará el suplente, que asumirá ese papel hasta que se dicte sentencia (art. 78 LJ).

Únicamente podrá suspenderse hasta por diez días cuando alguno de los magistrados o abogados de las partes se enfermare o se viere imposibilitado de actuar por cualquier otra causa, cuando fuere preciso hacer comparecer a un testigo o perito o se ordene prueba para mejor proveer (art. 78 LJ).

Esa suspensión se podrá prolongar sólo hasta ese plazo de diez días, pues si no fuera posible la reanudación dentro del plazo señalado, la vista deberá iniciarse de nuevo (art. 78 LJ).

B. Publicidad

La exigencia de publicidad se desdobla en un doble plano. Por un lado, la exigencia de publicidad presencial, permitiendo estar físicamente presente en la celebración de la vista a todos aquellos que estén interesados en la misma. Por otro, la publicidad indirecta para la generalidad del público, que se hará efectiva con la intermediación de los medios de comunicación social.

El órgano judicial puede resolver fundadamente que se realice la vista total o parcialmente de forma privada cuando la publicidad pueda poner en peligro la seguridad del Estado, los intereses de la justicia o un secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida fuera posible (art. 79 LJ). Si bien, una vez desaparecida la causa, el público ingresará de nuevo y el Presidente hará un breve relato de lo sucedido (art. 79 LJ).

El juez podrá imponer a las partes que intervengan en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que hubieran presenciado o conocido (art. 79 LJ).

Se podrá ordenar, por motivos de orden, el alejamiento de las personas ajenas al asunto o cuya presencia no fuera necesaria, así como limitar la admisión a un determinado número (art. 79 LJ).

En lo que se refiere a la publicidad respecto a la generalidad del público, se permite que las empresas de radiodifusión, televisión o prensa instalar en la Sala respectiva aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros, en las condiciones que fije en cada caso el órgano judicial, tras oír a las partes (art. 80 LJ).

Mediante resolución fundada, el tribunal podrá prohibir, no obstante, esa instalación, cuando pueda perjudicar el desarrollo de la vista o sea susceptible de afectar a la seguridad del Estado, los intereses de la justicia o a secretos oficiales, particulares, comerciales o industriales cuya revelación indebida fuera posible (art. 81 LJ en relación con art. 80 LJ).

C. Desarrollo de la vista

El tribunal declarara abierta la vista, concediendo sucesivamente a los demandantes y a los demandados, por este orden, la palabra, para que hagan una sucinta exposición de sus pretensiones y de los fundamentos fácticos y jurídicos en que apoyan éstas (art. 81 LJ).

Tras ello se incorporará la prueba documental que haya sido admitida, de cuyo contenido el órgano judicial hará una breve relación. Pasándose, posteriormente a oír a los testigos y los peritos, comenzando por el demandante. A los que podrán formular preguntas, sin adelantar conclusiones, el actor, el demandado y los miembros del tribunal por este orden (salvo en el caso de los testigos y peritos de descargo, en los que el demandado precederá al actor y a los miembros del tribunal en el interrogatorio) (art. 82 LJ).

Si el tribunal lo estima conveniente podrá, para un mejor esclarecimiento del asunto, ordenar de oficio una o varias de las providencias para mejor proveer que regula el art. 83 LJ.[1305] Decisión contra la que no cabe interponer recurso alguno (art. 83 LJ).

Una vez incluida la recepción de las pruebas, se concederá la palabra sucesivamente a los representantes legales de la parte actora y de la parte demandada, para que expongan de viva voz sus alegatos de conclusión,[1306] en los que se deberán referir, al menos, a los puntos esenciales de la demanda, de la contestación y de las pruebas evacuadas, emitiendo sus conclusiones y peticiones. También se admite que los abogados puedan replicar, pero limitándose a la refutación de los argumentos adversos (art. 84 LJ).[1307]

Tras ello, el Presidente, guardando la debida imparcialidad y cuidando de no adelantar criterio, deberá analizar la cuestión litigiosa con las partes y los argumentos de hecho y de derecho que hubieren expuesto. Se permitirá, ade-

---

1305 Concretamente, podrá interponer alguna de las providencias siguientes: a) que se traiga a la vista cualquier documento que creyeren conveniente para la determinación de los hechos objeto de la litis y el derecho o interés de las partes; b) solicitar aclaración o ampliación a cualquiera de las partes, peritos o testigos, sobre hechos que estimaren de influencia en la cuestión y no hubieren resultado suficientemente probados; c) que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputaren necesario, o que amplíen los que se hubieren hecho; d) traer a la vista cualesquiera actuaciones o diligencias que tuvieren relación con el asunto; e) la inspección personal del objeto de la cuestión (art. 83 LJ).

1306 No pueden leerse memoriales, pero si pueden consultarse breves notas para ayudar a la memoria, y hacer citas de textos legales, jurisprudencia y doctrina (art. 84 LJ).

1307 1308 En caso de manifiesto abuso de la palabra por los abogados de las partes, el tribunal llamará la atención al orador, y si éste persistiere, podrá limitar prudentemente el tiempo del alegato, para lo cual tendrá en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y el grado de dificultad de las cuestiones por decidir (art. 84 LJ).

más, a cada miembro del Tribunal que lo solicite, realizar preguntas a los abogados. Decidiendo, en caso de que una pregunta sea objetada, los miembros del Tribunal sobre su admisibilidad (art. 85 LJ).

Oídas las razones expuestas por los abogados de las partes, el Presidente dará por terminada la vista general y en el mismo acto señalará fecha y hora para celebrar una audiencia oral y pública, en un plazo mayor de quince días, con el objeto de leer la sentencia (art. 86 LJ).

D. Terminación del proceso

Al igual que en el procedimiento administrativo, en el proceso contencioso se debe distinguir entre la terminación normal o anormal del proceso. La primera aparece regulada en el Capítulo X del título VIII, bajo la rúbrica –De la Sentencia–; mientras que de la segunda se encarga el Título IX, que regula las –otras formas de concluir el proceso.

E. Terminación normal del proceso: la sentencia

El modo normal de terminar el proceso es mediante sentencia, que podrá ser constitutiva o declarativa y producirá los efectos jurídicos inherentes a su naturaleza (art. 89 LJ).

En puridad, por sentencia debe entenderse la resolución judicial en la que se resuelve las cuestiones planteadas en el procedimiento, mediante la confrontación de las pretensiones formuladas por las partes con el ordenamiento jurídico.[1308] Tienen, no obstante, también esa consideración las resoluciones judiciales en las que se declara la inadmisibilidad, a pesar de que en ellas pro-

1308 Señala González Pérez que la –sentencia es el acto de terminación normal de un proceso. Es una resolución del órgano jurisdiccional, que se diferencia de las demás en su finalidad. En ella se deciden las cuestiones planteadas en el proceso, se emite juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Ordenamiento jurídico, en consecuencia, se actúa o se niega a actuar la pretensión formulada en el proceso–. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 363. En la misma línea, Gil Ibáñez la define como –la resolución del Juez o Tribunal que, decidiendo definitivamente el recurso contencioso-administrativo, satisface las pretensiones y resistencias deducidas por las partes, emitiendo su juicio sobre la conformidad o disconformidad a Derecho de la actuación administrativa impugnada–. Gil Ibáñez, Op. Cit., nota 1140, p. 244. Por su parte, Sarriá Olcos considera que la –sentencia es la decisión del juez, quien luego de analizar los hechos mencionados por el demandante como fundamento de su pretensión, de establecer si se encuentran debidamente probados, de precisar la normatividad aplicable a la controversia que le ha sido planteada y de hacer un juicio lógico, resuelve, precisando así la voluntad abstracta de la ley–. Sarriá Olcos, –Acciones contencioso-administrativas, contenido y clases de sentencias–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 458. Para Parejo Alfonso, la sentencia es –la decisión judicial que pone fin al proceso –lo resuelve defini-

piamente no se resuelve sobre el fondo del asunto planteado en el pleito, por lo que en sentido estricto no son tales.[1309]

La propia ley aclara, aunque es innecesario por evidente, que pueden ser declarativas o constitutivas (art. 89 LJ). Las primeras son aquellas que se limitan a hacer una declaración en la que se aclara la existencia o inexistencia de una relación jurídica o derecho, dando, con ello, certeza jurídica a dicha cuestión, pero sin afectar a las situaciones jurídicas existentes. Las segundas son aquellas que suponen una modificación de una relación jurídica, bien porque la crean, la modifican o la extinguen.[1310]

La sistemática del título es realmente caótica, mezclándose en ella de forma harto confusa los tipos de sentencias y los contenidos mínimos de las mismas. Para poner un poco de orden, parece que se debe comenzar señalando que pueden darse dos grandes tipos de sentencia: las de inadmisibilidad y las que resuelven sobre el fondo del asunto.

Sólo partiendo de esta distinción se puede examinar con cierta lógica el art. 90 LJ, que regula el contenido mínimo que deben tener las sentencias, exigiendo que se incluyan en la misma las siguientes menciones: a) la resolución

---

tivamente- y constituye, por tanto, la forma normal de terminación de éste–. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 851.

1309 Apunta González Pérez que –en puridad de términos, no son sentencias, aunque los Derechos positivos las consideren como tales, aquellas resoluciones en que el órgano jurisdiccional no lleva a cabo la comparación con el Ordenamiento jurídico (...) por incurrir la falta de algún requisito procesal. En este (...) supuesto, también se examina la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Ordenamiento jurídico; pero por incumplirse alguno de los requisitos procesales exigidos por el ordenamiento para que el órgano jurisdiccional pueda conocer la cuestión de fondo, no llega a confrontar la pretensión con el ordenamiento objetivo material–. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 364.

1310 Señala Brewer-Carías que las –sentencias declarativas tiene por objeto la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un derecho. El fin de estas sentencias es la precisión de una certeza, la desaparición de una incertidumbre o de una inseguridad jurídica que pueda existir en relación a un derecho a una relación jurídica–. Mientras que las sentencias constitutivas se –producen cuando se pide al órgano jurisdiccional la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. Una sentencia constitutiva produce una mutación en la realidad jurídica, y eso es lo que la distingue de las declarativas–. Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, pp. 200 y 202. Por su parte, Sarria Olcos nos indica que existe sentencia declarativa cuando –la decisión tomada por el juez es una mera declaración, que no afecta las situaciones jurídicas existentes y sólo declara la existencia o inexistencia de una resolución jurídica o de un derecho, para dar certeza y seguridad jurídicas–. Será, sin embargo, constitutiva, cuando la –decisión del judicial implica una modificación en la relación jurídica material, ya sea porque la crea, la modifica o extingue–. Sarria Olcos, Op. Cit., nota 1445, p. 461.

de todos los puntos comprendidos en la demanda y en la contestación; b) la resolución de todos los puntos que hayan sido debatidos por las partes; c) la admisibilidad de la demanda; d) la estimación o desestimación de la demanda en cuanto al fondo; d) las costas, si hubiere, estando para su tasación a lo que se dispone en el Código de Aranceles Judiciales en lo que respecta a los jueces ordinarios civiles.

Este precepto es, en nuestra opinión, sumamente equívoco, pues su lectura literal lleva a entender que recoge un conjunto de pronunciamientos mínimos que debe tener toda sentencia para ser congruente. Propósito imposible, pues no se podrá determinar ese contenido mínimo de la sentencia al margen del tipo de sentencia con que nos encontremos.

Así, las sentencias de inadmisibilidad se darán exclusivamente en aquellos casos en los que existen obstáculos que impidan pronunciarse sobre el fondo de asunto,[1311] por lo que, aunque la redacción de la ley parece indicar lo contrario, no contendrá los contenidos recogidos en el art. 90 LJ, salvo los recogidos en los art. 90. 1 y 90. 3 LJ, esto es, los relativos a al admisibilidad de la demanda y a las costas, si hubiere.

No tiene sentido alguno, sin embargo, que se haga mención en una sentencia de inadmisibilidad a la estimación o desestimación de la misma en cuanto al fondo, pues precisamente al dictarse una sentencia de este tipo se está declarando que no se va a resolver sobre el fondo y, en consecuencia, no se va a declarar acerca de la estimación o desestimación de la pretensión.

En cuanto a la resolución de los puntos planteados en la demanda y contestación y los debatidos por las partes, no se incluirán en este tipo de sentencias en todo lo que haga referencia al fondo del asunto. Para ser congruente el órgano judicial deberá dar respuesta únicamente a esos puntos en la medida en que vengan referidos a la admisibilidad.

Los supuestos que pueden determinar la inadmisibilidad aparecen regulados en el art. 91 LJ, que hace referencia a los siguientes supuestos: a) cuando su conocimiento no correspondiere, por razón de la materia, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; b) cuando la acción hubiere sido ejercida por persona incapaz, no debidamente representada o legitimada; c) cuando tuviere por objeto actos, actuaciones u omisiones no susceptibles de impugnación, conforme a la LJ; d) cuando recayere sobre cosa juzgada o existiese litispendencia; cuando, de previo, no se hubiere agotado la vía administrativa; e) cuando los escritos de interposición, ampliación, aclaración o rectificación de la demanda se hubieren presentado fuera de los plazos establecidos o los

1311 Como señala Santamaría Pastor, la declaración de inadmisibilidad se da cuando –el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre las pretensiones de las partes por existir un defecto insubsanable en la constitución de la relación jurídica procesal–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 693.

defectos de forma no se hubieren subsanado debidamente, de manera tal que impidieran al Tribunal pronunciarse en cuanto al fondo.

Cabe la posibilidad de que esas circunstancias se den únicamente respecto a algunas de las pretensiones planteadas, en cuyo caso los efectos de la declaración de inadmisibilidad se circunscribirán a éstas, debiendo resolverse las demás en cuanto al fondo.[1312]

Un pronunciamiento de inadmisibilidad no es, por lo demás, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho no exige que el proceso termine en todo caso con una resolución sobre el fondo del asunto, sino tan sólo un derecho a recibir una respuesta fundada en Derecho, facultad que queda perfectamente satisfecha con una sentencia de inadmisión, siempre que ésta constituya una aplicación razonada de una causa legal.[1313]

El planteamiento es totalmente distinto cuando se trate de sentencias que resuelvan sobre el fondo. En este tipo de sentencias será siempre preciso que el órgano judicial responda a todos los puntos comprendido en la demanda y en la contestación y a los que hayan sido debatidos por las partes, pues en caso contrario estaremos ante un supuesto de incongruencia.

Para que esa incongruencia no se produzca es igualmente preciso que no se pronuncie sobre elementos ajenos a la pretensión, pues ésta marca los límites a los que se extiende la capacidad juzgadora del órgano judicial.[1314]

A lo que se añade la necesidad de adecuación entre los pronunciamientos de la sentencia con la fundamentación o motivación que se de a los mismos.[1315]

No debe confundirse la motivación con la pretensión. A diferencia de lo que ocurre con ésta, que vincula al órgano judicial, los motivos alegados por las partes no son determinantes para el Tribunal, lo que permite a éste fundamentar la sentencia en cualesquiera otros, si bien, en tal caso, por aplicación del principio de contradicción, se deberá dar a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre ellos.[1316] Sobre este último aspecto se pronuncia claramente

---

1312 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 852-853.

1313 Señalan al respecto Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González que –la sentencia es el modo normal u ordinario de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables (...). Ahora bien, este derecho fundamental no es un derecho absoluto susceptible de ser ejercitado en caso y al margen del procedimiento legalmente establecido, por lo que la resolución judicial puede ser de inadmisibilidad. Lo que garantiza– este derecho –es el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones del justiciable, y que podrá ser de inadmisión cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de una causa legal–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 266.

1314 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 476.

1315 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 369.

1316 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 476.

el art. 92. 6 LJ, que establece que la –sentencia sólo podrá fundamentarse en hechos o resultados probatorios acerca de los cuales las partes hayan podido expresarse–.

Dentro de las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto se pueden distinguir, a su vez, dos tipos de sentencias: estimatorias o desestimatorias. Son sentencias desestimatorias aquellas en que el Tribunal –encontrare que el acto, disposición u omisión objeto de ella está ajustada a derecho– (art. 93 LJ); y estimatorias aquellas en que el acto, disposición u omisión objeto de la misma no se ajusta a derecho (art. 93 LJ sensu contrario).

Tenga el sentido que tenga esa sentencia sobre el fondo, esto es, sea estimatoria o desestimatoria, deberá incluir, bajo pena de nulidad, los contenidos que recoge el art. 92 LJ.[1317] A ello se añadirá, si la sentencia es de desestimación, la declaración de no lugar a la demanda (art. 93 LJ); y si la sentencia es estimatoria de las siguientes menciones: a) declaratoria de ser contrario a derecho el acto, disposición, omisión o vía de hecho impugnados y su nulidad total o parcial; b) reconocimiento de la situación jurídica individualizada, en su caso, ordenando la adopción de cuantas medidas fueren necesarias para su pleno reconocimiento y reestablecimiento, si es necesario; c) la declaración de haber lugar o no a la existencia de daños y perjuicios demandados, así como el de las responsabilidades e indemnizaciones que pudiere derivarse, formulando pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los mismos, así como el plazo para su efectivo pago (art. 94 LJ).

La sentencia que invalide un reglamento o un acto discrecional no podrá redactar el precepto de ese reglamento o la parte discrecional del acto. Lo más que podrá hacer es fijar los criterios u orientaciones que debe seguir la Admi-

1317 Concretamente: a) la identificación de la Sala respectiva del Tribunal competente y el nombre de los magistrados que la integran y que hayan participado en la decisión; b) la identificación de las partes, de sus representantes legales y de los apoderados, por su nombre, profesión, residencia y su posición en el proceso; b) la identificación de las partes, de sus representantes legales y de los apoderados, por su nombre, profesión, residencia y su posición en el proceso; c) la enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio; d) la indicación sucinta del contenido de la prueba oral producida en la vista general del juicio y de la prueba documental o anticipada que hubiere sido incorporada durante la vista mediante lectura; e) la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estime demostrados; f) los motivos de la decisión, con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho (teniendo en cuenta que la sentencia sólo podrá fundamentarse en hechos o resultados probatorios acerca de los cuales las partes hayan podido expresarse); g) la parte resolutiva, con mención de las disposiciones legales aplicables, así como de la jurisprudencia y de la doctrina, en su caso; h) la firma de los miembros que integran el órgano jurisdiccional, salvo en caso de que alguno de los miembros no pudiera suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma (art. 92 LJ.

nistración al dictar esa resolución o ese acto discrecional para cumplir con la legalidad.

La razón que justifica esta regla básica es que la existencia de un ámbito de discrecionalidad genera un margen de libre apreciación a favor de la Administración que el juez no puede usurpar, por lo que sus facultades de control quedan reducidas a la posibilidad de fijar los límites que el ordenamiento jurídico establece para el ejercicio de esa facultad de estimación.[1318]

Este razonamiento vale no sólo para los actos discrecionales, sino que se extiende también a los reglamentos, pues la potestad reglamentaria es, como en su momento se vio, una potestad en todo caso discrecional, lo que impide que el juez pueda sustituir a la Administración en su ejercicio.[1319]

Existen, no obstante, supuestos en los que las diversas opciones en que se traducía en un principio la discrecionalidad administrativa quedan reducidas a una única solución posible, bien como consecuencia de la acotación de la solución adecuada que puede derivarse de la tramitación del procedimiento administrativo previo, bien por los datos que aporte la tramitación del proceso contencioso-administrativo seguido contra el acto de que se trate. En tales

1318 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que –la esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio. De ello se sigue que el control de la discrecionalidad opera como un control de la observancia de los límites que la Ley y el Derecho establecen en cada caso para enmarcar esa libertad de elección–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 473 (1997). Por su parte, Martín Rebollo señala –la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que (…) no pueden los jueces y tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad–. Martín Rebollo, –Procedimiento general y abreviado–, en Picó Lonrenzo (dir), La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-adminsitrativa, Madrid, CGPJ, 1999, p. 364.

1319 Señala Sánchez Morón que, en –la medida en que el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido a límites jurídicos, es controlable por los Tribunales de Justicia. Ahora bien, puesto que se trata de una potestad discrecional, no pueden aquéllos invadir el núcleo de la discrecionalidad reglamentaria ni sustituir a los Gobiernos y Administración públicas en su ejercicio (...). Esto no significa, sin embargo, que las sentencias que anulen disposiciones de carácter general no puedan señalar los criterios o bases jurídicas que han de tenerse en cuenta para subsanar los defectos legales determinantes de la nulidad. Tales indicaciones son lícitas (...), pero sin que ello suponga proceder a la redacción de nuevos preceptos–. Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 203-204.

casos, desaparecido el margen de apreciación que poseía la Administración, no existe inconveniente alguno para que el tribunal resuelva conforme a esa única alternativa resultante.[1320]

Los efectos de la sentencia aparecen regulados en el art. 95 LJ, de forma, a nuestro entender, poco acertada.

La LJ distingue dos supuestos. Por un lado, la –sentencia que declare la nulidad del acto o disposición de carácter particular, la inadmisibilidad o desestimación de la demanda solamente producirá efectos entre las partes y los terceros afectados por ella– (art. 95 LJ).

Por otro, en segundo lugar, establece que, la –sentencia que anulare el acto o disposición de carácter general producirá efecto erga omnes– (art. 95 LJ).

Nos parece incomprensible la distinción que realiza este artículo entre actos o disposiciones de carácter particular y actos o disposiciones de carácter general. O nos encontramos ante una resolución, esto es, ante un acto administrativo o ante una disposición general, esto es, un reglamento, sin que haya posibilidad de realizar ninguna distinción adicional.

Dicha diferenciación es, además, totalmente inútil a la hora de analizar los efectos de las sentencias contenciosas, pues no es relevante para ello la naturaleza de la actuación impugnada, no ya que sea general o particular (que insistimos una vez más, no sabemos en absoluto a que pretende referirse), sino incluso si es un acto administrativo o reglamento. Lo verdaderamente importante es si la sentencia es estimatoria, desistimatoria o de inadmisibilidad.

Si la sentencia declara la estimación del recurso, el acto administrativo o reglamento impugnado va a ser invalidado, desaparece, por tanto, del mundo

1320 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que apuntan que ocurre –con alguna frecuencia que esa inicial pluralidad de soluciones alternativas que la norma habilitante de un poder discrecional hace posibles se reduce notablemente en los casos concretos, como consecuencia natural del propio procedimiento administrativo que la Administración viene obligada a seguir en todo caso para efectuar la elección que esa norma hace posible. Para esto está, precisamente, el procedimiento administrativo, cuya función institucional es asegurar "la legalidad, acierto y oportunidad" de las decisiones de la Administración. Trabado el proceso contencioso-administrativo contra la decisión concretamente adoptada, es también posible que como consecuencia del mismo el abanico de alternativas disponibles se reduzca todavía más e, incluso, que desaparezca y sólo quede en pie al final del mismo una única solución. Eso es lo que la doctrina alemana llama la reducción a cero (Ermessens reduzierung auf Null) de la discrecionalidad. Cuando ésta se produce en un proceso dado, es absolutamente inevitable que el juez lo reconozca así e incorpore al fallo esa única solución ya posible, porque así lo impone la lógica más elemental y así lo exige, en fin, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y plena–. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 473-474. (1997).

jurídico, y la sentencia adquiere, con ello, eficacia erga omnes, pues queda definitivamente invalidado y ya nadie podrá invocarlo, ni a su favor ni en contra.

Sin embargo, si la sentencia es de inadmisión o desestimación del recurso, el acto o reglamento mantienen su vigencia, continúan operando en la vida jurídica y, en consecuencia, otros afectados por los mismos podrán entablar recurso contra él. A estas terceras personas no se les puede imponer la cosa juzgada (entre otras razones porque no hay identidad de sujetos), que sólo será oponible a las partes. Este tipo de sentencias, por tanto, carece de eficacia erga omnes, afectando únicamente a las partes.[1321]

En definitiva, las sentencias producen efectos generales si estiman el recurso y exclusivamente entre las partes si son de inadmisión o de desestimación.

En caso de anularse una disposición general hay que determinar que ocurre con los actos administrativos que se puedan haber dictado en aplicación de la misma. Una parte de la doctrina considera que hay que atender al régimen de invalidez, de tal forma que si el reglamento es nulo de pleno derecho se invalidarían éstos, y si fuera anulable no.[1322]

1321 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 487-488.

1322 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la –desaparición de los actos de aplicación puede ser, y es, una consecuencia necesaria de la nulidad in radice de la disposición que aplican. El acto de aplicación de la disposición crea o declara consecuencias jurídicas para que el mandato general de aquélla tenga efectividad. La "aplicación" establece un vínculo evidente entre la disposición y la resolución –cualquiera que sea la diferencia o coincidencia de naturaleza que existe entre una y otra–, con independencia de que la resolución aplique sólo la disposición o también, indirectamente, un elemento del bloque de la legalidad. La desaparición de la disposición significará también la desaparición de los actos singulares que la aplican. Los efectos de éstos desaparecerán a partir del instante en que desaparece la disposición–. –La firmeza de un acto sólo significa que ya no se admiten pruebas contra su presunción de legalidad; la firmeza no proporciona al acto ningún valor jurídico especial, ni siquiera sana sus posibles vicios. La firmeza de los actos de aplicación no puede, pues, ser la causa o el origen de su subsistencia pese a la declaración de nulidad de la disposición que aplican–. –No obstante, (...) las disposiciones contrarias a las leyes pueden ser nulas de pleno derecho o anulables. Si se estima el recurso interpuesto contra la disposición por estar viciada de nulidad, desaparecerá ex tunc ella y los actos dictados para su aplicación, sean éstos firmes o no, pues así lo exige la eficacia ex tunc de la declaración de nulidad. (...) Pero si se estima el recurso por ser la disposición anulable –lo que implica su derogación o reforma con efectos ex nunc–, subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de aquélla. Subsistirán y no podrán ser impugnados, por ser firmes. Los actos no firmes subsistirán aunque haya sido anulada la disposición, pero, lógicamente, podrán ser impugnados–. Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, pp. 164-165.

Sin embargo, parece más adecuado considerar, por evidentes razones de seguridad jurídica, que los efectos anulatorios afectaran a los actos administrativos dictados en aplicación del reglamento tan sólo en la medida que no hayan adquirido firmeza dichos actos.

La sentencia que anulare actos o disposiciones de carácter general deberá publicarse en La Gaceta, Diario Oficial, y a solicitud de parte y a su costa, podrá publicarse en cualquiera de los diarios de circulación nacional (art. 95 LJ).

Los efectos de la sentencia se producirán a partir de la firmeza de la sentencia (art. 95 LJ).

En el plazo de tres días, contados a partir de la fecha de notificación de la sentencia definitiva, las partes podrán pedir a los miembros del órgano judicial correspondiente, en su caso, la aclaración sobre los puntos que considere oscuros o dudosos, o sobre la condenatoria en costas (art. 95 LJ).

F. Terminación anormal del proceso

Se dice que el procedimiento termina anormalmente cuando no lo hace mediante sentencia. Eso no supone que no se vaya a dictar en estos casos una resolución judicial que ponga fin al proceso, que también será precisa en estos supuestos, sino que el juez no va a realizar en ella una confrontación de la pretensión con el Derecho objetivo.[1323]

El proceso contencioso-administrativo podrá concluir de modo anormal por avenimiento o transacción, por desistimiento o por allanamiento (art. 97 LJ).

G. Avenimiento y transacción

El avenimiento o transacción es un negocio jurídico por el que las partes, mediante la realización de concesiones reciprocas, llegan a un acuerdo que pone fin al pleito.[1324]

Su adecuación para operar en el ámbito del Derecho administrativo es cuestionada, en cuanto se discute la facultad de la Administración de poder transigir sobre situaciones que no son propias, sino que debe gestionar con el

1323 Señala González Pérez que puede –ocurrir que el proceso no termine con la sentencia. Cabe que se den determinadas circunstancias que provoquen la terminación del proceso sin que el juez dicte sentencia. No quiere decir que en estos casos no exista un acto del órgano jurisdiccional por el que se de por terminado el proceso, ya que todo proceso, una vez iniciado, no tendrá hasta que no lo declare así el órgano jurisdiccional ante el que se dedujo la pretensión. Lo que se afirma es que el acto que dicta en estos casos el juez no decide acerca de la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Derecho objetivo, ante unos determinados hechos o actos ha de dictar decisión en un sentido determinado–. González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 381.

1324 Ibídem, p. 395.

objetivo exclusivo de dar servicio al interés público, y que, por tanto, le resultan indisponibles.

No obstante, parece haberse impuesto la postura de aquellos que defienden su juego en el ámbito público, siempre, lógico es, que se trate de materias en las que la Administración goza de un margen de disponibilidad.[1325]

Se puede llegar al mismo como resultado de la propia iniciativa de la Administración demandada, que podrá motu propio realizarla en cualquier momento del proceso (art. 98 LJ); o bien a través de la mediación del tribunal, pues el art. 98 LJ hace referencia a la posibilidad de que tenga lugar un acto de conciliación, que no suspenderá el curso de las actuaciones y que podrá producirse en cualquier momento anterior al día de la vista, citación para sentencia o señalamiento para votación y fallo (art. 98 LJ).

En cuanto a los requisitos para que pueda llevarse a cabo, la LJ autoriza a realizarla tan sólo cuando se trate de materias susceptibles de transacción, particularmente cuando se trate de la estimación de la cantidad reclamada (art. 98 LJ).

Aparte de ello es preciso que lo acordado no sea contrario al orden público (art. 98 LJ).

En cuanto a la forma de realización, se llevara a efecto mediante auto que declarara terminado el proceso en los términos convenidos por las partes (art. 98 LJ).

H. Desistimiento

El proceso judicial puede acabar también por la acción del demandante, que decida apartarse del litigio. Posibilidad que da lugar a dos figuras jurídicas diferentes: el desistimiento y la renuncia. La LJ, sin embargo, limita tan sólo una de ellas (el desistimiento) olvidándose totalmente de la segunda (la renuncia).

Para explicar esta decisión debe partirse del examen de estas figuras. Cuestión en la que no debemos, sin embargo, detenernos demasiado, pues su naturaleza y características en la vía judicial son análogas a las que en su momento vimos al estudiar la terminación en el procedimiento administrativo.

Basta, pues, con que recordemos que es un modo de terminación del proceso que tiene su origen en un apartamiento voluntario del demandante, en el primer caso, de la acción[1326] y, en el segundo, del propio derecho o situa-

1325 En tal sentido González Pérez, que considera que –en cuanto existe un margen de disponibilidad dentro del ordenamiento jurídico-administrativo para la actuación de las Administraciones públicas no existe razón para no admitir la transacción en este ámbito–. Ibídem, p. 396.

1326 Señala Morell Ocaña que el desistimiento –se produce cuando el demandante abandona formalmente su condición de parte, renunciando a la pretensión procesal ya formulada–. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 489.

ción jurídica material que se trata de hacer valer en el proceso. Esto marca la diferencia, como ya sabemos, entre una y otra figura, pues en caso de desistimiento se conserva la situación jurídica material sobre la que se fundamenta la acción, por lo que se puede hacer valer ésta en un ulterior proceso; mientras que en la renuncia se abandona ésta, por lo que no cabe su ejercicio posterior en un proceso diferente.[1327]

Sin embargo, esta última diferencia se diluye en la práctica en el caso del proceso administrativo, cuya iniciación está sujeta a rigurosos plazos de caducidad, que una vez transcurridos hacen inimpugnable la actuación o disposición administrativa impugnada. Si a esto se añade la brevedad de esos plazos de impugnación, es evidente que en la mayor parte de los casos una vez formulado el desistimiento ya no habrá tiempo para iniciar un nuevo proceso, por lo que los efectos de éste acabaran equiparándose casi siempre a los de la renuncia.[1328]

Esta parece ser la razón que está en la base de esta decisión. Si bien no podemos dejar de formular nuestras reservas acerca de esta regulación, que no deja de entrañar algún problema.

Por lo demás, el desistimiento se podrá llevar a cabo en cualquier momento del proceso, antes que sea dictada la sentencia (art. 99 LJ), mediante la presentación de un escrito al órgano judicial (art. 100 LJ). El representante del actor deberá estar autorizado especialmente para ello y se mandará a oír al demandado (art. 99 LJ).

El Tribunal dictará, si el desistimiento es admisible, resolución en la que declarará terminado el proceso y extinguida la acción y ordenará archivar las actuaciones y la devolución del expediente administrativo a la entidad de origen (art. 100 LJ).

Dado que el desistimiento es un modo de terminación del proceso que tiene su origen en la simple voluntad del demandante, no puede exigirse a éste justificación alguna al respecto, bastando, por tanto, con que exprese su deseo de poner fin al mismo, sin necesidad de fundamentación alguna.[1329]

Si bien, lo anterior no supone que sea admisible en todo caso, pues para que se pueda aceptar éste es preciso que no suponga daño para el interés público, en cuyo caso, el órgano judicial lo podrá rechazar motivadamente (art. 100 LJ).

La ley permite la posibilidad de que el desistimiento sea total o parcial (art. 99). En este último caso, aunque la ley no lo diga, se debe entender que limi-

1327 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 383. Gil Ibáñez: El procedimiento... Pág. 250.

1328 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 383.

1329 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 690.

tará sus efectos a aquella parte de la pretensión a la que afecta, continuando el proceso hasta su resolución respecto al resto de la misma.

Cabe igualmente el supuesto de que existan diversos actores, y sólo renuncien algunos de los mismos, el cuyo caso el proceso continuará exclusivamente respecto a los que no hubieren desistido (art. 100 LJ).

Un supuesto especial de desistimiento es aquel que tiene lugar como consecuencia del reconocimiento extraprocesal de la pretensión, esto es, cuando la Administración demandada concede en vía administrativa aquello que el demandante solicita.[1330] En realidad, no es propiamente un desistimiento, pues el demandante no abandona aquello que solicita, sino que lo obtiene por otra vía, por lo que deja de interesarle el proceso y acaba con él, desistiendo del mismo.

La LJ se ocupa de este supuesto únicamente para dar respuesta a la situación a que daría lugar que ese acto de reconocimiento fuera posteriormente revocado, con el consiguiente perjuicio para el demandante, que habría desistido de un proceso ya avanzado, por tener reconocido ya aquello que tenía en el mismo, para verse posteriormente desposeído de aquello que estaba solicitando.

Para evitar tan injusta situación, la ley reconoce en este supuesto, tanto si la Administración dicta un acto total como parcialmente revocatorio, el derecho del demandante a que continúe el proceso en el estado en que se encontraba antes del desistimiento, extendiéndose, inclusive, al acto revocatorio (art. 99 LJ).

Si el órgano judicial lo estimase conveniente, concederá a las partes un plazo común de diez días para que formulen por escrito las alegaciones que tuvieran a bien sobre la revocación, debiendo resolver en un plazo de diez días. Contra la resolución cabrá recurso (art. 99 LJ).

Esta solución es, no obstante, considerada insuficiente por un sector de la doctrina, que demanda que el contenido de la decisión que reconoce en vía administrativa la pretensión del demandante sea incorporada a la resolución judicial que pone fin al proceso, adquiriendo así el valor propio de ésta.[1331]

I. Allanamiento

El allanamiento es el acto procesal mediante el cual el demandado abandona su oposición a la pretensión y se conforma a lo pedido por el demandante.[1332]

1330 Como indica Santamaría Pastor, con el término satisfacción extraprocesal de la pretensión se –designa al supuesto en que, tras la interposición del recurso, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 691.

1331 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 851.

1332 González Pérez, Op. Cit., nota 521, pp. 387-388. Señala Gil Ibáñez que el allanamiento –es una declaración de voluntad efectuada por el demandado mediante la cual manifiesta su conformidad con la pretensión del deman-

En el ámbito contencioso-administrativo, marcado por el servicio al interés público al que está sometido el sujeto llamado a prestarlo (la Administración), es una figura que se ve con una cierta desconfianza, y tiende a ser reconocida con carácter restrictivo.[1333] Así ocurre, de hecho en Nicaragua, donde se permite llevarlo a cabo únicamente a los demandados facultados especialmente, de acuerdo con las disposiciones respectivas (art. 101 LJ).

A lo que se añade la exigencia de que la pretensión del actor no constituya una infracción del ordenamiento jurídico, pues en caso contrario el tribunal no puede aceptarlo, estando obligado a dictar sentencia conforme a derecho (art. 101 LJ).

Se podrá llevar a cabo en cualquier momento del proceso, antes de que se pronuncie la sentencia (art. 101 LJ).

El allanamiento, si cumple los requisitos establecidos, determinará, que el órgano judicial dicte sentencia acogiendo las pretensiones del actor (art. 101 LJ).

Si bien, si fueran varios los demandados, el juicio continuará con respecto a los que no se hubieran allanado (art. 101 LJ).

---

dante en el proceso contencioso-administrativo–. Gil Ibáñez, Op. Cit., nota 1140, p. 252. Santamaría Pastor señala que el allanamiento consiste –en el reconocimiento de las pretensiones del recurrente–. Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 691. Para Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, el –allanamiento es un acto procesal de la parte demandada por el que ésta renuncia a oponerse a la pretensión del demandante, de suerte que el Juez o Tribunal, si el allanamiento cumple los requisitos formales establecidos para su validez, pondrá fin al proceso, sin más trámites, mediante sentencia–. Tratado de... III. Pág. 286. Morell Ocaña entiende que allanamiento es –el abandono formal de su posición procesal por el demandado, aceptando la pretensión formulada por el demandante–. Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 489.

1333 Apunta Gil Ibáñez que –se trata de un supuesto "insólito" o "anormal", debido sin duda a la rigidez de los trámites que deben cumplirse para que la Administración demandada acuerde allanarse a las pretensiones de la parte actora, lo que dificulta su utilización práctica–. Gil Ibáñez, Op. Cit., nota 1140, p. 252.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO
EL SERVICIO PÚBLICO: LIBERALIZACIÓN, PRIVATIZACIÓN Y REGULACIÓN

A pesar de ser la idea del servicio público una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, no existe una definición estable de la misma1335.[1334] Históricamente, es una técnica relativamente reciente, aunque no es su modernidad lo que produce su falta de categorización, sino más bien su estrecha relación con la realidad histórica y política,[1335] que explica tanto su falta de precisión, como su constante evolución.[1336]

1334 J. L. VILLAR EZCURRA señala que "una de las cosas que más sorprende, uno de los extremos más curiosos del servicio público, en cuanto técnica administrativa y en cuanto una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, es que pese a ser uno de los núcleos alrededor del cual se ha construido la especialidad del Derecho Administrativo carezca de una definición total, pacífica, consentida por todos y que sea aplicable a cuantos supuestos aparecen en la dispersa legislación definidos como servicio público... Prácticamente, cada autor y a veces incluso cada editor en distintas épocas o en distintos libros, tiene su propia definición. Definiciones que son en gran parte incompatible en cuanto no son omnicomprensibles y sirven a los efectos que –a priori– se fija cada jurista, por lo que siendo congruente con este intento responden a una finalidad preconstituida... El servicio público, es, así, objeto de construcciones científicas –a priori–. No se trata, por tanto, de una institución o de una técnica administrativa construida, sino por el contrario de una construcción permanente, inacabable nunca pacífica–. Servicio público y técnicas de conexión. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980. Págs.71, 72 y 73.

1335 M. A. SENDIN GARCÍA apunta que el servicio publico "está sujeta a una continua reinterpretación que trata de adaptarla a las circunstancias propias de cada momento histórico. Esto no podía dejar de perjudicar a su validez científica, abocando irremisiblemente al fracaso de los denodados intentos doctrinales por llegar a una concepción unitaria del mismo, que han chocado siempre con ese pesado lastre. La segunda causa que dificulta la delimitación conceptual del servicio público es su estrecha relación con lo político, pues determinar que debe ser considerado en una sociedad concreta como tal es una decisión que posee una alta dosis de contenido político. El servicio público es, y probablemente será siempre, una figura polémica, ya que se encuentra a medio camino entre dos elementos de difícil convivencia: lo jurídico y lo político". Hacia un servicio público europeo. Editorial Comares. Granada, España. 2003. Pág. 5.

1336 En opinión de J. C. CASSAGNE, –si bien la institución ha subsistido, sobreviviendo a las distintas crisis que la acecharon, la técnica que, en definitiva, configura un régimen jurídico ha ido adaptándose a los sistemas y realidades prevalecientes en cada época histórica–. –Evolución de los principios

Por tal razón, el servicio público, al igual que la Administración, es fácil de describir, pero difícil de definir[1337] porque, al igual que ésta y que el ordenamiento jurídico que la rige, el Derecho Administrativo, es un producto histórico,[1338] que depende en buena parte de la idea que en cada momento se tenga del Estado, que es, a su vez, un elemento sometido a un continuo proceso de cambio y transformación.[1339] Todo ello provoca que el servicio público sea un elemento que va a variar al modificarse los fines que el Estado vaya asumiendo.[1340]

---

aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina–, en RAP 54 (2001). Pág. 446.

1337 Como afirma T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGEZ citando a ALESSI, "del servicio público hay tantas definiciones como autores". "Del servicio Público a la liberalización desde 1950 hasta hoy". En RAP. No. 150 (Sep-Dic 1999). J. M. DE LA CUETARA señala que "hay tantos enfoques del servicio público, como conceptos tiene cada uno de quienes se han ocupado de él". La actividad de la administración. Tecnos. Madrid, España. 1983. Pág. 120.

1338 El Derecho Administrativo –observa J. L. VILLAR PALASI– como todo fenómeno de Derecho, es un concepto histórico. El derecho es un producto y una técnica social y, por consiguiente, su concepto varia históricamente de acuerdo con los cambios que sufren en el tiempo, las ideas, el sentido de la agrupación social a la cual se aplica...Por eso resulta particularmente importante atender a la formación del Derecho Administrativo a través de la historia. Más aún, descubrir en la urdimbre sucesiva de los hechos una conexión explicativa de los mismos es la única perspectiva autentica...El derecho administrativo no es una creación pacifica de la razón o un producto de usos y costumbres juridizados –como sucede en gran parte del Derecho mercantil–, sino el resultado de la incesante y eterna polémica del poder con la sociedad, como un subproducto –ingente pero derivativo– de la política. Derecho Administrativo. Introducción y teorías de las normas. Universidad de Madrid. Facultad de derecho. Madrid, España. 1968. Pág. 91.

1339 R. RIVERO ORTEGA señala que "la historia nos muestra cómo las transformaciones en el modelo de Estado afectan sustancial y formalmente a la Administración pública. Variables sociales, políticas y económicas inciden sobre la organización y la actividad administrativas, estimulando al mismo tiempo la evolución de su ordenamiento regulador. Esta constante metamorfosis de la Administración pública y del Derecho Administrativo es consecuencia de los nuevos fines que el Estado se propone y de las nuevas técnicas que utiliza para su consecución. Administraciones Públicas y Derecho Privado. Marcial Pons. Madrid, España. 1998. Pág. 14. Véase, también GARRIDO FALLA, F.: Las transformaciones del régimen administrativo. Madrid. IEP. 1954; PAREJO ALFONSO, L.: Crisis y renovación en el Derecho Público. Madrid. CEC. 1991; Martínez, R. B.: Derecho económico. UNAN, México. 1996. Pág. 20 y sigs.

1340 Como señala G. ARIÑO ORTIZ, "el concepto de servicio público hay que plantearlo en el marco de un esquema más general: el de los fines del Estado". Principio de derecho publico económico. Segunda edición. Editorial Comares. Granada, 2001. Pág. 488.

Esta falta de consenso en la definición de este instrumento del Derecho Administrativo también se debe, en parte, a que a través del tiempo el concepto ha tenido que adaptarse al rol que en cada momento asumía el estado en la Economía.[1341]

Desde este punto de vista, podemos enmarcar la evolución del término servicio público, en las siguientes etapas:[1342]

Primera Etapa: Inicialmente la idea del servicio público fue un concepto socio-político, algo así como la transposición liberal del "servicio al Rey", que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado- Sociedad, propio de la revolución francesa,[1343] pero carece de un significado jurídico preciso.[1344]

La ideología liberal, reducía las funciones del Estado a las tradicionales de Defensa, Hacienda, Justicia, y a funciones de fomento y de intervención en las actividades de los particulares, pero, en estos últimos casos, limitadamente y dejando al libre juego del mercado y a la iniciativa privada el desarrollo del orden económico-social. Sin embargo, desde mediados del siglo XIX como consecuencia de la desamortización, la Administración tiene que hacerse cargo de los hoy denominados servicios sociales (educación y beneficencia, fundamentalmente), que antes eran asumidos por los gremios, la Iglesia, las universidades, las fundaciones, las corporaciones, y otros entes representativos del cuerpo social.[1345]

1341 En tal sentido, SENDÍN GARCÍA ha conectado las distintas crisis del servicio público, con las crisis del modelo de Estado existente en cada momento, y, con ello, del papel que le correspondía desarrollar en cada momento en el ámbito económico. Hacia un servicio... Págs. 83-86.

1342 Siguiendo a F. GARRIDO FALLA, podemos dividir, o agrupar en cuatro grandes etapas el desarrollo del servicio público: a) el abstencionismo administrativo del Estado-Gendarme; b) la expansión de los servicios públicos; c) la finalidad social y económica de la Administración y la aparición del Estado del bienestar; d) el neoliberalismo y crisis del servicio público económico y social. "¿Réquiem por el servicio público?". Cuenta y Razón 116 (junio-julio del 2000). Págs. 8-9

1343 DE LA CUETARA, señala que antes de la Revolución francesa, el término servicio público nace, simplemente, para evitar utilizar la referencia "servicio del rey". Es claro que los partidarios del a soberanía nacional, los precursores de la revolución y los filósofos opuestos al derecho divino de la Monarquía han de preferir utilizar este término; por el contrario, los realistas, absolutistas y conservadores preferirían la idea del servicio del rey. La actividad de la...Pág. 120.

1344 MARTÍNEZ MARÍN, A.: –La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española–, en Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX II. Homenaje al Profesor Garrido Falla. Madrid. Editorial Complutense, 1992.Pág. 1380.

1345 R. RIVERO ORTEGA indica que la actividad administrativa prestacional tiene antecedentes en el Antiguo Régimen: el servicio de correos, por ejemplo,

En este periodo los dogmas liberales eran un obstáculo para que el Estado asumiese directamente tales responsabilidades, ya que su función era el garantizar la libre y el espontáneo desenvolvimiento de la iniciativa privada. Sin embargo, este problema será resuelto mediante un mecanismo especialmente idóneo para dicho fin: la concesión administrativa.[1346]

En cualquier caso, durante este período el Estado se limita a asumir la responsabilidad en la prestación de estos servicios, pero sin llevar a cabo reflexión alguna acerca del encuadramiento dogmático de esas actividades.[1347] Se trata en definitiva, de la simple configuración de determinados sectores, como lo que hoy denominaríamos servicios públicos, pero sin que esa actuación de hecho suponga la construcción de una categoría o institución jurídica: el "servicio público". Termino que asume un sentido técnico sólo a partir de la construcción científica de la teoría del servicio público en la Francia de principios del siglo XX.[1348]

Segunda Etapa: La consolidación de la jurisdicción contencioso- administrativa, y la necesidad de delimitar el ámbito a la que ésta se extiende, conduce a que se utilice el concepto servicio público como criterio delimitador de dicha jurisdicción. Por esta vía, la noción de servicio público, acabará con el tiempo convirtiéndose, sobre todo gracias a la teoría de la Escuela de Burdeos, en el elemento sobre el que se pretende sustentar la propia autonomía del Derecho Administrativo, dando lugar a la tesis amplia del servicio público, que identifica a esta institución con la totalidad de la actuación administrativa.

Tercera Etapa: (mediados del siglo XX) el Estado presta directamente la actividad, bajo la premisa de la búsqueda del bienestar. Como consecuencia de la revolución industrial y el proceso técnico, los poderes públicos tienen

---

creado por los monarcas absolutos. Sin embargo, en un primer momento gran parte de las actividades asistenciales o prestacionales (educación, sanidad) eran realizadas por la iglesia, que compartía con el Estado el protagonismo a la hora de ofrecer servicios esenciales a los ciudadanos. Serán necesarias transformaciones políticas –el surgimiento de los Estados modernos– y sociales –el advenimiento de las sociedades industriales– para que los aparatos administrativos asuman mayores responsabilidades prestacionales. Introducción al Derecho Administrativo Económico. Editorial. Ratio Legis. Salamanca, España. 1999.

1346 M. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, señala que la concesión de un servicio significa en definitiva, sin entrar en más profundidades, gestión de un servicio público por un particular ajeno a la Administración concedente. El incumplimiento en la concesión de servicio público. Editorial Montecorvo. Madrid, España. 1981. Pág. 69.

1347 ROLDÁN MARTÍN, A.: –Los nuevos contornos del servicio público–, en Derecho administrativo económico. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000. Págs. 20-21.

1348 SENDÍN GARCÍA, M. A.: –Los servicios públicos en el siglo XIX–, en Anuario del Derecho Español 2005.

que desarrollar una acción cada vez más intensa en la vida social,[1349] lo que les lleva a asumir la prestación de servicios económicos (ferrocarriles, transporte, carretera, electricidad, gas teléfono, etc).[1350] Este tipo de actividad exigía una positiva intervención estatal asumiendo la dirección de las mismas, proyectando y planificando su establecimiento y su prestación.

Cuarta Etapa: (fines del S. XX) la insatisfacción por la calidad de los servicios públicos, y la imposibilidad de que el Estado soporte los elevados gastos de su prestación, hacen que se gire la vista hacia el mercado y la competencia, como posible solución.[1351] Aunque no es una peculiaridad de los servicios públicos, pues en todos los ámbitos se está manifestando una tendencia a la reducción del la intervención pública,[1352] es en este campo donde dicho fenómeno está manifestando una mayor intensidad, provocando que disminuya la prestación directa por los poderes públicos, y que estos adopten preferentemente el rol de programadores de la vida social, ordenadores y reguladores de los servicios públicos.[1353]

I. El Servicio Público en Nicaragua

El servicio público nace en Nicaragua desde el campo puramente económico, acompañado de las consecuencias jurídicas de la actuación positiva del Esta-

1349 MARTÍN RETORTILLO, S.: –Sentido y forma de la privatización de la Administración pública–, en Revista Española de Administración Pública 39, julio-agosto-septiembre de 2000. Pág.16.

1350 Apunta R. CABALLERO SÁNCHEZ que durante –la edad contemporánea hemos presenciado como el poder público cobraba una fortaleza inusitada y creciente, que le permitía ir mucho más allá del estricto y tradicional control político del territorio, hasta intervenir de un modo activo y dominador en todas las fibras del tejido social: desde la educación y la sanidad – tradicionalmente en manos de la Iglesia y de las entidades de beneficencia- hasta la cultura, el ocio y el deporte. En este proceso expansivo también fueron quedando incluidos los sectores económicos estratégicos para el bienestar social (apareciendo los diversos servicios públicos económicos), así como otras actividades económicas carentes en sentido estricto de ese valor añadido (actividad industrial del Estado)–: CABALLERO SÁNCHEZ, R.: Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos. INAP. Madrid, 2003. Pág. 79.

1351 ARIÑO ORTIZ, G.: –Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones–, en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Pág. 758.

1352 Indica J. MARTÍNEZ DE PISÓN que el –todopoderoso Estado social lleva tiempo echando lastre por la borda, cediendo buena parte de lo que tradicionalmente era objeto de su responsabilidad en los ámbitos políticos, sociales y económicos–. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Dykinson. Madrid, 2003. Pág. 49.

1353 En palabras de S. MUÑOZ MACHADO, –para explicar el cambio de actitudes de los poderes públicos, han dicho que hemos pasado del Estado gestor

do, que lo acompaña en su actuación como título de potestad de la Administración.

Las obras que realizaron los gobiernos durante el siglo XIX son servicios económicos de caminos, canales, alumbrado eléctrico; pero a la par, servicios de instrucción pública y de beneficencia, que el Estado asume como responsabilidad propia, pero sin un régimen jurídico definido, ni con precisión jurídica alguna.

A inicios del siglo XX, la intervención norteamericana destruye la precaria institucionalidad y el ya bastante desarrollado sistema de servicios públicos que había generado las exportaciones durante el período liberal (1893-1909).

A partir de los años treinta poco a poco el Estado fue ampliando sus funciones y se transformó en un agente protagónico del desarrollo –hacia adentro–, que tenderá a generar mecanismos y estrategias de desarrollo económico a través de un capitalismo de Estado –llamado "benefactor o desarrollista"– que será un instrumento que cambiará drásticamente las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invierte en obras de infraestructura, expande los servicios públicos y promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Con una fuerte inversión por parte del sector público, se iniciaría una rápida transformación y modernización de las estructuras productivas, lo que permitiría la sustitución de bienes simples, el ensanchamiento del mercado interno y la generación de nuevas unidades productivas. En este sentido, la participación del Estado se volvería cada vez más determinante en el proceso económico, ya que éste proveía los recursos financieros para la inversión a tasas preferenciales, otorgaba subsidios a la importación de bienes de capital, exoneraciones impositivas por un plazo prolongado de años, asistencia tecnológica y protección arancelaria a la naciente manufactura nacional, para ayudarla a superar con éxito la curva de aprendizaje, después de lo cual se suponía que las empresas estarían en condiciones de enfrentarse con éxito la competencia de las empresas extranjeras.

---

al Estado regulador, lo cual, sin ser del todo exacto, no deja de ser verdad. Sobre todo, explica eficazmente lo esencial: la principal forma de intervención del Estado en la economía ya no es (como lo fue durante casi todo el siglo XX en virtud del impulso que dio el nacionalismo económico, desde principios de la centuria, a la traslación masiva a mano pública de empresas y servicios) la participación en empresas y el mantenimiento de la titularidad pública de los servicios económicos, sino la supervisión continua del mercado para asegurar la igualdad de oportunidades y la libre competencia, permitiendo que sean empresas privadas las que se ocupen de la prestación de servicios de interés general–. –Prólogo– a Caballero Sánchez: Infraestructuras en... Pág. 27.

Asimismo, esta modernización se manifestó en la creación de una serie de instituciones económicas, que se incluyeron en el Instituto de Fomento Nacional (1958), el Banco Central (1961), el Instituto Nacional de Comercio Exterior e Interior (1962), el Instituto de la Reforma Agraria (1964), el Instituto de Bienestar Campesino (1976) y la Dirección de Planificación.

En el período de 1950 y 1973, la cantidad de entes autónomos ascendió de dos a dieciocho. Entre los años de 1963 y 1966, se desarrollo una campaña masiva de educación que penetró exitosamente a las áreas rurales. El Estado participó activamente en la formación de empresas manufactureras dirigidas al Mercado Común Centroamericano.

En resumen, a partir de esta redefinición del Estado, éste se transformó en un instrumento que cambiará las estructuras económicas y sociales del país, mediante el fomento de la industrialización sustitutiva de importaciones;[1354] invierte en obras de infraestructura, promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares; y expande los servicios públicos.

II. Bloque de Servicios Sociales: Seguridad Social, Sanidad y Educación

Seguridad Social.- El 12 de octubre de 1930 se aprueba la Ley del Sistema de Jubilación al magisterio mayor de 60 años, con un periodo mínimo de 20 años de ejercicio.[1355] Diez años más tarde en 1940, se emite el Reglamento de jubilación, Pensiones y Subsidios de Obreros y Empleados Ferroviarios.[1356]

En las Constituciones de 1939 (art. 104), 1948 (art. 85) y en la de 1950 (art. 97), se anuncia la creación de parte del Estado, del Instituto Nacional de Seguridad Social[1357] –a favor de los trabajadores, para cubrir los riesgos de enfer-

1354 En 1958 se firma el Tratado Multilateral sobre Libre Comercio e Integración Económica Centroamericano y el Convenio de Industrias de Integración. A continuación, se creó el Convenio de Equiparación de Aranceles, firmado en septiembre de 1959. BULMER THOMAS, explica que "según las medidas convencionales del progreso económico, la década de 1960 fue una Edad de Oro para Centroamérica...la realidad de la década fue algo diferente. Los formuladores de política no proporcionaron un marco adecuado para garantizar que los beneficios netos del MCCA se distribuyeran equitativamente entre las cinco repúblicas, de manera que la estrategia de industrialización se vio amenazada desde el principio por las diferencias entre los países. La economía política de Centroamérica desde 1920. BCIE. San José, Costa Rica. 1989. Pág. 233.

1355 Decreto sobre Jubilaciones, 22 de agosto de 1930, Gaceta No. 184

1356 31 de octubre de 1940. Gaceta No. 244. 245, 246

1357 El más antiguo antecedente de participación de Nicaragua en actividades relacionadas con la seguridad social fue en la Convención Internacional sobre Derecho Laboral realizada el 7 de febrero de 1923 en Washington. En la Con-

medades comunes, invalidez, ancianidad y desocupación, mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón–.[1358]

La aplicación del Seguro Social en Nicaragua obedeció al mandato constitucional contenido en el Art. 97 de la Ley fundamental de la República de 1950, que dice: –El Estado establecerá el Instituto Nacional de Seguridad Social a favor de los trabajadores, para cubrir los riesgos de enfermedades comunes, invalidez, ancianidad y desocupación, mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón. La correspondiente reglamentación será objeto de la ley–.

Consecuentemente, por decreto del 7 de julio de 1952, se crea el Ministerio del Trabajo como Secretaría de Estado, responsable de la aplicación del Código del Trabajo y del Seguro Social.[1359]

Salud.- En lo que respecta a la salud, la Constitución de 1893 contemplaba que era deber del Gobierno Central y las municipalidades la reglamentación de la higiene. Sin embargo, fue en la Constitución de 1939 en la que se estableció que "El Estado y los municipios velarán por la sanidad y mejoramiento social de la familia"(Art. 79).[1360]

El Ministerio de Salud inició sus funciones a partir de la promulgación y puesta en vigencia de la ley Núm. 2 del 24 de abril de 1964.[1361] A este mi-

---

vención los cinco países Centroamericanos se comprometieron a desarrollar programas de Seguro Social en sus respectivos países.

Aunque el Convenio fue ratificado por Nicaragua el 24 de julio de 1924, por desgracia, esta Declaración de intenciones no tuvo una incidencia decisiva, probablemente atribuidas a las condiciones políticas-económicas de los países centroamericanos. Para una mayor información sobre este convenio, véase, SANDINO ARGUELLO.: Compendio de derecho del trabajo Nicaragüense. Managua, Nicaragua, Tomo I y II.

1358 ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág. 921.

1359 En enero de 1954, Nicaragua envió sus delegados al Segundo Seminario Centroamericano Panameño de Seguridad Social, que se efectuó en Panamá, presidido por el Ministro del Trabajo Dr. Ramiro Sacasa Guerrero, a cuya solicitud se incluyo, en uno de los puntos del Seminario en referencia, un Estudio de las mediadas previas a creación de un régimen de Seguridad Social y normas para ponerlo en ejecución. Revisados por los técnicos de la OIT., y los directores de las Instituciones de México, Centroamericana y Panamá, se preparo un documento llamado Informe acerca del estudio de las medidas previas a la creación de un régimen de Seguridad Social, del cual resulto un documento base que posteriormente fue ampliado. Compendio de derecho del trabajo. tomo II

1360 ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, España, 1958. Pág.780.

1361 ESPINOZA FERRANDO, señala que el Ministerio de Salud fue creado por recomendación de la resolución A-2 de la Carta de Punta del Este, en la cual

nisterio le correspondía la dirección, organización y funcionamiento de los servicios de higiene, ejercer la asistencia social en el ramo sanitario, elaborar investigaciones y estudios en el campo de la salud, coordinar el servicio social de las profesiones relacionadas con la salud pública. En diciembre de ese mismo año, a través del Decreto N. 1027, se modifica la estructura en el campo de la salud, y por medio del art. 7 se crean "Comisiones Departamentales de Salubridad Pública, que tendrán por objeto cooperar en el mejor desarrollo de los programas de Salubridad Pública".[1362]

III. Bloque de Transporte

El Ministerio de Fomento y Obras Públicas tenía como atribución principal el correo, teléfono y telégrafo, mantenimiento de edificios públicos y la administración de carreteras.[1363] En el decreto Número 3 D, se habla que "caminos públicos".[1364]

Transporte de Ferrocarril.-A partir de los años cuarenta se emiten las primeras leyes de transporte y obras públicas. La "ley constitutiva de la empresa del Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua" se dictó en 1940. No era una entidad autónoma, pero tenía personalidad jurídica propia, y quedaba incorporada al dominio industrial y comercial del Estado. Aunque en la ley no se la define

se trazaron metas para el decenio 1961-1970, y, señalo la necesidad de crear una estructura administrativa funcional para la formulación del Plan Nacional de Salud. Nicaragua: El desarrollo del sistema de salud. Friedich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 2003. Pág. 22. Sobre el desarrollo institucio nal de la salud en Nicaragua, véase, ACOSTA, G.: Aspectos institucionales del sector salud en Nicaragua. 1971-1974. UNAN-Managua. 1977; CUANT, M.: Evolución y análisis de los servicios hospitalarios en Nicaragua. UNAN. Managua. 1983; La salud en Nicaragua, antes y después del triunfo de la revolución. MINSA. 1979

1362 La Gaceta. Número. 278. 1964. Pág. 3969.

1363 Señala CUMBERLAND, en el informe, "Hay pocos caminos, puentes o vías que merezcan verdaderamente el nombre de tales: las calles de las ciudades están sin pavimentar, con excepción de unos pocos trabajos iniciados ya en la capital; suministro adecuado de agua potable no se ha logrado; el teléfono, el telégrafo y el servicio de correos no se comparan con los estándares modernos; no se estudian proyectos de irrigación; no se han iniciado obras de mejoramiento portuario, salvo en los servicios aduaneros; las oficinas del Gobierno están en casas inadecuadas. Desde todos los puntos de vista Nicaragua necesita de un extenso programa de obras públicas–. Nicaragua: Investigación económica y financiera. Colección cultural del Banco de América. 1928. Pág. 48.

1364 La Gaceta. Decreto Núm. 3D. 1941. Pág. 2011. Con anterioridad a esta ley se había promulgado la Ley sobre ancho de caminos público La Gaceta Núm. 98. 30 de abril de 1918. Asimismo, la Ley sobre carreteras. La Gaceta Núm. 196. 2 Octubre de 1929.

como servicio público, si que se considera una "empresa de transporte público".[1365]

Transporte de Servicio Público.- Las empresas de Servicio Público de Transporte fueron constituidas a través del Decreto Núm. 402, que en su artículo 1 establecía, "Se conceptúan empresas de servicio público comprendidas en el Artículo 70 de la Constitución Política, las que se dediquen al transporte remunerado de personas o cosas, por calles, carreteras y demás vías publicas".[1366] Por su parte, el artículo 70 de la Constitución de 1950, establecía de manera clara que "para fines de interés general, podrá el Estado intervenir en la explotación y régimen de las empresas de servicio y aun nacionalizarlas, previa indemnización en este último caso".[1367]

En ese mismo año, por medio del Decreto Núm. 29, entra en vigor la ley de "Regulaciones para el Transporte de Pasajeros", y se faculta al Ministerio de Economía para regular el transporte de pasajeros en los siguientes aspectos: a) Fijación de horarios de trabajo, b) Determinación de tarifas, c) Limitación del número de unidades, d) Fijación de las características de las unidades de servicio, e) Continuidad de los servicios, f) Otorgamiento de permisos de línea en las rutas que estime conveniente, g) Establecimiento y funcionamiento de pasajeros.[1368]

En el Reglamento al artículo 33 de Ley Creadora del Consejo Nacional de Transporte, el artículo 1 establece que "para proceder a toda cesión, arriendo o permuta de derecho de línea urbana o rural, de taxi o a sus derecho de placa, deberá solicitarse previamente por escrito autorización al Consejo Nacional de Transporte. En el artículo 8, se lee: "Si a juicio del Consejo considerare que el cesionario, arrendatario o permutante no reúne las condiciones mínimas que el buen servicio público requiere, podrá rechazar la solicitud de cesión, arrendamiento o permuta de cualquier derecho de línea, taxi o sus derecho de placa sin perjuicio alguno para el Estado".[1369]

En 1967, se forma el Consejo Nacional de Transporte, adscrito al Ministerio de Economía,[1370] entre cuyas facultades se encontraban "la regulación técnica, económica y administrativa del transporte terrestre y por agua, dentro del

1365 La Gaceta. Número 238. 1940. Pág. 2474.

1366 La Gaceta, Número 71. Decreto 402. 1959. Pág. 658.

1367 ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 917.

1368 La Gaceta, Número 107. Decreto 29. 1959. Pág. 995.

1369 La Gaceta, Número 107. Decreto 129. 1967. Págs. 2940 y 2941.

1370 El Consejo estaba conformado por un representante del Ministerio de Economía, un representante del Ministerio de Gobernación, un representante del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, un representante de la Junta Nacional de Turismo, un representante de las Asociaciones Nacional de Transporte Terrestre, un representante de los Sindicatos de Chóferes y un representante del Partido de las Minorías, el conservador.

territorio de la República"(Art. 1). Asimismo, en el artículo 11 de dicha ley se declara que "las empresas destinadas al transporte regular terrestre y acuático de pasajeros o de carga, son empresas de servicio público". La concesión de línea se adquiría por cuatros años, y por licitación pública (Art. 17). Este derecho era considerado "una propiedad del Concesionario de la cual no puede ser desposeído sino de conformidad con la presente ley" (Art. 20).[1371]

Transporte Aéreo.-La declaración del transporte aéreo como servicio público no está contemplada en la "Ley de Aviación Civil", vagamente se habla de "servicios aéreos civiles" (Art. 2). Sin embargo, establece en el artículo 63, inciso e, que las "empresas que deseen establecer servicios aéreos permanentes deberá de celebrar contratos con el Gobierno". Más adelante la ley afirma que se necesita un "permiso de o una concesión para el establecimiento y explotación de las rutas aéreas"(art. 68), y también la ley considera que "no se otorgará el permiso de explotación de una ruta con carácter exclusivo o de monopolio"(art. 74), y que "serán cancelados en cualquier tiempo, cuando a juicio del Ministerio de Aviación, después de evacuados los informes de los Inspectores de Aviación, haya graves o reincidentes violaciones de la presente ley; cuando se interrumpa sin justa causa el servicio".[1372]

IV. Bloque de suministros: Agua, energía eléctrica

Suministro de energía eléctrica.-A mediados de los años cincuenta, se constituye la "Empresa Nacional de Luz y Fuerza", que tenía personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. La Empresa, según el artículo segundo tenía por objeto la producción y suministro, público y privado, de luz y fuerza eléctrica, pudiendo extender sus actividades a otros servicios de índole similar o complementario".[1373]

A finales de los años sesenta, se forma el Instituto Nacional de Energía Eléctrica, que tenía su antecedente próximo en la Comisión Nacional de Energía, que estaba adscrita al Ministerio de Fomento y Obras Públicas en 1955.[1374]

El Instituto tenía dentro de sus objetivos que todas las "Empresas de servicio público de energía eléctrica, ya sean estatales, particulares o municipales,

1371 La Gaceta, Número 129. Decreto 1331. 1967. Págs. 1378 y 1379.

1372 La Gaceta. Número. 175. Decreto Núm. 298. 1944. Págs. 1577 y 1582. En 1926, se crea el Ministerio de Aviación civil. La Gaceta Núm. 175. 22 de septiembre de 1926.

1373 La Gaceta. Número. 239. Decreto 102. 1954. Pág. 2184.

1374 En el Decreto de creación de la Comisión Nacional de Energía, solamente en una parte de la ley art. 3, inciso 5, habla del "establecimiento y operación de centrales de energía eléctrica, públicas y privadas". La Gaceta. Número 69. Decreto Núm.18-D. 1955. Pág. 642. Esta ley fue reformada en 1957, en los siguientes artículos: 4, 6, 9 y 11. La Gaceta. Número 233. Decreto Núm.266. 1957. Pág. 2201 y 2202.

estarán sujetas a la Supervigilancia del Instituto". Según esta ley el Instituto podría exigir a las empresas que le presenten cada seis meses los datos estadísticos y contables, y un estado detallado de sus operaciones, con el fin de conocer el cumplimiento de las obligaciones que les impone su carácter de concesionarios de un servicio público.

También el Instituto, tenía a su cargo el estudio y la formulación de planes de planificación y desarrollo del sistema Nacional de electrificación: establecimiento de bases para el funcionamiento, regulación y supervisión de la generación, transmisión, distribución, comercialización, utilización y consumo de la energía eléctrica del país.[1375]

Otra importante ley que se aprueba en 1957 es la de Industrias Eléctricas, que en el capítulo I, inciso IV, establecía: "estimular la inversión del capital privado a largo plazo en las actividades de la industria eléctrica, asegurándosele una justa utilidad y el recobro de la inversiones efectuadas en obras e instalaciones dedicadas al servicio público; V) Fijar los requisitos a que debe sujetarse el otorgamiento de concesiones y permisos necesario para desarrollar actividades relativas a la industria eléctrica. En el artículo 5, "se consideran de utilidad pública todas las actividades relacionadas con la industria eléctrica comprendidas en la presente ley. El artículo 7, establece que "las actividades de la industria eléctrica dedica al abastecimiento regular de energía para el uso del público constituyen un servicio público". Más adelante, en esta ley se establece que "las concesiones y permisos para ejercer actividades de la industria eléctrica con aprovechamiento de energía hidráulica, se otorgarán subordinándolos a la preferente satisfacción de los intereses generales relativos a la alimentación, a la salud pública, a la agricultura, a la protección contra las inundaciones, a la conservación y libre circulación de los peces y al retorno de las aguas a sus cauces (art. 9). El artículo 29, habla que los concesionarios "de servicio público de electricidad están obligados": "A suministrar energía para el servicio público, a todo el que la solicite dentro de la zona fijada en el contrato de concesión, sin establecer preferencia alguna, salvo que el concesionario demuestre ante la Comisión que existe impedimento técnico o económico para hacer el suministro, sujetándose en todo caso a lo que establezca el Reglamento de la presente ley" (II).[1376]

Agua. A inicios de los años cincuenta,[1377] se crea la oficina de Recursos Hidráulicos y Agua Potable, que funciona bajo la dependencia del Ministerio

1375 La Gaceta. Número 139. Decreto 1573. 1967. Pág. 1836. En el año de 1967, se forma el Comité Nacional de Normas Eléctricas, "a fin de evitar la proliferación de normas" eléctricas. La Gaceta. 73. Decreto. Núm. 131. 1967. Págs. 828, 829 y 830. En 1967, se declara de Utilidad Pública la Planta Térmica de Managua.

1376 La Gaceta. Núm. 86 del día 11 de 1957.

1377 Hasta 1955 el abastecimiento de agua potable en el país era responsabilidad de las Municipalidades.

de Fomento y Obras Públicas. En el considerando de la ley, se puede leer: "Se hace necesario para el desarrollo económico del país resolver de una manera permanente los problemas referentes a Fuerzas Hidráulicas, Irrigación, Drenaje, abastecimientos y purificación de aguas, acondicionamiento de Ríos, lagos y puertos, para propósitos de navegación y recreación, control de inundaciones y desarrollo de los recursos hidráulicos...con ello se obtendrá una reducción considerable en el índice de mortalidad, el mejoramiento de la salubridad pública y la elevación del nivel de vida del pueblo nicaragüense".[1378]Aunque no existe, como es evidente la inclusión de esta actividad como servicio público, no obstante se evidencia en la ley una preocupación del gobierno por la salud pública.[1379]

En la Ley de Usos de Agua para Riego de Beneficio Colectivo, se declara de utilidad pública las obras necesarias para la realización de proyectos cuyo objeto sea el aprovechamiento de los recursos hidráulicos del país para propósitos de riego, beneficio colectivo de una determinada región;[1380] obras que pueden ser emprendidas por personas aún particulares organizadas en empresas que tengan el carácter de servicio público, precisándose en este único caso, de una autorización del Poder Ejecutivo en el Ramo de Economía.

En el Reglamento de la Empresa Aguadora de Managua, en 1963, se declara el suministro de agua como servicio público.[1381] En los considerándolos podemos leer, "es el propósito del Gobierno mejorar y ampliar el servicio público de agua potable que suministra a través de la Empresa Aguadora de Managua, para llevar dicho servicio hasta las zonas actualmente urbanizadas, lo mismo que a zonas o áreas en proceso de urbanización o potencialmente en desarrollo, a fin de que la Empresa extienda sus funciones para las cuales fue creada".[1382] En el artículo primero del reglamento se puede leer: El Gobierno de la República de Nicaragua suministra a la ciudad de Managua, el servicio público de agua potable a través de la entidad conocida con el nombre de "Empresa Aguadora de Managua". En el artículo 33 se establece que "la empresa

1378 La Gaceta 165. Decreto Núm. 31-D. 1953. Pág. 1503.

1379 En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1964 se lee: "Es servicio público una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva, como agua, luz, transporte. Boletín Judicial. 494/1964. 30 de Enero de 1964.

1380 Ley de Usos de Agua para Riego de Beneficio Colectivo. Art. 1. Ley núm. 747.13 de abril de 1962.

1381 El Código Civil de Nicaragua declara públicos los ríos, sus lechos, los lagos, lagunas, canales y corrientes navegables o flotables, sus puentes y cauces, las fuentes públicas. Código Civil de Nicaragua. Art. 611.

1382 Por Decreto Ejecutivo No. 847, de 24 de Junio de 1963 fue trasladado el Departamento Nacional de Servicios Municipales al Ministerio de Gobernación. En Julio de 1967 se crea por Decreto No. 1349, el Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), adscrito al Ministerio de Salubridad Pública y sustituyendo a SERMUNIC. Se incorpora la administración del alcantarillado sanitario de Managua a DENACAL.

suministrará el servicio de agua potable en la forma más regular y continua posible, pudiendo solamente interrumpir el suministro por circunstancias especiales, tales como disminución del caudal de las fuentes, reparación o mejoras de los sistemas de operación; o caso fortuito o de fuerza mayor o conforme lo estipulado en el art. 43.[1383]

La Ley creadora del Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), del 22 de julio de 19671385,[1384] lo organiza como una dependencia del Ministerio de Salud Pública (Art. 1). Los artículos 1, 3, 6 y 8 de su Ley creadora señalan sus funciones, sin embargo, no estipula expresamente el de servicio público.

V. Bloque de comunicación: Radiocomunicación, telégrafos, Correos

Radiocomunicación.-En el Decreto Núm. 9B, en el artículo 10, inciso f, se habla que la "estación pública de Radiocomunicación, es una estación abierta al servicio público, ya sea de la propiedad del Estado o de particulares o compañías a quienes el Estado hay concedido derecho para establecerlas, por medio de contratos particulares"

3.4.2 Servicio de Correo.- La declaración de esta actividad como servicio público se encuentra en la Ley de Especies y Filatelia, de 1944, que en su art. 1.establece que "constituye las Especies Postales los sellos o estampillas de correo interior é internacional, ordinario o aéreo, y las tarjetas y sobres timbrados para uso exclusivo del servicio público de correos de Nicaragua". Esta ley fue reformada en 1956, sin embargo, el artículo primero no sufre modificación alguna.[1385]

En 1971 se creó TELCOR (Telecomunicaciones y Correos), que vino a reemplazar las actividades de telecomunicaciones a la Dirección General de Comunicaciones.[1386] En el artículo 1, se establece: "Créase la Dirección General de Telecomunicaciones y Correos de Nicaragua, cuyo nombre abreviado será TELCOR, la cual será una Entidad Estatal Descentralizada, con Personalidad Jurídica, patrimonio propio, plena capacidad para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones, de duración ilimitada, y con domicilio en la ciudad de Managua, pero podrá establecer agencias en el interior de la República y representaciones o agencias en el exterior. Esta entidad sustituye a la Dependencia Administrativa, que a la fecha ha fungido como programa del Ministe-

1383 La Gaceta Decreto Núm. 17-B. 1963. Págs. 1514, 1515, 1516.

1384 La Gaceta. Núm. 168. 27 de julio de 1967.

1385 Los artículos que se reforman de la Ley de Especies y Filatelia de 1944, son los siguientes: Art. 3, se modifica el inciso 1o. del art. 4, el Art. 4 y el art. 19. La Gaceta. Número 149. 1956. Págs. 1601 y 1602.

1386 Decreto 1862. 21 de junio de 1971. La Gaceta Núm. 174.

rio de Defensa, con el nombre de Dirección General de Comunicaciones". Sin embargo, es en el artículo 26, en donde se declara a esta actividad como de "servicio público y general, los servicios que dentro de esta ley, prestare cualquier sociedad u organización de que TELCOR llegare a formar parte".

VI. La crisis de los ochenta y la nacionalización de las Empresas

El derrocamiento de ANASTASIO SOMOZA el 19 de julio de 1979 fue recibido con entusiasmo, instalándose en esa fecha la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, que ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo, a la vez, entre los años de 1979 y 1984.

Entre esos instrumentos de política destacaban más de cien empresas agroindustriales de propiedad estatal acabadas de fundar, que constituían el Área Propiedad del Pueblo (APP). Estas empresas, que habían pertenecido a la familia Somoza, pasaron a ser propiedad del Estado, y a tener un papel principal en la política alimenticia del país.[1387] Con los años se agregaron una serie de nuevas empresas,[1388] como resultado de un ambicioso plan de inversiones públicas. A mediados de los años ochenta, las empresas estatales comprendían los rubros agropecuario, industria-manufacturera y de comercio. Las empresas estatales representaban el 21 por ciento del valor agregado en la agricultura y el 31 por ciento en la industria manufacturera.

En este proceso de refundación del Estado de Nicaragua, también se emiten una serie de Decretos-Leyes sobre transporte terrestre, aéreo y acuático, y éstos, en la norma jurídica se le declara de manera expresa como servicio público.

Mediante el Decreto No. 20,[1389] se crea el Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillado Sanitario (INAA), con la fusión del Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (DENACAL), la Empresa Aguadora de

1387 Las empresas nacionalizadas tenían diversos "regímenes de propiedad, los que incluían sociedades anónimas, mixtas o 100 por ciento estatales, empresas de reforma agraria y empresas creadas por decretos ministerial. Estas dos últimas firmas tienen su propio régimen jurídico, diferente al de la Sociedad Anónima.

1388 Además de los bienes de la familia SOMOZA, se confiscaron propiedades cuyos dueños se ausentaron del país por más de seis meses. Decreto Núm 760. 19 de julio de 1981. Las propiedades agrícolas fueron adquiridas por el Estado en virtud del decreto 329 del 29 de febrero de 1980 y las Leyes de Reforma Agraria. Decreto 782 y Ley Núm. 14 del 19 de julio de 1981 y del

1389 Decreto 20. Gaceta Núm. 3. 24 de Agosto de 1979.

Managua (EAM)[1390] y el resto de Empresas Municipales independientes que operaban a la fecha.

A inicios de los años ochenta por medio del Decreto 682, se establece la "Ley de Especies Postales y Filatelia". Mediante esta ley TELCOR tiene el dominio, la emisión, control y comercialización de las Especies Postales y Filatelia de Nicaragua.[1391]

La creación de una televisión pública se dio por medio del Decreto Núm. 1,398,[1392] que en su artículo 1 establece: "Créase el Sistema Sandinista de Televisión (SSTV), como una corporación Estatal de Derecho público, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones".[1393]

En lo que respecta a los municipios, mediante el Decreto Núm. 270, dictado el 31 de enero de 1980, se reguló el nuevo régimen local. Asimismo, se formó una Secretaría de Asuntos Municipales,[1394] que de acuerdo con el art. 1 de su Ley Creadora, estaba dirigida y vigilada por el Poder Ejecutivo, correspondiéndole las funciones de coordinar y dirigir las actividades de las Juntas Municipales en todo el territorio nacional.

VII. El Servicio Público en la Constitución de Nicaragua.

El 9 de Enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República.[1395]

1390 La EAM era administrada y operaba bajo ciertos criterios empresariales y organizaciones que permitían que fuera una entidad productiva, rentable y brindara un buen servicio. DENACAL, era administrado y operado como Ministerio del Estado con dependencia del presupuesto nacional. JOSE ANTONIO DARCE. Pág. 12.

1391 Gaceta Número 66. 21 de marzo de 1981.

1392 Decreto No. 1,398 de 10 de febrero de 1984. La Gaceta No.38, de 22 de febrero de 1984.

1393 En 1989, un grupo de recurrentes, interpuso un Recurso por Inconstitucionalidad en contra de la Ley No. 52, "Ley General sobre los Medio y la Comunicación Social". En una parte de la Sentencia se lee: "...El Estado, está facultado para determinar por medio de leyes especiales o concesiones que recursos naturales son de su uso exclusivo, cuáles se reservan para desarrollarlos y explicarlos directamente, y qué parte de los mismos otorga a particulares, sin que esto signifique que se está desconociendo que existen otros bienes, cuya forma de propiedad puede ser privada, asociativa, cooperativa y comunicativa". Jurisprudencia Constitucional de Nicaragua. Pág. 1266.

1394 Decreto Núm. 106. 9 de Octubre de 1979.

1395 TORRES BRIONES, I.: Historia del poder legislativo en Nicaragua 1823-1998. Managua. Parlamento. 1998; ESGUEVA GOMEZ, A.: Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua. Managua. El parlamento. 1994. Tomo II; AA.VV.: Comentarios a la Constitución Política

En 1995 el texto constitucional fue reformado, el régimen político había cambiado y el Estado estaba bajo la dirección de fuerzas políticas que se inclinaban hacia la empresa privada. Hacia la intervención de los sujetos privados en el mundo económico más que hacia el Estado. Sin embargo, esto no deslindaba las responsabilidades del Estado a la hora de dirigir la economía, garantizar y promover el desarrollo integral del país (Art. 99).[1396]

Debido a la reforma Constitucional, en particular los artículos 99, 104, 105 del Capítulo I. ECONOMÍA NACIONAL, se logró adecuar el texto constitucional a los objetivos del Gobierno, y de esta forma trazar la política económica que ha seguido el Estado de Nicaragua en la última década.

Conforme a los principios constitucionales, –es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básico de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y derecho inalienable de la misma el acceso ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la Ley de cada caso. Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado, no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad– (art. 105).[1397]

---

de Nicaragua. HISPAMER. Managua. 1999; AA.VV.: Tratado Elemental de Derecho Constitucional Nicaragüense. Universidad de Sevilla Secretariado de Publicaciones. Sevilla. 1999; NAVARRO, K, SENDIN GARCÍA, M.: "Las bases constitucionales del Derecho Administrativo de Nicaragua". En: El marco constitucional del Derecho Administrativo en Ibero América. Quito, Ecuador. 2006. Pág. 291-300; ALVAREZ ARGUELLO, G.:.: La Ley en la Constitución nicaragüense, Cedecs, Barcelona 1999; CHAMORRO MORA,R.: Constitución política. Comentarios. Universidad Centroamericana, Managua 1990; CUADRA, F.: "Breve análisis de la Justicia Constitucional en Nicaragua en el período histórico comprendido entre 1939 y 1992", en AA.VV. , La Justicia Constitucional: una promesa de la democracia. San José de Costa Rica 1992, págs. 177-199.

1396 AA.VV.: Nicaragua 1995: Un nuevo intento Constitucional (cronología del proceso de reforma constitucional). Universidad de Sevilla. 1996; NAVARRO, K y SENDIN GARCÍA.: –Las bases Constitucionales…Pág. 175-

1397 SENDIN GARCÍA y NAVARRO, señalan que de este artículo se debe destacar que la –noción de servicio público se hace más desde la idea de garantía de una correcta prestación y control por parte de los poderes públicos, y derecho al acceso por parte de los sujetos privados, que desde la idea de monopolio. De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público plante problema de adaptación algunos a la nueva forma de entender el servicio público, tras los procesos de liberalización y desregulación, en el que se presta éste en un entorno competitivo y no monopolístico. Por otra parte, sorprende que el legislador constituyente, sin embargo, sigue reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolio; y eluda dicho

El artículo 119, define que la educación es función indeclinable del Estado. Corresponde a éste planificarla, dirigirla y organizarla. El artículo 112, garantiza el acceso a la educación es libre e igual para todos lo nicaragüenses. La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria en los centros del Estado...nadie podrá ser excluido en ninguna forma de un centro estatal por razones económicas–.

De lo expuesto podemos deducir que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, en la Constitución y en el ordenamiento jurídico positivo, se califica explícitamente determinadas actividades como servicio público. Ya en este período el servicio público, es una cierta forma de acción administrativa; es decir un tipo de actividad con un contenido concreto, tendente al suministro de una prestación.

En estas leyes la noción de servicio público no forma una unidad coordinada ni un sistemático ordenamiento; es más bien una técnica que se utiliza en la normativa jurídica para dar una respuesta a necesidades colectivas, en un régimen especial, y cuya titularidad pertenece a la Administración Pública.

Como puede verse, el servicio público aparece en todas partes, en ocasiones la idea se perfila claramente, pero falta en todo caso la inserción en un marco jurídico general.

La falta de una reflexión doctrinal sobre la materia, se convierte así en decisiva. Convirtiendo los servicios públicos nicaragüenses en un mero agregado, confuso y poco claro, de sectores sujetos a regímenes diversos, aunque casi siempre próximos a lo que tradicionalmente se considera servicios públicos en la tradición continental europea.

En cualquier caso, si parece evidente la impronta claramente publicista que informa el servicio público nicaragüense en este momento. La tendencia a la gestión monopolística u oligopolística es clara.

VIII. La privatización de los servicios públicos

El 25 de febrero de 1990, en cumplimiento de los Acuerdos de Esquipulas, se efectuaron elecciones para elegir al presidente y vice presidente de la República, representantes ante la Asamblea Nacional y Concejales municipales.

término para referirse a los servicios de carácter social. La vieja formas de pensar parecen haber sido aquí decisivas, llevando a situar este tipo de servicios, tradicionalmente designados como servicios compartidos, como una realidad próxima pero diferente al servicio público. Huelga decir que dicha redacción no debe impedir la consideración de ambas realidades como dos especies (servicios públicos económicos y servicios sociales) de un mismo genero (servicios público). –Las bases constitucionales–…Pág. 178. Véase, también los mismos autores: La formación y consolidación del Derecho Administrativo nicaragüense. Editorial, Hispamer. Managua, Nicaragua. 2006. Pág. 199 y ss.

El resultado de las elecciones fue el triunfo de la coalición de Partidos Políticos identificado como Unión Nacional Opositora (UNO). En los primeros años de gobierno, la Presidenta VIOLETA BARRIOS DE CHAMORRO implementó un programa de reforma del Estado. A través del proceso de reforma del Estado se privatizaron 351 empresas que anteriormente fueron propiedad estatal. La privatización, tenía por objetivo: a) La reconversión y modernización del aparato productivo; b) El saneamiento de las finanzas del estado; c) El incremento en la generación de empleos, inversión, producción y exportaciones.

De esta forma, el gobierno de Nicaragua concibe la privatización como uno de los instrumentos principales de la estrategia de desarrollo, de la racionalización del estado, y de la modernización de los sectores productivos. La transferencia al sector privado de empresas y de activos se enmarca dentro del más amplio contexto de ajuste estructural, y de una política de apertura al comercio internacional que tenía como objetivos centrales fomentar la competitividad internacional de la economía y lograr un aumento en los niveles de vida a través de la creación de empleo.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NICARAGUA

I. Introducción. Evolución de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense

El reconocimiento de la responsabilidad de la Administración pública ha seguido una evolución histórica que no ha culminado sino hasta bien entrado el siglo XX. En el origen de la Administración, no se reconocía en modo alguno su responsabilidad, ni en la Edad Media, ni en los Estados absolutos. Ni los reyes, ni las Administraciones dependientes de ellos, respondían por los daños que causaban. Es el principio general del Derecho de que –el rey no puede errar–. Incluso, con la Revolución Francesa, el principio no cede; es decir, se sigue manteniendo la falta de responsabilidad de la Administración Pública.

En el siglo XX se va a comenzar a reconocer una responsabilidad de la Administración del Estado en determinados casos. Conforme el Estado se va transformando de liberal a social, la Administración va asumiendo más competencias, actúa en más campos y, como consecuencia de ello, existe también un riesgo mayor de causar daños a los ciudadanos.[1398]

1398 GARCÍA DE ENTERRÍA, ha señalado que durante mucho tiempo, los administrativistas se han esforzado en encontrar un fundamento válido para justificar la consecuencia de la responsabilidad de la Administración. Esta afanosa búsqueda estaba determinada, en buena parte, por dos deficiencias de origen: una fundamental, el carácter puramente empírico con que se presentaba en el Derecho común la teoría de la responsabilidad civil; otra, la juventud misma del Derecho público y la imperfección de muchos de sus primeros mecanismos técnicos. El resultado fue una proliferación de teorías sobre la responsabilidad administrativa. Este planteamiento del problema puede considerarse hoy como definitivamente superado. El citado autor considera que en nuestros días se ha llegado a la tesis común según la cual la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas.

La evolución de la responsabilidad de la Administración parte de la posición de irresponsabilidad de ésta. "Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación" frase que LAFERRIERE pronunció a finales del siglo XIX, y que ha sido utilizada en numerosas ocasiones como clara expresión de la vieja, pero muy arraigada doctrina del ius eminens. Soberanía y responsabilidad fueron considerados términos contrapuestos. La vieja formulación anglosajona "the king can do not wrong" ha tenido plena vigencia hasta principios del siglo XX.

En Nicaragua, en un primer momento es reconocida la responsabilidad en el campo del derecho privado: Civil y mercantil. Se trata de una responsabilidad indirecta y subjetiva, basada en la noción de culpa.

Es en la Constitución de 1987, en el artículo 131 que se establece la responsabilidad patrimonial del Estado por las lesiones que como consecuencias de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, sufran los particulares en sus bienes, derecho e intereses.

Literalmente el artículo 131 establece: –El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derecho e intereses, salvo los de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones–.

Este precepto constitucional ha sido desarrollado, en el Título Séptimo, CAPÍTULO I, en los artículos del 117[1399] al 119 del Proyecto de ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Las notas características del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administraciones públicas, establecido en la Constitución y desarrollado en el proyecto de ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, son entre otras las siguientes:

1- La responsabilidad se configura de forma unitaria, con un régimen de Derecho Administrativo aplicable a todas las Administraciones Públicas y que protege a todos los ciudadanos.

2- Quedan fuera los daños provenientes de los Contratos Administrativos.

3- La responsabilidad de las Administraciones, solamente se aplica al funcionamiento anormal o mal funcionamiento de los servicios públicos. Esta no solamente comprende las conductas ilegales o culpables de los agentes públicos, sino también el mal funcionamiento de los servicios; es decir, el

1399 Artículo 117.- Responsabilidad extracontractual de la Administración Pública:

1. Los ciudadanos tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia de un mal funcionamiento de los servicios públicos
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

funcionamiento por debajo de las medidas de calidad exigible y que causen un daño al ciudadano.

No se incluye, como en la ley Española, la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento normal, que hace referencia a los daños incidentales causados por actuaciones correcta de la Administración.

4- La responsabilidad es directa. Es decir, la responsabilidad de las Administraciones públicas se reconoce sin exigir a los ciudadanos que identifiquen al funcionario o agente público que haya causado el daño.

5- La posibilidad de iniciación de oficio de los procedimientos.

6- La sumisión al nuevo procedimiento de la responsabilidad derivada de la actividad de las Administraciones Públicas tanto en relaciones de Derecho público como privado.

7- La introducción de la posibilidad de la "restitutio in natura" permitiendo la indemnización en especie.

8- La declaración de que las resoluciones de los procedimientos ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, la improcedencia del recurso administrativo ordinario, quedando, pues, expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa que resulta ser, la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho público como privado.

9- El establecimiento de un procedimiento en que indudablemente se produzca la necesaria relación de causalidad entre la lesión producida y el funcionamiento del servicio público, así como, cuando sea inequívoco, la valoración del daño y la cuantía de la indemnización.

10-La fijación de un último procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas, regulando, de un lado, el referido a los daños y perjuicios causados a los particulares, y, de otro, aquél al que habrá de someterse la Administración Pública de que se trate para la exigencia de responsabilidad patrimonial a sus autoridades y demás personal por los daños y perjuicios originados para la misma mediando dolo, culpa o negligencia grave.

En este punto debemos tener presente que, dentro de su ámbito objetivo, es un sistema que contempla la responsabilidad extracontractual, ya que la contractual, entre las partes de un contrato, se sujeta al régimen correspondiente a la legislación de contratos.

11-La nota más importante, es que la responsabilidad tiene un carácter objetivo. Para que se reconozca no se debe de acreditar la existencia de una conducta culpable de los agentes públicos, sino, únicamente, que el daño es consecuencia del mal (anormal) funcionamiento de los servicios públicos. La objetividad distingue la responsabilidad de la Administración de la responsabilidad civil, ya que esta última es una responsabilidad subjetiva.

Las principales características de ese sistema pueden sintetizarse así: es un sistema unitario en cuanto rige para todas las Administraciones Públicas; general en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, y tanto por acción como por omisión; de responsabilidad directa de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y empleados públicos, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencia graves; es, sobre todo, un régimen de carácter objetivo que, por tanto, prescinde de la idea de culpa, por lo que el problema de la causalidad adquiere aquí la máxima relevancia; y, finalmente, pretende lograr una reparación integral.[1400]

Según el profesor Leguina Villa que ha estudiado tan rigurosamente el problema de que la función de la responsabilidad patrimonial es en definitiva, el resarcimiento o reparación de un daño sufrido por un particular en su patrimonio (sin quitarle importancia a la función preventiva y a la función de control), más que la imputación del mismo a un ente público en sí misma considerada.

Se persigue, pues, el mantenimiento de la integridad patrimonial de cada individuo frente a las posibles lesiones antijurídicas, es decir, no obligatoriamente soportables por el mismo. La Administración responderá de los daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, lo cual, al incluir la responsabilidad por el simple riesgo debido a la realización del servicio, viene a suponer una amplísima garantía de resarcimiento para el perjudicado.

II. Presupuestos o elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial

Tomando como punto de partida el artículo 117 del proyecto de ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administra-

1400 Entre las críticas a este sistema se encuentra, en que ha sido calificado como un sistema, excesivamente amplio, excesivamente genérico, excesivamente indeterminado y, por último, excesivamente uniforme. Así, se ha pretendido la necesidad de un sistema objetivo en base a tres perspectivas diferenciadas:

1.- La existencia de riesgos especiales creados por la Administración. La Administración debe responder objetivamente cuando cree o domine un riesgo especial, esto es, un riesgos especialmente elevado de producción de resultados lesivos.

2.- El principio de igualdad de las cargas públicas.

3.- El principio de la garantía patrimonial de los administrados.

O. MIR PUIGPELAT, La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, cit., pág. 187 ss.

tivo Común, los requisitos necesarios para que proceda la indemnización por responsabilidad, son:

a) Acción u omisión de la Administración.

b) Lesión patrimonial, equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. En este punto la lesión se define como daño ilegítimo, en cuanto a que el particular (administrado) no tenga el deber jurídico de soportarlo.

c) El vinculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, que implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas, lo que aquí llamaremos criterios de imputación.

d) El necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

e) Ausencia de fuerza mayor.

1. Acción u omisión

Siendo la responsabilidad patrimonial de la Administración predicable por el mal funcionamiento de los servicios públicos, ésta se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa que determina un daño no directamente procurado, extendiéndose dicha responsabilidad a todas las formas de acción u omisión administrativa que impliquen una lesión individualizada, tanto en la esfera personal como patrimonial del lesionado.[1401] Es importante tener presente, respecto a la omisión, que la responsabilidad de la Administración derivaría de no haber adoptado las medidas necesarias para evitar el daño, lo que implica entender que la actuación que hubiera evitado el daño se encuentra dentro del "estándar" objetivo del servicio, lo que constituye un concepto jurídico indeterminado.

2. Daño

Uno de los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas consiste, según el art. 131 de la CN, en " las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derecho e intereses", lo que se reproduce en el art. 117 del proyecto de ley.

Por ello, el segundo de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. Partimos del presupuesto que no existe lesión efectiva cuando se perjudican meras expectativas que no son derechos adquiridos, y no puede predicarse el

1401 G. ITURMENDI MORALES, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aportaciones de la ley 29/1998, de 13 de julio, Ley 4/1999, de 14 de enero, y Ley 53/1999, de 28 de diciembre",

término de lesión cuando no se trata de una conducta antijurídica realizada por la Administración.

En poco se diferencia el concepto de daño en la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto del concepto general de la responsabilidad civil, por ello trataremos el tema de forma esquemática. El concepto de lesión patrimonial se convierte en el basamento del sistema, al eliminarse la culpa como criterio de imputación. La noción de lesión indemnizable se nutre de dos elementos: el daño y la antijuridicidad del mismo. Sin la culpa la antijuridicidad se desplaza de la acción al daño, por eso la lesión ha de ser antijurídica. La doctrina más reputada considera que el principio de legalidad –y su garantía en el contencioso-administrativo– y el de la responsabilidad patrimonial de la Administración son los dos grandes pilares sobre los que se asienta el Derecho administrativo. Esta idea es la que subyace en la configuración histórica de la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial de la Administración como una garantía jurídica de los patrimonios privados de los administrados frente a cualquier inmisión derivada de la actuación de los poderes públicos. Por ende, como acertadamente pone de relieve SANTAMARÍA PASTOR1404,[1402] la proyección del Estado de Derecho incide en la consagración de un principio de garantía patrimonial, consistente en el derecho de los particulares a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las inmisiones singulares de que ésta pueda ser objeto por parte de los poderes públicos.

Es lógico que en un Estado moderno la Administración indemnice o repare los daños que sus actividades causen a los particulares: que indemnice o repare virtualmente todos los daños injustos ocasionados a los ciudadanos.

Esto nos debe llevar a buscar el centro de gravedad de la responsabilidad. Como ya puso de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA, la teoría general de la responsabilidad administrativa parece contar con un hito firme en la doctrina, y es posible encontrar un fundamento común: la idea de lesión. La lesión constituye un perjuicio antijurídico, no por la forma de producirse el perjuicio, sino en sí misma, porque el titular del bien o derecho "no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud".[1403]

1402 J. A. SANTAMARÍA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, 1988, pág. 221.

1403 En España, desde luego, la utilización de la fórmula de la responsabilidad objetiva de la Administración, implantada en la LEF de 1954, trasladó inmediatamente la base del discurso sobre los fundamentos de la responsabilidad a la idea de lesión. Dada una lesión que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar surge inmediatamente la responsabilidad administrativa.

De esta forma, en el ordenamiento jurídico español, la responsabilidad de la Administración surge en torno al concepto clave de lesión, entendida como

Para un sector de la doctrina, la antijuridicidad supondría entender que las causas de justificación que impongan la obligación de tolerar el daño deben ser expresas y estar legalmente establecidas. Pero se baraja otra interpretación, más amplia y que en buena medida obvia la referencia que en el precepto se realiza a la Ley, no sería indemnizable el perjuicio cuando concurra un título jurídico que lo imponga o determine como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o, al menos, eventualmente aceptado. El daño es antijurídico o ilícito en todos los casos en que la Administración carezca de título legítimo que justifique en Derecho la irreversible carga impuesta al administrado.[1404]

3. Daño real o efectivo

El daño ha de ser real y efectivo no traducible en meras especulaciones o simples expectativas y pesando sobre el interesado la carga de la prueba del mismo. Por daño efectivo hay que entender el cierto y ya producido. Los llamados daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales, se excluyen del concepto de efectivo. Así, no basta la mera presunción de la existencia de dichos perjuicios fundada en la simple denegación.

La efectividad del daño implica la necesidad de que se acredite mediante prueba alguna que, según las reglas generales, corresponde a quien pretende la reparación.

Ahora bien, dentro del daño efectivo o real se incluyen, como no puede ser de otro modo, los daños morales.

4. Evaluable económicamente

La existencia de un daño o lesión patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada constituye el núcleo esencial de tal responsabilidad patrimonial. El requisito del carácter evaluable del daño concurre cuando se ha producido un auténtico quebranto patrimonial, no cuando sólo ha habido simples molestias o perjuicios subjetivos sin trascendencia económica objetiva.

Es obvio que para que se respete el principio de igualdad ante las cargas públicas, la reparación ha de ser integral.

---

daño antijurídico que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar, lesión ésta que ha de reunir los requisitos que fija la ley.

1404 Para la jurisprudencia española, debe existir una lesión resarcible en sentido técnico porque el perjuicio causado al reclamante sea antijurídico, al no pesar sobre quien la sufre ninguna obligación de soportarla, y, además, para que la lesión sea indemnizable ha de haberse producido un sacrificio singular, especial y desigual que no pueda ser considerado como una carga de obligado acatamiento.

5. INDIVIDUALIZABLE

La exigencia de individualización del daño en relación con una persona o grupo de personas está orientada a excluir el resarcimiento de los daños derivados de medidas generales, cuya indemnizabilidad las hace, ante los costes financieros a que obligaría, de imposible exigencia. Por ello el daño ha de ser concretado en el patrimonio del afectado.

6. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

El objeto de la indemnización, es tanto el daño emergente como el lucro cesante, pues se pretende una reparación integral del daño.

7. DAÑO EMERGENTE

Realmente, la cuantificación de los daños materiales, en concreto, del daño emergente, es una tarea que no suele ofrecer grandes complicaciones, así, una vez que el Tribunal ha examinado que en el caso en cuestión concurren todos los requisitos necesarios para que surja un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, otorga al recurrente la indemnización correspondiente al daño causado, basándose, por lo general, en los informes periciales practicados, las facturas presentadas, los presupuestos referentes al coste de reparación, etc. Por el contrario, esto no es extrapolable a la determinación del lucro cesante ni de los daños físicos y morales.

8. LUCRO CESANTE

Lucro cesante es el perjuicio pecuniario consistente en la pérdida de ingresos económicos como consecuencia del evento dañoso. Es de tener en cuenta que en el concepto de lucro cesante:

a) Se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes.

b) Se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, puesto que la indemnización ha de limitarse al daño emergente que genera el derecho a la indemnización.

c) Finalmente, es necesario una prueba que determine la certeza del lucro cesante, pues tanto en el caso de éste como en el caso del daño emergente, se exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, lo que se acredita por la variabilidad cuantificadora y el distinto ámbito temporal previsible, que se contiene en los diversos dictámenes periciales.

Del concepto de lucro cesante como determinante de responsabilidad administrativa se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes.

III. Criterios de imputación

Imputar una acción significa atribuir la autoría de la misma a un sujeto. Como ya sabemos, la norma administrativa[1405] ha reproducido la referencia que la Constitución hace a los servicios públicos[1406] a la hora de determinar el origen de la responsabilidad patrimonial de la Administración. GAMERO CASADO[1407] señala que el criterio de imputación es el baremo conforme al cual se mide la existencia de un deber de reparación frente a la generación de una daño a un tercero. Desterrado formalmente el elemento de la culpa, los requisitos de la responsabilidad giran en torno a dos términos: «ser consecuencia»[1408] (mal funcionamiento) y «servicios públicos».[1409]

Siendo esto así, la imputación es, para GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ,[1410] "un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre aquél y éste".

1405 Artículo 117 del proyecto de ley del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común.

1406 J. M. BUSTO LAGO, "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", cit., pág. 1.568 ss.

1407 E. GAMERO CASADO, "El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual"

1408 A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNO, "Responsabilidad Administrativa por culpa in vigilando o in omitendo", Revista del Poder Judicial, núm. 2, junio 1986, pág. 117 ss.

1409 En el Derecho español el punto focal de la atención normativa se ha desplazado decididamente desde el tipo o modalidad de acción administrativa dañosa hacia el daño o lesión que en concreto haya sufrido la víctima, de tal manera que la ilicitud o ilegitimidad del daño, el damnum non iure datur generador del deber de reparación, no se mide ni se valora ya en una conducta administrativa reprochable que habría que sancionar, sino en el patrimonio privado quebrantado que es preciso restaurar. Más que una censura pecuniaria para comportamientos improcedentes del poder público, el resarcimiento es ante todo un derecho, constitucionalmente garantizado, que a todos asiste a no soportar solos aquellos quebrantos patrimoniales ocasionados por los servicios públicos, pero no exigidos por ley.

1410 GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNADEZ, Curso de Derecho Administrativo II, cit., pág. 378.

No basta que exista una relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño pues debe existir un título de imputación que establece la atribución de reparar el daño.[1411]

Los tipos de imputación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas están determinados legalmente en el art. 117 del Proyecto de ley anunciándose bajo la expresión de "mal funcionamiento (anormal) de los servicios públicos".

La anormalidad de la actuación opera, en definitiva, como criterio de imputación del daño a la Administración, no como fundamento del deber de indemnizar, toda vez que la responsabilidad patrimonial es, un dispositivo objetivo de reparación de todos los daños antijurídicos que los particulares sufran a resultas de las acciones u omisiones administrativas.

Por ello, si la responsabilidad administrativa descansa sobre la producción de un hecho dañoso, hecho que las leyes administrativas vinculan con el funcionamiento anormal del servicio público, habrá que determinar dos puntos esenciales, esto es, qué se entiende por servicio público y cuándo su funcionamiento determina la obligación de indemnizar.[1412]

Respecto al primer punto, con referencia a la expresión "servicios públicos", tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que se refiere al "hacer y actuar" de la Administración como ente de gestión pública, y por ello se refiere a cualquier actividad de la Administración de donde pueda surgir la figura del daño injustificado para el particular y de donde aparece, al mismo tiempo, la obligación de indemnizar.

Por ello, este requisito de imputabilidad exigiría que la persona o el servicio causante del daño o lesión se encuentre situado dentro del círculo organicista de la Administración, es decir, provenga de un servicio público. Ahora bien, la opinión mayoritaria de la doctrina es que la imputabilidad faltaría en los supuestos de los daños causados por los contratistas y los concesionarios de los servicios públicos, así como en los procedentes de actuaciones realizadas por quienes ejercen funciones públicas en el ámbito privado.[1413]

El término "servicio público" se emplea aquí en el más amplio sentido de función o actividad administrativa, como sinónimo de todo lo que hace ordi-

---

1411 O. MIR PUIGPELAT, La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad, cit., pág. 52-53.

1412 M. BELADIEZ ROJO, Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, cit.; o J. R. PARADA VÁZQUEZ, Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cit., pág. 427.

1413 M. BELADIEZ ROJO, Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, cit.; o J. R. PARADA VÁZQUEZ, Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cit., pág. 427.

nariamente la Administración, comprendiendo, por consiguiente, la actividad de servicio público en sentido estricto o prestacional, así como de policía o limitación, la actividad sancionadora y la arbitral; incluso puede imaginarse la producción de daños a través de la actividad de fomento que favorezca a unos administrados en detrimento de otros.[1414]

Siendo esto así, del tenor literal del precepto, queda claro que la responsabilidad de la Administración Pública solo está presente en resultados por un funcionamiento anormal de los servicios, y solo estos puede ser el resultado dañoso e indemnizable y no como en España, como consecuencia de una actuación normal de la Administración..

La referencia al funcionamiento anormal de los servicios públicos se refiere claramente a que cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad.

Dentro de la actuación anormal tienen encaje supuestos diversos como son el funcionamiento defectuoso, el no funcionamiento del servicio o cuando lo ha hecho pero tardíamente. Si bien es preciso tener presente, tal como señala MIR PUIGPELAT,[1415] que el funcionamiento anormal debe predicarse siempre de las conductas y no de los resultados.

Concretando, la anormalidad de la actuación de los servicios públicos prestados por la Administración comprende no sólo las conductas ilegales o ilícitas llevadas a cabo por el personal a su servicio que hayan causado un daño a un particular, sino también los supuestos en los que estos daños se hayan causado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos por debajo de los estándares o medidas de calidad exigibles.[1416]

IV. Relación de causalidad

La simple lógica nos dice que la existencia de una relación de causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es, lógicamente, una condición indispensable para que puede atribuirse a aquella el deber de resarcir el daño.[1417] De esta forma, que exista una relación de causa

1414 T. COBO OLVERA, El procedimiento para la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, cit., pág. 52; o R. PARADA VÁZQUEZ, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cit., pág. 427.

1415 O. MIR PUIGPELAT, La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, cit., pág. 272.

1416 J. M. BUSTO LAGO, "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", cit., pág. 1.571.

1417 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo II, cit., pág. 394; A. NIETO GARCÍA, "La relación de causalidad en la

a efecto entre la actuación administrativa y el requisito dañoso,[1418] se erige como un elemento fundamental y "sine qua non" para declarar procedente la responsabilidad patrimonial".

Hay que reconocer con la doctrina que el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo –y así ocurre en el presente caso– se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final.

De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada,[1419] que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una "conditio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Solo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño ("in iure non remota causas, sed próxima spectatur"). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor.

---

responsabilidad del Estado", Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 4, pág. 90 ss. Del mismo autor, "La relación de causalidad en la responsabilidad Administrativa: doctrina jurisprudencial", cit., pág. 427 ss.

1418 F. J. MARCOS OYARZUN, "Daño moral, objeto y reparación integral en supuestos de responsabilidad administrativa", cit.

1419 CHECA GONZÁLEZ, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma", cit.

Se han planteado varias soluciones para determinar la relación de causalidad, la de la conditio sine que non o la de la condición ajustada a las leyes de la naturaleza. Ahora bien, en el fondo la doctrina ha intentado encontrar una solución ecléctica buscando la justicia del caso concreto.

Siendo esto así, la relación de causalidad constituye sin duda uno de los temas clave de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Establecer los criterios por los que se puede atribuir a un ente público las consecuencias de un determinado hecho dañoso es una tarea indispensable para un correcto funcionamiento de la institución resarcitoria. Ello ocurre en todos los supuestos de responsabilidad aquiliana, pero es especialmente importante en las hipótesis de responsabilidad objetiva –como es la de los entes públicos–, en que al no requerirse culpa o negligencia en la acción dañosa, la relación de causalidad adquiere una mayor relevancia y pasa a primer plano.[1420]

No resulta extraño que la causalidad aparezca como el eje central en torno al que gira la teoría de la responsabilidad de los sujetos públicos; si bien el intento por definir conceptos o nociones teóricas en el terreno concreto que abordamos se ve desbordado por la realidad social y la abundancia de supuestos planteados ante la Administración y la jurisdicción.[1421]

Los problemas más interesantes acerca de la relación de causalidad se presentan posiblemente cuando el daño es producido por más de un hecho lesivo: si el daño es atribuible a un solo hecho, el problema se reducirá a determinar si efectivamente existe una relación de causa a efecto entre uno y otro; pero si el daño es debido a un conjunto de hechos o factores, entonces el problema deviene más complejo porque habrá que determinar si todos ellos son conceptuables como causas, y en caso de que así sea, el Juez deberá decidir quién carga con el resarcimiento.[1422]

En este punto debemos volver a señalar que la relación de causalidad como otro de los requisitos de la responsabilidad, se establece de forma concreta entre el daño producido y la concreta actuación (u omisión) productora del daño. Así las cosas, en un primer momento se pretendió que esa relación de

1420 A. BLASCO ESTEVE, "La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente", cit., pág. 99 ss.

1421 J. MESEGUER YEBRA, La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: el nexo causal, Barcelona 2000, pág. 13.

1422 A. BLASCO ESTEVE, "La relación de causalidad en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia reciente", cit., pág. 99 ss.

causalidad fuera directa, inmediata y exclusiva.[1423] No obstante la evolución posterior ha ponderado esta pretensión.

V. Causas de exclusión de la responsabilidad. La fuerza mayor

A pesar de que sistemáticamente se viene calificando al sistema seguido en la atribución de responsabilidad a la Administración como objetivo, sin embargo tal calificación tiene que ser matizada, ya que en la propia delimitación de los presupuestos de la responsabilidad, el art. 117 del proyecto de ley, exceptúa a la fuerza mayor, inspirándose en la propia Constitución de Nicaragua. Tradicionalmente se ha venido distinguiendo la fuerza mayor del caso fortuito, que aparecen contemplados de forma conjunta en el CC, asumiendo la llamada teoría subjetiva, de manera que el caso fortuito es el acontecimiento que no pudo preverse pero que, de haberse previsto, se hubiera evitado, mientras que la fuerza mayor sería el suceso que aunque hubiera sido previsto no se hubiera podido evitar. Como es obvio en los sistemas de responsabilidad objetiva la posibilidad de exoneración acreditando un determinado nivel de diligencia introduce un elemento totalmente extraño al sistema, por lo que la tesis subjetiva no resultaría de aplicación a la responsabilidad objetiva.[1424]

Por ello se ha abierto paso la tesis objetiva, donde la fuerza mayor es una causa de exclusión de responsabilidad por ser un suceso que se origina fuera del círculo del responsable, mientras que los casos fortuitos, que tienen origen interno, debieron preverse en el curso ordinario y normal de la vida.[1425]

La fuerza mayo se configura como la primera causa impeditiva de la responsabilidad patrimonial;[1426] y se caracteriza por la irresistibilidad y la exterioridad (GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ[1427]). PARADA VÁZQUEZ[1428] dice que la esencia de la fuerza mayor radica tanto en la externidad del hecho respecto del bien o patrimonio que resulta dañado, como en la imposibilidad de evitar o resistir su producción; y no ciertamente en su imprevisibilidad.

1423 En este sentido M. DEL P. GARCÍA RUIZ, Formularios, criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cit., pág. 110.

1424 J. M. BUSTO LAGO, "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", cit., pág. 1.577.

1425 J. M. BUSTO LAGO, "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", cit., pág. 1.578.

1426 J. MESEGUER YEBRA, La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: el nexo causal, cit., pág. 19.

1427 GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo II, cit., pág. 385.

1428 PARADA VÁZQUEZ, Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cit., pág. 434.

La doctrina considera que, además de la fuerza mayor, el nexo de causalidad quedaría roto por la propia conducta de la víctima y por el hecho de un tercero.[1429] Si interpretamos literalmente el precepto, solo aquél hecho externo a la esfera de actuación del perjudicado en el que concurren los caracteres de irresistible y de inevitable origina la ruptura del nexo causal y en consecuencia exime de responsabilidad. No obstante, como ya hemos visto, tanto la actuación de la víctima como la de un tercero pueden romper la relación de causalidad de forma clara.

También hay que tener en cuenta que si bien la fuerza mayor exonera a la Administración de responsabilidad, no la exoneraría de responsabilidad, en cambio, el caso fortuito, ya que se desenvuelve dentro del círculo de la actividad de la Administración.

Importa recordar –y en esto se muestran hoy coincidentes la doctrina científica y la jurisprudencia– que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora"); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio.

Tal como ya hemos señalado más arriba, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima[1430] suficiente para considerar roto el nexo de causalidad, corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquélla responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquélla cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

VI. Procedimiento para el reconocimiento de la responsabilidad

El procedimiento de responsabilidad patrimonial se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados, de acuerdo al artículo 119, inciso 1 del Proyecto de ley de Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo común.

1429 CHECA GONZÁLEZ, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Alcance, delimitación y contenido de la misma", cit.

1430 M. BUSTO LAGO, "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", cit., pág. 1.588-1.589.

La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá en el plazo de un año desde la fecha en que la sentencia de anulación hubiera devenido firme, no siendo de aplicación lo dispuesto en el apartado siguiente. En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. El procedimiento se podrá iniciar de oficio mientras no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado.[1431]

1431 Art. 119, incisos 3, 4 y 5.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO
El DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NICARAGÜENSE

El tránsito del Estado liberal no intervencionista al Estado social y democrático de Derecho que se ha ido produciendo desde la mitad del siglo XX, ha dado lugar a una legislación cada vez más amplia y compleja, que a su vez plantea el problema de su garantía y de la forma de castigar sus infracciones.

Cuando los ciudadanos infringen el ordenamiento jurídico pueden ser objeto de sanciones. Las sanciones se podrían definir como técnicas de protección de los correspondientes bienes jurídicos en que se concreta el interés general y que son determinadas por la comunidad jurídica. A través de las sanciones se consigue un control represivo y preventivo de la vida social, en orden a la eficacia del ordenamiento jurídico.

Dentro de las infracciones del sistema jurídico, se distingue entre aquéllas que afectan a los bienes de más relevancia para la comunidad, las cuales son objeto de sanciones penales a imponer en exclusiva por los Jueces y Tribunales del orden penal, y aquellas otras infracciones de menor importancia que pueden ser objeto de sanciones impuestas por las Administraciones Públicas.

Desde una perspectiva puramente teórica, el poder represor es un poder que debería corresponder en exclusiva a los jueces; sin embargo, razones prácticas hacen imposible que los Jueces y Tribunales, titulares naturales del "ius puniendi", puedan encargarse de todo el aparato represivo del Estado. Tal modelo resultaría imposible de poner en práctica en nuestros días. De ahí que junto al poder de los jueces haya que reconocer igualmente a las Administraciones Públicas una cuota del "ius puniendi" del Estado.

En cualquier caso, debe destacarse que no existe una diferencia de naturaleza entre la sanción penal y la administrativa; ambas son, por igual, manifestaciones del poder punitivo estatal. La elección entre una y otra es cuestión de política legislativa. Sin embargo, sólo los proceso judiciales pueden imponer penas privativas de libertad.

Podría decirse que la única diferencia conceptual entre el Derecho Penal y el ordenamiento administrativo sancionador radica en la competencia que, en un caso, es judicial y, en otro, administrativa. Las demás diferencias no caben sino calificarlas como de intolerables excepciones a los principios de libertad y seguridad que inspiran el Estado de Derecho.

La sanción administrativa es, por tanto y al igual que la pena, un mal infringido a un ciudadano por un hecho o conducta constitutiva de infracción, es decir, tipificada legal y previamente como tal. La sanción puede constituir tanto en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero (multa), como en

la pérdida de una ventaja, una expectativa o un derecho, esto es, de una situación subjetiva favorable constituida por el Derecho Administrativo (ej.: revocación del permiso de conducir).

I. La potestad sancionadora en el Proyecto de ley Proyecto de ley del Régimen jurídico de las Administraciones pública, procedimiento administrativo común y derecho de los ciudadanos

En la actualidad en Nicaragua, las sanciones administrativas se extienden de una forma muy considerable, a través de una legislación muy dispersa y en la mayoría de los casos son de un rango reglamentarios: circulares, ordenanzas autonómicas o municipales, lo que da como consecuencia una inseguridad jurídica.

Sin embargo, hace algunos años se elaboró el Proyecto de ley del Régimen jurídico de las Administraciones publica, procedimiento administrativo común y derecho de los ciudadanos, la cual se presenta como una pieza clave en el Estado de Derecho y del Estado social de Derecho, que establece el artículo 130 de la Constitución Política de Nicaragua; y, responde a las exigencias de establecer una Administración Pública moderna, donde se garanticen tres finalidades: a) el respeto de los derechos de los ciudadanos; b) la adecuada satisfacción del interés público; c) la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la potestades administrativas.

La sujeción de la Administración Pública al Derecho, consecuencia ineludible del principio de legalidad que consagra nuestra constitución en los artículos 32, 183 y 130, es la base y centro del Estado de Derecho, porque es a través de él que se articula el sometimiento del Poder Público a la ley.

La iniciativa de Ley atiende, en primer lugar, a un criterio de unidad, estableciendo las normas de procedimiento en un texto único aplicable a todas las Administraciones públicas. Y, pretende superar, el conjunto heterogéneo de disposiciones normativas, que existe en la actualidad. La unidad, sin embargo, no supone que toda clase de procedimientos administrativos deba reducirse a un procedimiento único o a un solo procedimiento tipo, sino que, por el contrario, se refiere a las garantías e instrumentos que son comunes a toda clase de procedimientos administrativos. El proyecto pues, establece un común denominador a todos los procedimientos y es, en ese sentido, de aplicación inmediata.

Pero la iniciativa de Ley es también, y fundamentalmente, una norma que busca la eficacia y la eficiencia administrativa. La necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permite dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas a los ciudadanos, en cumplimiento de los principios consagrados en la Constitución Política de Nicaragua.

La Ley configura un nuevo concepto de Administración, sometida al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. Se consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla.

El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos.

Aunque la denominación de la iniciativa de Ley destaca como su elemento esencial el procedimiento administrativo, comprende además la regulación de otras muchas instituciones administrativas, en la idea de ofrecer a funcionarios y ciudadanos un texto de la máxima operatividad y del contenido más amplio posible.

La iniciativa de Ley se estructura en siete títulos que regulan respectivamente unas disposiciones generales, el procedimiento administrativo, el procedimiento de elaboración de los reglamentos, procedimiento para elaboración de planes territoriales y urbanísticos, el procedimiento sancionador, la responsabilidad de la Administración pública y unas disposiciones finales.

En el Capítulo I; TITULO VI, se estableció la parte concerniente a la potestad sancionadoras de las Administraciones públicas, la cual voy a presentar un panorama general del Proyecto de ley.

En el artículo 109 del proyecto de ley, estableció que la potestad sancionadora de las Administraciones Publicas sólo podrá ejercerse en virtud de habilitación legal expresa. Su ejercicio corresponde exclusivamente a los órganos administrativos que la tengan directamente atribuida.

En su ámbito de aplicación, la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en esta ley, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena.

Por tanto se establece una exigencia de reserva absoluta de ley que en el orden de las sanciones administrativas, en cuanto a la regulación de las infracciones y sanciones administrativas, se traduce por la necesidad de una cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal.

Esta cobertura legal significa que por la ley formal basta una descripción genérica de las infracciones administrativas, así como de las sanciones, siendo posible una pormenorización de las mismas mediante los reglamentos administrativos.

En el ámbito de aplicación la potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en esta ley, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena.

Asimismo, se aplicará esta ley a los procedimientos sancionadores establecidos por ordenanzas Autonómicas regionales y Municipales que tipifiquen infracciones y sanciones, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena, en lo no previsto por tales ordenanzas.

Quedan excluidos del Proyecto de ley los procedimientos de ejercicio de la potestad sancionadora en materia tributaria y los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden público. No obstante, esta ley tiene carácter supletorio de las regulaciones de tales procedimientos.

II. Principios de la potestad sancionadora

Los principios aplicables de la potestad sancionadora son los siguientes de acuerdo al proyecto de ley:

1. Principio de legalidad

El ejercicio de la potestad sancionadora se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma legal y corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en órgano distinto.

2. Debido procedimiento

Los órganos administrativos aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

3. Irretroactividad.

Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

4. Principio de tipicidad.

Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

5. RESPONSABILIDAD.

Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.

6. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

7. PRESCRIPCIÓN.

Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

8. CONCURRENCIA DE SANCIONES.

No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

III. Principios del procedimiento sancionador

Los principios anteriormente estudiados se refieren al ejercicio de la potestad sancionadora que está en manos de la Administración, procede ahora estudiar cuáles son los principios, reglas y garantías que atañen al procedimiento administrativo en el que se sustancia esa potestad sancionadora, entendido como el conjunto ordenado de trámites y actuaciones formalmente realizadas, según el cauce legalmente previsto, para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración cuando ejerce la potestad sancionadora.

El procedimiento administrativo garantiza el adecuado equilibrio entre la necesaria eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos frente a la misma. Este doble juego da lugar a, por una parte, determinadas reglas que afectan a la actuación de la Administración en el procedimiento y, por otra parte, al catálogo de derechos que se atribuye a los presuntos responsables.

1. Garantía de procedimiento.

El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

2. Derechos del presunto responsable.

Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

- A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.
- A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.

3. Medidas de carácter provisional.

Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

4. Presunción de inocencia.

Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.

La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente.

En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

IV. Transparencia del procedimiento

El procedimiento se desarrollará de acuerdo con el principio de acceso permanente. A estos efectos, en cualquier momento del procedimiento, los interesados tienen derecho a conocer su estado de tramitación y acceder y obtener copias de los documentos contenidos en el mismo.

Asimismo, y con anterioridad al trámite de audiencia, los interesados podrán formular alegaciones y aportar los documentos que estimen convenientes.

El acceso a los documentos que obren en los expedientes sancionadores ya concluidos se regirá por lo dispuesto en la ley.

Con objeto de garantizar la transparencia en el procedimiento, la defensa del imputado y la de los intereses de otros posibles afectados, así como la eficacia de la propia Administración, cada procedimiento sancionador que se tramite se formalizará sistemáticamente, incorporando sucesiva y ordenadamente los documentos, testimonios, actuaciones, actos administrativos, notificaciones y demás diligencias que vayan apareciendo o se vayan realizando. El procedimiento así formalizado se custodiará bajo la responsabilidad del órgano competente en cada fase del procedimiento hasta el momento de la remisión de la propuesta de resolución al órgano correspondiente para resolver, quien se hará cargo del mismo y de su continuación hasta el archivo definitivo de las actuaciones.

V. Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas

Sólo se podrán sancionar infracciones consumadas y respecto de conductas y hechos constitutivos de infracciones administrativas delimitadas por Ley anterior a su comisión y, en su caso, graduadas por las disposiciones reglamentarias de desarrollo.

Las disposiciones sancionadoras no se aplicarán con efecto retroactivo, salvo cuando favorezcan al presunto infractor.

El cumplimiento o ejecución de las medidas de carácter provisional o de las disposiciones cautelares que, en su caso, se adopten se compensarán, cuando sea posible, con la sanción impuesta.

En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en su grado mínimo.

En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

Las sanciones sólo serán ejecutivas en la forma y circunstancias prescritas en la ley.

No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

VI. Prescripción y archivo de las actuaciones

El Proyecto establece que cuando de las actuaciones previas se concluya que ha prescrito la infracción, el órgano competente acordará la no procedencia de iniciar el procedimiento sancionador. Igualmente, si iniciado el procedimiento se concluyera, en cualquier momento, que hubiera prescrito la infracción, el órgano competente resolverá la conclusión del procedimiento, con archivo de las actuaciones. En ambos casos, se notificará a los interesados el acuerdo o la resolución adoptados.

Asimismo, cuando haya transcurrido el plazo para la prescripción de la sanción, el órgano competente lo notificará a los interesados.

Transcurridos dos meses desde la fecha en que se inició el procedimiento sin haberse practicado la notificación de éste al imputado, se procederá al archivo de las actuaciones, notificándoselo al imputado, sin perjuicio de las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir.

VII. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal

En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Publico, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

VIII. Reconocimiento de responsabilidad o pago voluntario

Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda.

Cuando la sanción tenga carácter pecuniario, el pago voluntario por el imputado, en cualquier momento anterior a la resolución, podrá implicar igualmente la terminación del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de interponer los recursos procedentes.

En los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales, se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta, que deberán estar determinadas en la notificación de la iniciación del procedimiento.

IX. Comunicación de indicios de infracción

Cuando, en cualquier fase del procedimiento sancionador, los órganos competentes consideren que existen elementos de juicio indicativos de la existencia de otra infracción administrativa para cuyo conocimiento no sean competentes, lo comunicarán al órgano que consideren competente.

A efectos del Proyecto de ley, son órganos administrativos competentes para la iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores las unidades administrativas a las que cada Administración atribuya estas competencias, sin que puedan atribuirse al mismo órgano para las fases de instrucción y resolución del procedimiento.

Los órganos competentes para la iniciación, instrucción y resolución son los expresamente previstos en las normas sancionadoras y, en su defecto, los que resulten de las normas que sobre atribución y ejercicio de competencias están establecidas en el Capítulo II del Título I del Proyecto de ley.

Cuando de la aplicación de las reglas anteriores no quede especificado el órgano competente para iniciar el procedimiento, se entenderá que tal competencia corresponde al órgano que la tenga para resolver.

En el ámbito de la Administración de las regiones Autonómica de la Costa Caribe y Municipal son órganos competentes para la resolución, los previstos en la Ley de Autonomía de la Costa Atlántica y en la Ley de Municipios.

X. Actuaciones previas e iniciación del procedimiento

Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia.

La formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento.

Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación.

XI. Actuaciones previas

Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación.

En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizará con el contenido mínimo siguiente:

a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.

b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

c) Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.

d) Órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad.

e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo.

f) Indicación del derecho a formular alegaciones a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiendo en todo caso por tal al inculpado. En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

XII. Colaboración y responsabilidad de la tramitación

Las Administraciones Públicas facilitarán al órgano instructor los antecedentes e informes necesarios, así como los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de sus actuaciones.

Las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos.

Las medidas de carácter provisional de esta Ley, el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

Cuando así venga exigido por razones de urgencia inaplazable, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor podrán adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias.

Las medidas provisionales deberán estar expresamente previstas y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto.

XIII. Actuaciones y alegaciones

Los interesados dispondrán de un plazo de quince días para aportar cuantas alegaciones, documentos o información estimen convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretendan valerse. En la notificación de la iniciación del procedimiento se indicará a los interesados dicho plazo.

Cursada la notificación a que se refiere el punto anterior, el instructor del procedimiento realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción.

Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución.

XIV. Prueba

Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo señalado, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba, por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez días.

En el acuerdo, que se notificará a los interesados, se podrá rechazar de forma motivada la práctica de aquellas pruebas que, en su caso, hubiesen propuesto aquéllos, cuando sean improcedentes.

La práctica de las pruebas que el órgano instructor estime pertinentes, entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento

Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo o entidad pública, y sea admitida a trámite, se entenderá que tiene carácter preceptivo, y se podrá entender que tiene carácter determinante para la resolución del procedimiento.

Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza

imprescindible para la evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución.

XV. Propuesta de resolución

Concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijará de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

XVI. Audiencia

La propuesta de resolución se notificará a los interesados, indicándoles la puesta de manifiesto del procedimiento. A la notificación se acompañará una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que los interesados puedan obtener las copias de los que estimen convenientes, concediéndoseles un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento.

Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso.

La propuesta de resolución se cursará inmediatamente al órgano competente para resolver el procedimiento, junto con todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el mismo.

Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento.

El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndoseles un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días. El plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las actuaciones complementarias. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento.

El órgano competente dictará resolución que será motivada y decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento.

La resolución se formalizará por cualquier medio que acredite la voluntad del órgano competente para adoptarla.

La resolución se adoptará en el plazo de diez días, desde la recepción de la propuesta de resolución y los documentos, alegaciones e informaciones obrantes en el procedimiento.

En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción reviste mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes, concediéndosele un plazo de quince días.

Las resoluciones de los procedimientos sancionadores, incluirán la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión fijarán los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.

Las resoluciones se notificarán a los interesados. Si el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de orden superior o petición razonada, la resolución se comunicará al órgano administrativo autor de aquélla.

Las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas y contra las mismas no podrá interponerse recurso administrativo.

Este procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicarán el reconocimiento voluntario de su responsabilidad. La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa.

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO
LOS BIENES PÚBLICOS EN NICARAGUA Y LA EXPROPIACIÓN POR CAUSA DE INTERÉS SOCIAL

La división de los bienes de las colectividades públicas en bienes de dominio público y bienes de dominio privado y la diversidad de régimen jurídico se generaliza en los sistemas jurídicos de origen francés, como el nuestro. Los bienes de dominio público ostentan un régimen público exorbitante más intenso que se superpone al régimen básico de los simplemente patrimoniales.

La contraposición entre bienes de dominio público y de dominio privado es desconocida en el Antiguo Régimen, donde se distingue entre elementos materiales e inmateriales. La Revolución Francesa transforma los bienes de la Corona en nacionales, salvo los incorporales, privándoles de su anterior régimen de protección al derogar las reglas sobre inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Es posteriormente cuando surge la distinción entre bienes de dominio público y de dominio privado, por la necesidad de recuperar el sistema de protección jurídica especial para determinados bienes, recuperando las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad. Se basa la distinción en el Código Civil, que hace una vaga alusión al dominio público en su artículo 538. Los bienes de dominio público, como consagrados al servicio general y al uso de todos, son inalienables e imprescriptibles. Pronto se plantea la necesidad de proteger también los bienes que no estando afectados al uso público, sí lo están al uso general, y además se argumenta que los bienes de dominio público también son susceptibles de propiedad privada (por ejemplo caminos o carreteras en fincas particulares).

Con ello se aplican nuevos criterios para la definición del dominio público, algo más amplios y dominados por el principio central de la afectación. La Jurisprudencia francesa (Consejo de Estado y Tribunal de Conflictos) concluye por definir el dominio público en función de la exigencia del requisito de la afectación del bien a un uso o servicio público, y que el bien ostente una especial adaptación al fin del uso o servicio. Ambos requisitos se recogen en la definición adoptada por la Comisión de Reforma del Código Civil, que define el dominio público como el conjunto de bienes de las colectividades y establecimientos públicos que estén, bien a la disposición directa del usuario público, bien afectados a un servicio público, siempre y cuando en este caso estén adaptados exclusiva o esencialmente al fin propio de estos servicios.

Estos preceptos, se recogen de manera literal, o de manera restringida en las legislaciones italiana, portuguesa, y en países de América Latina.

En nuestro país, en nuestro Código Civil en el artículo 611, hace mención de los bienes públicos del estado, lo que podría interpretarse como una clasificación de los mismos:

"Son públicas las cosas naturales o artificiales, apropiadas o producidas por el Estado o corporaciones públicas, y mantenidas bajo su administración, de las cuales es lícito a todos, individual o colectivamente, utilizarse, con las restricciones impuestas por la ley o por los reglamentos administrativos" Pertenecen a esta categoría:

- Los caminos, puentes viaductos construidos y mantenidos a expensas de la administración general o municipal.
- Las aguas saladas de las costar, marismas, ensenadas, bahías, ríos y lechos de los mismos.
- Los Lagos y lagunas y los canales y corrientes de agua dulce navegables o flotables con sus respectivos lechos o álveos, y las fuentes públicas.

Entre los bienes de la Administración existen los que pertenecen a una categoría especial que son los destinados a utilidad pública en beneficio de la colectividad, siendo específicamente el fin social al que están destinados.

En el sentido ante expuesto, es verdaderamente importante señalar que dentro de esta categoría especial de bienes se encuentran las aguas por formar parte del patrimonio del Estado por lo que este es el principal órgano gestor de una protección jurídica especial.

Asimismo, estos principio se recogen en la Ley agraria del dos de marzo de 1917 (ley No. 14. Gaceta 65 y 68 del 30 de marzo). Esta ley manifiesta en su artículo Número 2 que: "No pueden enajenarse, los terrenos comprendidos en una zona de dos kilómetros, la latitud, a lo largo de las costas de ambos océanos, las orillas de los lagos y ríos navegables en un latitud de ochocientos metros y las islas de los mares territoriales y de los lagos".

Según disposición de la Corte Suprema de Justicia, esta ley esta vigente, por lo tanto el artículo antes mencionado, se encuentra vigente porque no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente por las ultimas leyes vigentes de Reforma Agraria, las que han manifestado que quedan vigentes las disposiciones que no se opusieren a ellas.

En Nicaragua se están realizando reclamos de propiedad sobre las playas, al respecto se puede alegar el contenido de esta ley, que se aplicará únicamente a las leyes posteriores a su vigencia, lo que significa que esta ley no legisla para los propietarios que posean títulos de propiedad anteriores a la entrada en vigencia de esta.

Esto sucede porque los títulos de propiedad adquiridos antes de entrar en vigencia la presente ley representan derechos adquiridos legalmente y estos no pueden ser revocados o anulados por leyes posteriores porque por mandato constitucional están prohibidas las leyes retroactivas.

A la Corte Suprema de Justicia se le han realizado algunas consultas a lo que esta respondido que esta ley esta en vigencia, como ejemplo, se puede citar una circular del 28 de mayo de 1998, formada por entonces Secretario

de la Corte Suprema, Doctor Alfonso Valle, dirigida a los jueces civiles de la República, en la cual señala que el Tribunal Supremo había conocido a través de publicaciones de Diario Oficia La Gaceta solicitudes de tramitación de títulos supletorios, en terrenos de las costas de los mares que conforme a la ley pertenecen al patrimonio nacional.

En esta circular se les recuerda a los jueces lo que algunas leyes específicas establecen, la prohibición de enajenación de tierras ubicadas en playas marítimas, fluviales y lacustres, y les hace un llamado con el fin de que los jueces den una recta aplicación a la ley y la justicia.

Queda claro que la ley aún en vigencia expresa de forma literal que no pueden ser enajenados estos bienes, sin embargo, sobre ellos puede darse el arrendamiento ya que este no se considera transacción de dominio sino de posesión en nombre del propietario, y con el contrato de arriendo el Estado sigue ostentando el Dominnus.

I. Jurisprudencia Nicaragüense

En la aplicación de las normas que regulan los bienes del Estado han surgido dificultades de interpretación de las normas legales, por parte de algunos jueces civiles locales y de distrito, por lo que para determinar los criterios jurídicos en los casos en que se tenía dudas sobre la vigencia de las leyes y su ámbito de aplicación, la Corte Suprema de Justicia se ha tenido que pronunciar.

El primer ejemplo de consulta dirigido a la Corte Suprema de Justicia se puede mencionar una publicación en el Boletín Judicial de 1970, del señor Victor Morice Padilla, jefe político de la ciudad de Rivas, quien realizo la siguiente consulta: "por su digno medio, consulto a este Alto Tribunal, si la ley que establece que pertenecen al Estado y no pueden enajenarse los terrenos comprendidos en una zona de dos kilómetros de latitud a lo largo de las costas de ambos océanos, y a la orilla de los lagos y ríos navegables en una latitud de ochocientos metros, legisla aún para aquellos propietarios cuyos títulos son anteriores a la mencionada ley y tienen como limites uno el Gran Lago, y otros el Océano Pacífico.

La respuesta de la Corte Suprema de Justifica fue la siguiente: "Los derechos adquiridos legalmente no pueden ser revocados o anulados por leyes posteriores, por que están prohibidas las leyes retroactivas (arti. 123 CN). De suerte que subsiste y es válido el dominio de los particulares sobre costas o márgenes de los mares, de los lagos y de los ríos navegables adquiridos antes de la vigencia de las leyes que prohibían la enajenación de terrenos nacionales en tales costas. Además nótese que tales leyes prohibían las futuras enajenaciones y no afectaban ni era su intención hacerlo, las enajenaciones anteriores a su vigencia".

Un segundo ejemplo es la consulta realizada por el juez de Distrito para lo Criminal de Chinandega, Dr. Orlando Flores, con fecha del nuevo de noviembre de 1969, en la cual expone su inquietud a la Corte Suprema de Justicia en

los siguientes términos: "Por su digno consulto a este Alto tribunal que si esta en vigencia el inciso segundo de la ley agraria del dos de marzo de 1917, en el que dice que no pueden enajenarse los terrenos comprendidos en una zona de dos kilómetros de latitud a lo largo de las costas de ambos océanos, y a orillas de los lagos y ríos navegables, en una latitud de ochocientos metros, y las islas y mares territoriales y de los lagos".

El Secretario de la Corte Suprema de Justicia señala al respecto que el artículo 141 de la ley de reforma agraria de 1917 que se oponga a aquellas. Pero el inciso dos del artículo dos de la Ley Agraria de 1917 no se opone a la nueva ley, ya que esta no hay ninguna norma que autorice la enajenación gratuita u onerosas de estas tierras. En conclusión este inciso esta vigente.

Como puede observarse las resoluciones jurídicas de la Corte Suprema de Justicia a establecido jurisprudencia en cuando a la propiedad, disposición y uso de las tierras costeras han sido considerado lo establecido en la Ley Agraria de 1917, citado en los ejemplo presentados. Por eso, se puede asegurar que existe una base jurídica sólida en la actualidad para una interpretación y aplicación apropiada del régimen jurídico de los lagos, lagunas, playas y ríos.

Sobre los bienes naciones el Boletín Judicial de 1917 que contiene la sentencia del 24 de febrero de 1917 expresa: "Los bienes nacionales de uso público son inalienables e imprescriptibles, no pudiendo por lo tanto adquirirse sobre ellos derechos absolutos de propiedad, pues su carácter distintivo es el de estar al servicio de todos los habitantes de una nación". El Gobierno de la República, aun autorizado por el poder legislativo, no puede por medio de un contrato sobre navegación afectar derecho concedidos en el Código Civil, cuya reforma esta sujeta por la Constitución a trámites especiales.

Es evidente a la luz del Código Civil, la ley Agraria y la jurisprudencia, que el dominio público se protege frente a los ataques o usurpaciones ilegítimos de terceros, igual que los bienes privados. Los tipos penales que protegen la propiedad privada son aplicables a los bienes de dominio público.

El dominio público puede también protegerse a través de las normas civiles que regulan la protección de los bienes privados.

Por otra parte la legislación y la jurisprudencia, establece que las reglas que determinan que los bienes de dominio público no son susceptibles de propiedad privada, y que determinan el establecimiento de los principios de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad.

II. Imprescriptibilidad

La imprescriptibilidad supone que, frente a la posibilidad de los bienes privados ajenos por quien los posee durante cierto tiempo, los bienes de dominio público no pierden su condición, ni la Administración su titularidad, cualquiera que sea el tiempo de posesión por los particulares.

La regla de la imprescriptibilidad es recogida en la Ley de Municipios en el artículo 43, en donde se establece de manera clara que los bienes públicos municipales son imprescriptibles, y no están sujetos a tribuno alguno

Históricamente se admitía la excepción de la prescripción inmemorial, que operaba por el transcurso de un período de tiempo extraordinario (100 años). Esta regla sigue aceptándose en el Derecho italiano.

Por la regla de la imprescriptibilidad, tampoco pueden adquirirse por prescripción servidumbres sobre los mismos, ni cualesquiera otros derechos de aprovechamiento.

Otro efecto importante de la imprescriptibilidad es la imprescriptibilidad de la propia acción para exigir de los particulares la reparación o indemnización de los daños ocasionados.

III. Inalienabilidad e inembargabilidad

Con la Revolución francesa se irá afirmando como una simple necesidad de defensa de los bienes afectados a una utilidad pública.

La regla de la inalienabilidad se superpone a las prohibiciones o limitaciones competenciales, encontrando su fundamento en el carácter extracomercial del demanio, del que no se puede disponer mientras esté afecto a una utilidad pública.

Análogo fundamento encuentran los principios de inembargabilidad y de prohibición de dar los bienes demaniales en garantía hipotecaria, pues podrían originar, en caso de incumplimiento de obligaciones determinadas, la venta forzosa de los bienes.

La inalienabilidad y la inembargabilidad operan sólo frente a la privatización del dominio público, no impidiendo la transmisibilidad o sucesión en la titularidad del dominio público entre Entes públicos, ni la posibilidad, cuando legalmente se prevea, de establecer derechos reales administrativos, concesiones sobre el dominio público.

En el caso de que se vulnere la inalienabilidad transmitiendo los bienes a particulares con arreglo al Derecho civil, se produce la nulidad absoluta o de pleno derecho.

En el caso de disposición de bienes de dominio privado de la Administración con infracción de las reglas sobre prohibición de ventas, procedimientos o distribución de competencias entre los diversos órganos de la Administración, se produce la simple anulabilidad.

IV. Las utilizaciones privativas de los bienes afectados al uso público. Estacionamientos y ocupaciones

La utilización privativa sobre bienes afectados al uso general supone una derogación del principio de igualdad a favor de un particular, establecido en la Constitución Política de Nicaragua en el artículo 27.

Asimismo, constituye un uso anormal, por excepcional, del dominio público. No se aplican los principios de gratuidad y libertad. Sólo puede nacer de un acto expreso de la Administración, en que valore la oportunidad y conveniencia del otorgamiento.

Determinadas dependencias demaniales se constituyen precisamente con la finalidad de facilitar un uso y disfrute exclusivo por los particulares. En estos casos, es posible distinguir dos tipos de uso: un uso general y un uso privativo de los particulares a quienes se otorga la concesión. Ambos usos son normales, pues están conformes con la afectación de una y otra parte.

También constituyen usos privativos normales los que derivan de la explotación de los bienes calificados de dominio público por estar afectados a la riqueza nacional. En estos casos la calificación demanial tiene por objeto regular el aprovechamiento por los particulares, constituyendo por el contrario un uso anormal o infrecuente la utilización por la Administración a través de la técnica de la reserva demanial, que trata de garantizar la explotación de determinadas sustancias mineras por la propia Administración.

Los usos privativos son normalmente consuntivos, lo que significa que el aprovechamiento lo es en sentido jurídico en cuanto el bien concedido pasa al patrimonio del particular concesionario, como ocurre con las minas o en las concesiones de aguas para riegos. En otros casos, es una utilización no consuntiva (caudal de agua para el aprovechamiento hidroeléctrico que después retorna al cauce del río y es susceptible de ulteriores usos públicos y privativos).

La Constitución Política de Nicaragua, presenta un profundo vacío jurídico en los que respecta a los bienes públicos, ya que no define como por ejemplo, la española[1432] cuales son los bienes de dominio público.

1432 El Artículo 132, de la Constitución Española establece: 1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso. la zona marítima terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

El dominio público ha sido dividido en España en varias categorías: Así, el dominio Público terrestre: Las calles, Plazas, cementerios, parques nacionales, dominio público rural compuesto por los caminos nacionales y municipales. Marítimo: Los mares adyacentes al territorio del país, los ma-

En Nicaragua, la Constitución Política en su artículo 99 es la única disposición constitucional que hace referencia a bienes privados y públicos del Estado y es de destacar que tal referencia es muy superficial ya que únicamente hace mención de los mismos, sin determinar por lo menos cuales son éstos; y sin presentar mayores argumentaciones al respecto.

Este artículo dice literalmente: "El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales y regionales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social".

En estas circunstancias, si los bienes del Estado no son definidos claramente en la Constitución, puede ser éstos objeto de abuso, y arbitrariedades; y de tal forma, habría que recurrir al ordenamiento jurídico existente, en todo caso que no se oponga a la Constitución, subordinada a ella y relacionado a la materia.

La actual constitución tampoco presenta mayores disposiciones sobre los bienes públicos del Estado, únicamente se limita a hacer mención de ellos como bienes que gozan de protección del Estado sin especificar cuales son. Y, las pocas leyes ordinarias, tampoco, precisa, cuales son los bienes públicos del Estado.[1433]

La Ley para el desarrollo de las zonas costeras, en este sentido, realiza un notable avance conceptual, al definir claramente, en el artículo 5, Definiciones Generales lo siguiente: "Bienes de dominio público son aquellos bienes propiedad del Estado destinados al uso y servicio de toda la población y cuyo aprovechamiento y disfrute de manera lícita puede hacerse de manera individual o colectiva, en estricto apego a las regulaciones establecidas en las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas. Estos bienes están sometidos a un régimen jurídico especial cuya administración le corresponde al Estado. Tienen las siguientes características: No enajenables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno".

---

res interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros, las playas del mar territorial. Dominio Fluvial: Constituidos por los ríos, arroyos y todo curso de agua en trechos que corran dentro del territorio, lo atraviesen o separen. Dominio Público Aéreo: Comprende lo relativo a la circulación de aeronaves y dentro de la zona de influencia de la fuerza de gravedad terrestre; esto se daba hasta hace poco, ya que actualmente se están incorporando dos aspectos más, el aspecto astronáutico y el radio eléctrico.

1433 Ley de disposiciones de bienes del Estado y entes reguladores de los servicios públicos. Ley No. 169, Aprobada el 2 de Diciembre de 1993. Publicada en La Gaceta No.103 del 3 de Junio de 1994

No hay duda alguna, que la ley de Zona Costera, es un avance significativo en la conceptualización de lo que es bienes públicos del Estado, pero además, es un progreso significativo, en el ordenamiento del Estado de Nicaragua.

V. La expropiación por causa de interés social

Armando Rizo en su Manual de derecho administrativo, define la expropiación, como un "acto administrativo por medio del cual la Administración impone coactivamente a un particular la obligación de ceder su propiedad mediante ciertos requisitos, de los cuales el más importante es el pago de la indemnización correspondiente como compensación que al particular se le otorga por la privación de su propiedad".

La ley de expropiación (229), fue aprobada el 3 de marzo de 1976. La ley tiene por objeto la expropiación de bienes o derechos cualquiera que fuere la persona o entidad a quien pertenezcan, siempre y cuando, existiera una causa de interés social.

Para la expropiación de bienes o derecho, deberá hacerse la declaración de utilidad pública o de interés social, cuya que será publicada en "La Gaceta", Diario Oficial, y en otros medios informativos que se consideren convenientes, indicando que las personas que se crean con derecho sobre dichos bienes tendrán un término máximo de quince días para comparecer ante la oficina señalada al efecto, con el objeto de llegar directamente con ellos a un avenimiento sobre el monto y forma de pago de la indemnización. Si dentro de ocho días de haberse presentado no se llegase a ese avenimiento, se procederá al juicio de expropiación.

La demanda de expropiación será presentada por la Unidad Ejecutora a favor del beneficiario y se ventilará en juicio civil por los trámites especiales ante cualquiera de los Jueces de lo Civil del Distrito de la jurisdicción donde estuvieren situados los bienes afectados, o ante el Juez del domicilio del demandado, a elección del expropiante.

El artículo 11, establece que el juicio de expropiación versará, en su caso, sobre los siguientes puntos:

a) El monto de la indemnización;

b) Si la expropiación debe ser total o parcial; y

c) Si los bienes o derechos objeto de la demanda están afectados o no por la declaración de utilidad pública o de interés social en que dicha demanda se basa.

La sentencia definitiva será apelable dentro de tercero día para ante la Sala Civil de la Corte de Apelaciones respectiva, sin que contra la sentencia que dicte este Tribunal proceda ningún recurso ordinario, ni extraordinario. La apelación se admitirá en un solo efecto.

Las demás resoluciones, autos o providencias que se dicten en el juicio de expropiación, no admitirán recurso alguno de las partes; pero éstas podrán reproducir su articulación ante el Tribunal de Alzada al expresar agravios en la tramitación del recurso de apelación.

En ningún caso tendrán cabida incidentes o tercerías de cualquier naturaleza, aunque la entable el propietario mismo, y que tiendan a impedir la expropiación o a suspender o retardar la ejecución de la sentencia del Juez.

Las acciones que tercero o terceros tengan sobre el bien objeto de expropiación, o sobre el monto de la indemnización quedan a salvo y se ventilarán conforme los procedimientos del derecho común.

Los derechos del reclamante en este caso, quedarán garantizados preferentemente por el monto de la indemnización, y el bien expropiado libre de todo gravamen.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO
LA FUNCIÓN PÚBLICA

I. Introducción

La Administración pública, para actuar, para ejercer sus funciones, para prestar sus servicios necesita personas físicas. Las personas que actúan al servicio de la Administración son designadas con nombres diversos que corresponden a situaciones jurídicas diferentes. Se habla así de autoridades, de funcionarios, de empleados, etc:

Con el fin de precisar el significado de las diversas expresiones y definir las figuras jurídicas que corresponden a las mismas, conviene examinar las diferentes clases de personas adscritas al servicio de la Administración.

Varios son los modos con que la Administración puede utilizar las aptitudes y actividades individuales: obligando, unas veces, a los particulares a ejercer determinadas funciones o a realizar ciertas prestaciones (el servicio militar, formar parte de las mesas electorales, jurados, etcétera); permitiendo, otras, a los particulares colaborar voluntariamente en el ejercicio de funciones y servicios públicos (contratistas y concesionarios de obras y servicios públicos); en ocasiones, contrata con los particulares una prestación de servicios, al igual que otro particular cualquiera (contrato de trabajo, de arrendamiento de servicios); y, finalmente, adscribe, mediante actos especiales, a los puestos públicos a determinadas personas, con el consentimiento de las mismas.

Si quisiéramos englobar a estas diferentes categorías de personas en una denominación común, podríamos llamarlas personal administrativo, empleado publico, servidor publico, funcionario publico o agentes administrativos. Este nombre se aplicaría, pues, a todas las personas que participan de modo permanente o temporal en la actividad de la Administración, realizando actos jurídicos u operaciones materiales.[1434]

No existe un concepto único de funcionario válido para todos los países. Es más, aun en cada país existen diversos conceptos de funcionarios según la rama del Derecho que lo considera; por ejemplo, el Derecho penal; el Derecho fiscal o el administrativo.

1434 No están incluidos los colaboradores forzosos, por ejemplo, los sujetos al servicio militar, ni los voluntarios: contratistas de obras y concesionarios de servicios públicos, ni los ligados con la Administración por un contrato privado de arrendamiento de servicios o de trabajo. Pero aun limitando nuestro estudio a las personas adscritas con su consentimiento a un puesto público por un acto especial de la Administración, no resulta fácil definir su naturaleza y funciones.

No hay, pues, una definición única del funcionario. Su situación no es la misma en todas partes. La situación jurídica del funcionario está siempre ligada a un Estado determinado y no puede considerarse fuera de este Estado, de su historia, de su legislación y de la Jurisprudencia de sus tribunales.

Mas como hoy día entre los diversos sistemas jurídicos hay semejanzas cada vez mayores; debidas a una penetración mutual de sus instituciones políticas, administrativas y sociales, pueden descubrirse en los diversos sistemas administrativos algunos elementos comunes que caracterizan la noción de funcionario.

Lo característico del funcionario público es que ocupe voluntariamente un puesto público en virtud de una adscripción legal, hecha por nombramiento o elección. La nota de voluntariedad distingue al funcionario del colaborador forzoso (soldado, jurado). La titularidad oficial de un puesto público lo distingue del colaborador voluntario (concesionario, contratista), quien no ocupa un puesto público, sino que sigue siendo un particular.

Otras notas no son esenciales para el concepto. Así, la inamovilidad, pues hay funcionarios designados por cierto tiempo" (los concejales, los diputados) o libremente separables por el Gobierno.

El ejercicio de funciones de autoridad tampoco lo es; pues hay funcionarios públicos (la mayoría) que no las ejercen, como los maestros, los médicos de asistencia domiciliaria y, en general, los técnicos.

Tampoco la retribución es un elemento esencial, pues existen funcionarios honoríficos que prestan servicio gratuitamente (concejales, vocales de diversos consejos). El servicio gratuito es prestado por espíritu cívico por ventajas simplemente morales y de orden honorífico. Por eso sólo pueden ser gratuitos los puestos de gran dignidad. De aquí la calificación de funcionarios hororíficos a quienes los desempeñan.

Los puestos retribuidos pueden ser temporales o permanentes; en este último caso, los que los asumen hacen de la función pública su profesión, o sea, la actividad principal de su vida y, las más de las veces, también la fuente principal de sus ingresos.

El modo jurídico de vincular a un individuo a la profesión de funcionario público es el nombramiento vitalicio o por tiempo indeterminado. Así, la Administración pública asegura al funcionado un puesto de trabajo, pagándole un sueldo, con la garantía de una carrera, de un porvenir, así como de una seguridad en la vejez, en la enfermedad o en la invalidez.

Los Estados tienen interés en que una gran parte de su personal, a causa precisamente de la complejidad y dificultades técnicas de la Administración moderna, queden incorporados de modo permanente a la jerarquía administrativa.

Sin embargo, existen funcionario, políticos, electivos o nombrados; esto es, funcionarios que, sin una aptitud profesional, estén encargados de desempe-

ñar una función determinada, sin convertirse en funcionarios permanentes y profesionales. Son ellos, precisamente, los que aseguran dé modo directo y eficaz el desarrollo y ejecución de una política.

Funcionario y empleado (o funcionario profesional) no son dos categorías opuestas. Hay funcionarios que no son empleados (los honoríficos y los políticos), pero todos los empleados son funcionarios públicos.

Asimismo, todos los funcionarios (incluídos naturalmente los empleados) son agentes, personal de la Administración, en el sentido que apuntábamos· al principio; pero no es cierta la inversa, ya que hay agentes, personal de la Administración, que no son funcionarios (los que colaboran forzosa 'o voluntariamente en funciones y servicios públicos). Por consiguiente, podría trazarse esquema de las diversas categorías del personal de la Administración o de sus agentes, en forma los tres círculos con- céntricos : el mayor sería el del personal de la Administración o agentes de la misma, en sentido amplio; el intermedio, el de los funcionarios públicos, y el más pequeño, el de los funcionarios profesionales o empleados.

II. Modelos de función pública

Ramón Parada, conceptualiza que existen dos modelos de función publica: "Un sistema abierto se funda, pues, como en las empresas privadas occidentales, en un inventario muy preciso de los puestos de trabajo. El reclutamiento del personal se hace al ritmo de las necesidades y la selección y los nombramientos se hacen para un puesto de trabajo concreto...Por el contrario, el sistema cerrado de carrera o sistema de función pública propiamente dicho, parte de la base de que el servicio a la Administración exige una formación diferenciada y más completa o diversa de la que proporciona el sistema educativo general".[1435]

El nacimiento de estos modelos está ligado a la historia constitucional del siglo XIX. Su origen fue parte de los esfuerzos por transformar el antiguo régimen donde el empleado público era servidor de la Corona. Esta medida buscaba proyectar la energía humana hacia los fines del nuevo paradigma político.

El ejemplo clásico del modelo cerrado lo muestra el caso de Francia que, al igual que otras instituciones que sirvieron de ejemplo para el constitucionalismo moderno, creó la Función Pública Francesa. Este proceso se dio en la etapa de Napoleón cuando él intentó utilizar las herramientas de organización de un ejército para crear un orden de ciudadanos, distinto al militar o eclesiástico, que sirviera para la consolidación de las nuevas instituciones. Para destacar la influencia de este personaje en la confección del modelo me parece oportuna una cita que PARADA nos ofrece, sobre las palabras de Napoleón ante el Con-

1435 PARADA, RAMÓN. Derecho administrativo, Tomo II, Organización y empleo público. 5ta edición. Marcial Pons. Madrid 1991, p 331.

sejo de Estado Francés "Yo deseo – decía- constituir en Francia el Orden civil. Hasta el momento no existen en el mundo más que dos poderes: el militar y el eclesiástico. El incentivo de un gran poder y de una gran consideración eliminará esta antipatía filosófica que, en ciertos países, aleja a los más acomodados de los puestos públicos y entrega al Gobierno a los imbéciles y a los intrigantes…Es necesario imitar en el Cuerpo de profesores la clasificación de los grados militares…Yo quiero sobre todo una Corporación porque una Corporación no muere nunca…Una Corporación que no tenga otra ambición que ser útil y otro interés que el interés público. Es necesario que estencuerpo tenga privilegios y que no sea demasiado dependiente de los Ministros ni del Emperador."

El éxito de los resultados militares motivó la intención de asimilar sus estrategias en la organización civil, por medio de un núcleo de organización por materias, con una estricta jerarquía, una ideología de unidad y objetivos comunes, en suma una división orgánica para mayor control, a este sistema se le llamó Cuerpo o Corporación.

La organización política del Estado francés era fuertemente centralizada y es la pista idónea para que circule por toda la organización administrativa el modelo sostenido por dos pilares:

a) El sistema de carrera representa la posibilidad de una alternativa de vida profesional al servicio del gobierno. Implica un sistema de acceso y escala a través de la jerarquía, se accede a la carrera de acuerdo a la preparación o perfil profesional que podrá desarrollarse progresivamente. Hay una vinculación entre la permanencia y la profesionalización para lograr escalar al interior de un Cuerpo.

b) La organización en cuerpos, es la forma de organización interna por medio de la cual se agrupan los funcionarios por una misma materia y un estatuto propio. RAMON PARADA le ha denominado a este modelo CORPORATIVISMO DE SERVICIO y define al cuerpo como la columna central, "idea organizativa de extraordinaria eficacia… ente no personificado intermediario entre el Estado y el funcionario se le responsabiliza de manera permanente del funcionamiento de cada servicio público. A cada servicio público se adscribe un cuerpo. Sociológicamente, el funcionario no es considerado directamente miembro, en general, del estado, sino básicamente miembro de un grupo en el que se ingresa y en el que se agrupa con otros de la misma formación."[1436]

El Consejo de Estado Francés estableció principios y reglamentos para cada cuerpo pero, en esa época, no se habló de estatuto tal y como ahora se conoce.

Este dato histórico muestra el origen de la figura de la carrera administrativa, que se ha ido insertando en el derecho administrativo como una forma de

1436 RAMON PARADA. La degeneración del modelo de función pública. RAP. p 421.

organización de los servidores públicos que logre impactar en el cumplimiento de los cometidos de la administración, carrera que es uno de los elementos del sistema del servicio profesional, tema central de la tesis.

III. Modelo abierto

El modelo abierto toma como base la experiencia de la dinámica de trabajo de la empresa privada, su esencia es la individualización y desglose de las actividades, que implica que cada uno de los puestos, están directamente relacionados con objetivos de la empresa, por tanto el empleo se cubre atendiendo a las necesidades concretas de la productividad. En consecuencia el perfil del aspirante se define con las características que se desprenden de la definición del puesto. Se le ha denominado también sistema de empleo, que se "orienta hacia un tipo de relación laboral y vínculo jurídico del ocupante del puesto con la administración de tipo contractual, en el que prevalece la facultad discrecional en el nombramiento y remoción.

El ejemplo clásico del modelo abierto se dio en Estados Unidos de Norteamérica. Su proceso de construcción nacional – mediante la declaración de independencia así como con la elaboración de su constitución – fue acorde al condicionamiento político así como a las ideas liberales que desdeñaron elementos como el centralismo, la monarquía o el asentamiento de poderes anti democráticos. En el modelo estadounidense prevaleció la idea de libertad del individuo y transitó de la empresa al gobierno; en él se definió un modelo que, además de la descripción puntual del puesto, implica la posibilidad de la destitución discrecional, lo que trajo consigo que el modelo abierto o de empleo en muchos casos derivara en el llamado sistema de botín. Este caso muestra que el contexto político es un factor que nos puede ayudar a entender la decisión de optar por un determinado modelo.

Para mejor comprensión retomo una cita de SANCHEZ MORON donde presenta algunos datos históricos que definen esta otra forma de acceso y presencia de los recursos humanos en la administración pública. "…a partir de 1826, el asentamiento del bipartidismo y de la alternancia política, la aceptación mayoritaria del igualitarismo democrático presente en la obra de T. JEFFERSON y la exigencia de que los funcionarios respondieran periódicamente de su gestión, que impuso la Tenure of Office Act (que facilitaba su destitución) desembocaron en el más puro Spoils System. Es decir, los cargos públicos se consideraban un botín del partido vencedor en las elecciones, a repartir entre sus afines".[1437]

1437 MIGUEL. SANCHEZ MORON, MIGUEL, Derecho de la Función Pública. Madrid, Tecnos, 2008. Pág 32

IV. La Función Publica en Nicaragua

El 22 de noviembre de 1824 se aprobó la Constitución de la República Federal de Centroamérica. Se le atribuyen defectos, que no son más que la consecuencia natural de la filosofía política y de la doctrina que la inspiraba. Pero, aparte del aspecto técnico jurídico, se ha dicho que esta Constitución no se ajustaba a la realidad de Centroamérica, y que los Constituyentes había actuado con un lirismo doctrinario que produjo graves y negativas consecuencias.

La Constitución de la República Federal de Centroamérica, regulaba la función pública, a los que consideraba como agentes del pueblo. Los cargos públicos no eran transferibles, ni por sucesión hereditaria, condecoraciones o vinculación de cualquier tipo. Los funcionarios, establecía la constitución, eran responsables con arreglo a las leyes, del ejercicio de sus funciones. Se establecía un mecanismo de suspensión de todos los acuerdos dictados por funcionarios contra los que se procediere a la formación de causa, luego si eran declarados reos en las mismas eran depuestos e inhabilitados para el ejercicio de cualquier cargo público.[1438]

1438 Las regulaciones de los funcionarios públicos en la Constitución de 1826 se encuentran en los siguientes artículos: Título I: Del Estado, su Territorio, Derechos y Deberes. Capítulo II: De los Derechos y Deberes del Estado. Artículos 6, 8 y 11. Título XII: De la Responsabilidad de los Funcionarios del Estado. Capítulo Único: artículos: 152, 153 y 162.

En la Constitución Política de Nicaragua de 1838, se mantiene el criterio establecido en la Constitución de 1826 con respecto a los cargos públicos y la imposibilidad de transferirlos, ni por sucesión hereditaria, enajenación o vinculación de cualquier tipo. Se instituye la obligatoriedad para todos los ciudadanos nicaragüenses de servir en los cargos públicos; la Ley se encargaría de regular el modo de cumplimiento de esta disposición, condición que nunca se dio. Los funcionarios públicos de los "altos poderes" tenían los períodos de sus cargos limitados por la misma Constitución. Antes de entrar en posesión de sus cargos, los funcionarios debían prestar juramento de fidelidad a la Constitución y al Pacto Federativo. También se transcribe en el artículo 178, el principio de la responsabilidad administrativa creado en la Constitución anterior. La responsabilidad de los funcionarios públicos se extendía hasta seis meses después de haber cesado en su cargo. Los delitos que cometían los funcionarios en el ejercicio de sus funciones producían acción popular, es decir, que cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos podía entablar demandas en nombre de los intereses del Estado en contra de algún funcionario que haya cometido delitos en posesión de su cargo. Nociones contenidas en los siguientes artículos de la Constitución de 1838 que regulaban a los funcionarios públicos. Capítulo II: De los Derechos y Deberes del Estado. Arto. 11. Capítulo IV: De los Derechos y Deberes de los Nicaragüenses y Ciudadanos. Artículo 47 y 52. Capítulo XII: De la Responsabilidad de las Supremas Autoridades del Estado. Artículo 177, 178, 187 y 188.

La Constitución Política de la República de Nicaragua del 19 de Agosto de 1858 sólo se responsabilizaba a los funcionarios por sus trasgresiones a las leyes y la Carta Magna y se les mandaba a rendir cuenta por sus operaciones.

Desde las primeras Constituciones, se manejaba la acepción de Función Pública como una actividad propia del Estado y que éste se manifestaba a través de sus representantes; los funcionarios públicos, cuyo cargo no era hereditario, y debían obedecer únicamente a la Constitución y las leyes, podían optar a los mismos todos los ciudadanos, además se establecía que no tenían más facultades que las que expresamente la ley les concedía.

Nace, entonces, la figura de la Función Pública como precepto Constitucional pero de forma general y sin ninguna ley que regulara la materia.[1439]

Capítulo XX: De la responsabilidad de los Empleados Públicos. Arto. 66:" Todo funcionario público, al tomar posesión, prestará juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes: será responsable de su trasgresión; y debe dar cuenta de sus operaciones. Constitución Política de la República de Nicaragua."

La Constitución policía de 1893, llamada la "La Libérrima", la única innovación que se plasma se encuentra en su artículo 154, que tomaba en cuenta la absolución dada a un funcionario en un proceso de formación de causa en su contra, como fundamento para regresarlo a su condición anterior de servidor público y al ejercicio de sus funciones. Título XIX: De la Responsabilidad de los Empleados Públicos. Arto. 150: "Todo funcionario público es responsable por sus actos". Arto. 154: Cuando un funcionario público, a quien se hubiere declarado con lugar a formación de causa, fuere absuelto, volverá al ejercicio de sus funciones.

La Constitución Política de la República de Nicaragua de 1905, llamada "La Autocrática", transcribe de manera exacta los artículos relacionados con la responsabilidad de los funcionarios, de la Constitución de 1893, no realiza ninguna reforma, ni innovación. Título XVIII: De la Responsabilidad de los Empleados Públicos. Artículos 116 y 118.

En la Constitución Política de la República de Nicaragua del 21 de Diciembre de 1911, los delitos cometidos por los funcionarios públicos eran considerados de tal gravedad, que se les negaba la gracia del indulto a sus autores. El Presidente y los Secretarios de Estado podían ser acusados por la comisión de delitos oficiales hasta cinco años después de haber cesado en sus cargos. Título XXI: De la Responsabilidad de los Empleados Públicos. Arto. 154, 155, 156, 157 y 158.

1439 Sobre los antecedentes históricos de la función pública, puede verse: Martha Alicia Pereira. El salario de los empleados públicos en la ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa. Tesis para obtener la licenciatura en derecho. Managua, Nicaragua. UCA. Pág.18-30. Maryam Collado. Analisis del Proyecto de ley de ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa. Tesis para obtener la licenciatura en derecho. Managua, Nicaragua. UCA. 2003. Pág. 35-54. Cristhian Ivonne Pérez Porta. Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos bajo el ámbito del Servicio Civil Nicaragüense. Tesis para obtener la licenciatura en derecho. Managua, Nicaragua. UCA. 2011. Pág. 12-16. Antonio Esgueva Gómez. Las constituciones politicas y sus reformas en la historia de Nicaragua. Managua. IHCA. 2000. Tomo I y II.

En la Constitución de 1939 en su artículo 321, es donde aparece por primera vez el mandato constitucional de "crear un Servicio Civil organizado con los funcionarios que no tengan "carácter político".

Por primera vez en nuestra Constitución Política aparece un concepto de Funcionario Público, refiriéndose a todos los individuos que ejercen cargos públicos creados por la Ley. Se establece la obligatoriedad de rendir una garantía previa para todos aquellos que vayan a administrar fondos públicos, municipales o de Entes Autónomos, sin embargo no se define la forma en que debía de rendirse dicha garantía, no se especificaba si se trataba de una fianza pecuniaria o personal, fideicomiso, o cualquier otra figura jurídica relativa, simplemente se estipula una reserva de Ley. Se mantiene el principio de Legalidad con respecto a las facultades de los servidores públicos. Los funcionarios en sus actuaciones no podían responder a los intereses de partidos u organizaciones particulares. Se estipula la suspensión del cargo, como una sanción disciplinaria para los funcionarios que abandonen sus labores de forma deliberada, también quedan sujetos a las demás responsabilidades que establecía la ley, éste régimen comprendía también a los trabajadores de Entes Autónomos y empresas privadas que prestaban servicios de interés público. Se instituye para funcionarios públicos la responsabilidad penal por negligencia, omisiones o abusos cometidos en ejercicio de sus funciones.

La Ley regularía los distintos aspectos de la condición de los funcionarios públicos, se habla por primera vez de los derechos laborales de los funcionarios públicos y en especial de las mujeres embarazadas, se determinarían "los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos por la Constitución, propendiéndose al sistema de concursos, de prueba o de títulos; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público". La Constitución de 1939 prohibía expresamente el desempeño de funciones públicas a ministros de cualquier culto religioso, con excepción de labores de instrucción o de obras de beneficencia.[1440]

1440 Título X: De los Funcionarios Públicos. Capítulo Único: De los Funcionarios Públicos. Arto. 313: La denominación de Funcionarios Públicos comprende a todos los individuos que ejercen cargos públicos creados por la Ley. Arto. 314: "Nadie puede ejercer las funciones públicas designadas en la Constitución si no promete cumplirlas en la forma establecida por la Ley". Arto. 315: "Todos los que manejen fondos públicos, Municipales o de Entes Autónomos, deben rendir garantía previa suficiente a favor de la Hacienda Pública. La Ley reglamentará este principio". Arto. 316: "No habrá en Nicaragua empleado que no tenga funciones determinadas en la Ley o Reglamento. Arto. 317: "Los funcionarios públicos están al servicio de la colectividad y no al de ningún partido u organización de intereses particulares". Arto. 318: "La suspensión concertada del trabajo en servicio público o de interés

La Constitución de 1950 en su artículo 299, estipulaba la creación de un "Servicio Civil organizado con los servidores públicos que no tengan carácter

colectivo, llevará anexa la admisión de los infractores, además de las otras responsabilidades que prescribe la Ley. Quedan también sujetos a esta disciplina los empleados de Entes Autónomos y los de empresas privadas que prestan servicios de interés público". Arto. 319: "Los funcionarios públicos son responsables por violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta en el ejercicio de sus funciones, todo conforme a la Ley". Arto. 320: "Los funcionarios públicos son penalmente responsables por los perjuicios que causaren por negligencia, omisión o abuso en el ejercicio del cargo". Arto. 321: "Se tenderá a crear el Servicio Civil organizado con los funcionarios que no tengan carácter político". Arto. 322: "Los funcionarios tendrán derecho a vacaciones anuales sin descuento y la mujer embarazada, a tres meses de licencia con sueldo íntegro". Arto. 323: "La Ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos por la Constitución, propendiéndose al sistema de concursos, de prueba o de títulos; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público". Arto. 324: "El Ministerio de cualquier culto es incompatible con el desempeño de cargos públicos que no sean de instrucción o beneficencia pública. Constitución Política de la República de Nicaragua".

político".[1441] Lo más destacable es que se cambia la términología de las constituciones anteriores, y se utiliza servidor público.[1442]

1441 El Título XI de la Constitución Política de 1950, cambia la terminología utilizada en las constituciones anteriores de Funcionario Público a Servidor Público. Se mantiene la intención expresada en la Constitución de 1939 de crear un Servicio Civil organizado, esta vez, con servidores públicos que no tengan carácter político. Se reconocen las garantías laborales del artículo 95 constitucional para todos los servidores públicos sin excepción. Título XI: De los Servidores Públicos Capítulo Único: De los Servidores Públicos. Arto. 295: "Los funcionarios públicos están al servicio de la colectividad y no al de ningún partido u organización de intereses particulares". (Contenido del Arto. 317 de la Constitución de 1939). Arto. 296: "No habrá en Nicaragua empleado que no tenga funciones determinadas en la Ley o Reglamento". (Contenido del Arto. 316 de la Constitución de 1939). Arto. 297: "Los servidores públicos son personalmente responsables por violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometidos en el ejercicio de sus funciones, todo conforme a la Ley". (Contenido del Arto. 319 de la Constitución de 1939). Arto. 298: "Los servidores públicos son penalmente responsables por los perjuicios que causaren por negligencia, omisión o abuso en el ejercicio del cargo". (Contenido del Arto. 320 de la Constitución de 1939). Arto. 299: "Habrá un Servicio Civil organizado con los servidores públicos que no tengan carácter político. La Ley determinará los deberes de los Servidores Públicos, lo mismo que las condiciones de ingreso a la administración; las reglas de ascenso, de pensión y jubilación; las garantías de permanencia, cesación, suspensión o de traslado; las vacaciones y las garantías del Arto. 95 que le sean aplicables. Arto. 300: "La suspensión concertada del trabajo en servicio público o de interés colectivo, llevará anexa la dimisión de los infractores, además de las otras responsabilidades que prescribe la Ley. Quedan también sujetos a esta disciplina los empleados de Entes Autónomos y los de empresas privadas que presten servicios de interés público". Arto. 301: "Todos los que manejen fondos públicos, municipales o de Entes Autónomos, deben rendir garantía previa suficiente". La Ley reglamentará este principio. Reforma efectuada el 20 de Abril de 1955 a la Constitución Política de la República de Nicaragua del año 1950.

El Arto. 116 de la Constitución que prohibía desempeñar funciones públicas a los individuos que pertenecieran a partidos de ideología comunista o de organización internacional. Arto. 1: Refórmese parcialmente la Constitución Política de la República, en los siguientes términos: Inciso C: El Arto. 116, se leerá así: "El Estado prohíbe la formación y actividades del partido comunista y de los que sustenten ideologías similares, lo mismo que de cualquier otro partido de organización internacional. Los individuos que a ellos pertenezcan, no pueden desempeñar ninguna función pública sin perjuicio de las otras penas que la Ley señale"

1442 El veinticuatro de Agosto de 1964, el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público de la época Dr. Ramiro Sacasa Guerrero realizó una consulta a la excelentísima Corte Suprema de Justicia exponiendo que de acuerdo con el párrafo segundo del Arto. 64 CT los trabajadores al servicio del Estado y de sus instituciones debían disfrutar de vacaciones con goce de salario, además

de las Vacaciones de Semana Santa y de Navidad y de 15 días más durante cada año, pero el Arto. 9 del mismo Código excluía de sus disposiciones a los Funcionarios, y por esta razón deseaba saber la opinión del Supremo Tribunal sobre:

1) ¿Quiénes eran Funcionarios?, ¿Si los Funcionarios tenían Derecho a dichas vacaciones y también al preaviso establecido en el Arto. 116 de dicho Código del Trabajo? En ese entonces. Ante dicha solicitud, el ocho de Septiembre de 1964, el Secretario de la Corte Suprema de Justicia con instrucciones de los Magistrados de la misma, dio contestación a la consulta formulada, sentando un precedente importante, al reconocer la no existencia de alguna disposición jurídica en nuestra legislación que diferenciara a los funcionarios de los empleados públicos, por lo que la Corte Suprema de Justicia se vio en la necesidad de recurrir a la Doctrina para definir los conceptos de Funcionarios y Empleados Públicos y de esta forma establecer claramente los derechos de los que gozaban o no los funcionarios, expresándolos en los siguientes términos:

1) "No existe ley que defina a los funcionarios de los empleados públicos". Es una cuestión muy debatida en la doctrina señalar cuáles son los caracteres que los separan.

Muchos autores coinciden en que los funcionarios públicos tienen un carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el Estado y los particulares, en tanto que los empleados sólo guardan una relación interna con el servicio, necesaria para auxiliar a los representantes en el ejercicio de sus facultades.

El autor mexicano, Gabino Fraga, en su obra Derecho Administrativo, tercera edición, Página 336, citando al argentino Rafael Bielsa, dice: "Por último, se ha señalado como una distinción entre el concepto de funcionario y el de empleado, la de que en principio por la ley, que crea una relación externa que da al titular un carácter representativo, mientras que el segundo sólo supone una vinculación interna que hace que su titular sólo concurra a la formación de la función pública".

Girando sobre este mismo aspecto dice el español Carlos García Oviedo:

Funcionarios y Empleados:

Procede hacer una distinción entre ambos: es funcionario todo el que se incorpora a voluntad del Estado, - pero participando en la formación o ejecución de su voluntad -, el empleado es quien igualmente se incorpora al organismo estatal prestando servicios que pueden no ser de la expresada participación y haciendo del ejercicio de la función encomendada el objeto primordial de sus actividades y de su vida. Coinciden ambos conceptos en que tanto el funcionario como el empleado forman parte del organismo del Estado, incorporándose a él por un proceso de determinación voluntaria. Pero mientras que el funcionario tiene siempre carácter representativo - forma o realiza la voluntad del Estado-, el empleado puede no tenerlo.

Además, y esto es lo más importante, el empleado es únicamente aquel funcionario que hace del ejercicio de la función su medio habitual de vida, su carrera. Por carecer de carácter representativo, no son funcionarios, sino empleados los subalternos. Por no hacer del cargo instrumento profesional, no son empleados y sí funcionarios el Alcalde, el Gobernador y el Ministro.

En la Constitución Política de 1974, cambia significativamente la terminología utilizada en las constituciones anteriores, esta vez, distinguiendo en su Titulo X entre los términos de Funcionario Público y Empleado Público, aunque no proporciona ninguna definición de ellos, ambos estarían comprendidos en la Ley de Servicio Civil que se crearía al respecto. Se prohibía todo paro o huelga causados tanto por funcionarios como por empleados públicos. Quedaban también sujetos a esta disposición los empleados del Distrito Nacional y Municipales, los funcionarios y empleados de las Juntas Nacional y Locales de Asistencia Social, de los Entes Autónomos y de empresas privadas que presten servicios de interés público o colectivo.[1443]

"Los autores, hacen, por lo demás, resaltar el rango moral más elevado del funcionario, ya que este se suele manifestar adscrito a los oficios más nobles, y a su desempeño puede no acompañar retribución económica alguna" (Derecho Administrativo, Cuarta Edición. Vol. I, págs. 375 y 376).

De acuerdo con este orden de ideas, son funcionarios públicos, los Ministros, Vice-Ministros, los Senadores y Diputados, el Presidente de Tribunal de Cuentas, el Fiscal General de Hacienda, los Fiscales específicos, los Jefes Políticos, los Jueces de Policía, etc.

Con igual criterio se puede clasificar en cada caso a los otros funcionarios de la Administración Pública.

1) Según el Arto. 9 del CT los funcionarios están excluidos de las disposiciones de dicho Código, por consiguiente no tienen derecho a exigir vacaciones y el preaviso contemplado en el Arto. 116 CT". Hasta ahí lo relacionado por la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, esclareciendo la diferencia entre funcionario y empleado público mediante jurisprudencia. Vease: Martha Alicia Pereira. El salario de los empleados públicos en la ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa. Tesis para obtener la licenciatura en derecho. Managua, Nicaragua. UCA. Pág.37, 38 y 39. .

1443 Título X: Funcionarios y Empleados Públicos. Capítulo Único: Funcionarios Empleados Públicos. Arto. 263: "Los Funcionarios y Empleados Públicos están al servicio de la colectividad y no al de ningún partido u organización de intereses particulares".

Arto. 264: "Todos los funcionarios públicos prestarán promesa de cumplir la Constitución y las leyes y hacerlas cumplir fielmente". Arto. 265: "Todo funcionario o empleado público tendrá las funciones que le determinen la Ley o el reglamento respectivo". Arto. 266: "Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometido en el ejercicio de sus funciones. Arto. 267: Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por los perjuicios que causaren por abuso, negligencia u omisión en el ejercicio del cargo" Arto. 268: "Habrá una Ley de Servicio Civil en la que estarán comprendidos los funcionarios y empleados públicos, cuyos cargos no tengan origen político".

Esta ley determinará los deberes de los funcionarios y empleados públicos, lo mismo que las condiciones de ingreso a la administración, así como las de cesación en el trabajo, suspensión o traslado; las reglas de ascenso, de pensión y jubilación; las vacaciones, las garantías de permanencia y las del

La vigente Constitución de 1987, de manera clara establece crear un régimen de Servicio Civil y Carrera Administrativa (art. 131).[1444]

Arto. 105 que les sean aplicables. Arto. 269: "Se prohíbe todo paro o huelga de los funcionarios y empleados públicos. La suspensión concertada del trabajo, llevará anexa la destitución de los infractores, además de las otras responsabilidades que prescriba la Ley".

Quedan también sujetos a esta disposición los empleados del Distrito Nacional y Municipales; de las Juntas Nacional y Locales de Asistencia Social, de los Entes Autónomos y de empresas privadas que presten servicios de interés público o colectivo.

Arto. 270: "Todos los funcionarios y empleados que manejen fondos públicos, locales o de Entes Autónomos, deben rendir garantía suficiente previa al ejercicio de su cargo. La Ley reglamentará este principio".

1444 La Constitución Política de 1987 que actualmente se encuentra vigente, ante de la reforma de 1995, únicamente contemplaba, dos artículos reguladores de la actividad de funcionarios públicos, en los cuales se plasmaba el principio de legalidad para el Derecho Público, la obligación de los funcionarios de rendir declaraciones de probidad antes y después de ejercer un cargo público, el compromiso de ejercer la función pública a favor de los intereses del pueblo y la responsabilidad de los funcionarios por cada uno de sus actos y omisiones. Se establecía sólo la Carrera Administrativa que sería regulada por la Ley de la materia, pero no se hablaba del Servicio Civil. Título VIII: De la Organización del Estado Capítulo I: Principios Generales Arto. 130: "Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes. Todo funcionario del Estado debe rendir cuentas de sus bienes antes de asumir su cargo y después de entregarlo. La ley regula esta materia". Arto. 131: "Los funcionarios de los cuatro poderes elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo. Todo funcionario tiene el deber de desempeñar eficaz y honestamente sus funciones y será responsable de sus actos y omisiones. Se establece la carrera administrativa que será regulada por la ley". Reforma efectuada el 15 de Junio de 1995 a la Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987. En 1995 se produce una reforma parcial a nuestra Constitución Política que afecta sustancialmente las disposiciones constitucionales relativas a los funcionarios públicos ubicadas en los artículos 130 y 131. Se prohíbe a los funcionarios públicos obtener concesiones del Estado o actuar como apoderados o gestores de empresas en contrataciones de éstas con el Estado. Se instaura el mecanismo para la privación de la inmunidad por parte de la Asamblea Nacional a cualquier funcionario que goce de ella. Se instituye para los funcionarios principales la prohibición de hacer recaer nombramientos a familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Sin embargo, quedan exceptuados de esta prohibición, los nombramientos realizados en virtud del cumplimiento a la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, la de Carrera Docente, de Carrera Judicial, de Carrera de Servicio Exterior y demás leyes similares que se dictaren. Se

A finales del año 2003, se aprueba la Ley del Servicio Civil y de Carrera

---

mantienen los criterios de responsabilidad de los funcionarios públicos por los perjuicios causados por sus abusos, negligencias y omisiones.

Título VIII: De la Organización del Estado. Capítulo I: Principios Generales: Arto. 130: La Nación nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes. Todo funcionario del Estado debe rendir cuentas de sus bienes antes de asumir su cargo y después de entregarlo. La ley regula esta materia.

Los funcionarios públicos de cualquier Poder del Estado, elegidos directa e indirectamente, los Ministros y Vice-ministros de Estado, los Presidentes o Directores de Entes Autónomos y Gubernamentales, y los Embajadores de Nicaragua en el exterior no pueden obtener concesión alguna del Estado. Tampoco, podrán actuar como apoderados o gestores de empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en contrataciones de éstas con el Estado. La violación de esta disposición anula las concesiones o ventajas obtenidas y causa la pérdida de la representación y el cargo.

La Asamblea Nacional, con el voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados, deberá autorizar previamente y declarar la privación de la inmunidad. Sin este procedimiento los funcionarios públicos, que conforme la presente Constitución gozan de inmunidad personal, no podrán ser detenidos ni procesados, excepto en causas relativas a los derechos de familia y laborales. Dicha inmunidad es renunciable. La ley regulará la materia.

En los casos de privación de la inmunidad por causas penales contra el Presidente y el Vice-presidente de la República, una vez privados de ella, es competente para procesarlos la Corte Suprema de Justicia en pleno. En todos los Poderes del Estado y sus dependencias, así como en las instituciones creadas en esta Constitución, no se podrán hacer recaer nombramientos en personas que tengan parentesco cercano, con la autoridad que hace el nombramiento y, en su caso, con la persona de donde hubiere emanado esta autoridad. Para los nombramientos de los funcionarios principales regirá la prohibición del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La ley regulará esta materia.

Esta prohibición no comprende el caso de los nombramientos que correspondan al cumplimiento de la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, la de Carrera Docente, de Carrera Judicial, de Carrera del Servicio Exterior y demás leyes similares que se dictaren. Arto. 131: Los funcionarios de los cuatro Poderes del Estado, elegidos directa o indirectamente, responden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo.

El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el funcionario o empleado público causante de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por

Administrativa, siendo publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 235 del 11 de diciembre del 2003 y entró en vigencia en julio del año 2004. Además, su

---

la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones.

También son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo. Las funciones civiles no podrán ser militarizadas. El servicio civil y la carrera administrativa serán regulados por la ley.

Reforma efectuada el 18 de Enero del 2000 a la Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987 en el año 2000, no abordó aspectos de mayor relevancia dentro del ámbito de los funcionarios públicos, únicamente afectó un inciso del Arto. 130, referente al mecanismo de privación de la inmunidad al Presidente de la República, la cual es de connotado interés político. Título VIII: De la Organización del Estado. Capítulo I: Principios Generales: Arto. 130:"La nación Nicaragüense se constituye en un Estado Social de Derecho. Ningún cargo concede a quien lo ejerce más funciones que las que le confieren la Constitución y las leyes. Todo funcionario del Estado debe rendir cuenta de sus bienes antes de asumir su cargo y después de entregarlo. La ley regula esta materia. Los funcionarios públicos de cualquier Poder del Estado, elegidos directa e indirectamente, los Ministros y Vice-Ministros de Estado, los Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales, y los Embajadores de Nicaragua en el exterior no pueden obtener concesión alguna del Estado. Tampoco podrán actuar como apoderados o gestores de empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, en contrataciones de éstas con el Estado. La violación de esta disposición anula las concesiones o ventajas obtenidas y causa la pérdida de la representación y el cargo. La Asamblea Nacional mediante resolución aprobada por dos tercios de votos de sus miembros podrá declarar la privación de inmunidad del Presidente de la República. Respecto a otros funcionarios la resolución será aprobada con el voto favorable de la mayoría de sus miembros. Sin este procedimiento los funcionarios públicos que conforme la presente Constitución gozan de inmunidad, no podrán ser detenidos, ni procesados, excepto en causas relativas a los derechos de familia y laborales. La inmunidad es renunciable. La ley regulará esta materia. En los casos de privación de la inmunidad por causas penales contra el Presidente y el Vice-Presidente de la República, una vez privados de ella, es competente para procesarlos la Corte Suprema de Justicia en pleno.

En todos los Poderes del Estado y sus dependencias, así como en las instituciones creadas en esta Constitución, no se podrán hacer recaer nombramientos en personas que tengan parentesco cercano, con la autoridad que hace el nombramiento y, en su caso, con la persona de donde hubiere emanado esta autoridad. Para los nombramientos de los funcionarios principales regirá la prohibición del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La ley regulará esta materia.

Esta prohibición no comprende el caso de los nombramientos que correspondan al cumplimiento de la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, la de Carrera Docente, de Carrera Judicial, de Carrera de Servicio Exterior y demás leyes similares que se dictaren.

Reglamento Decreto No. 87-2004, fue publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 153 del 6 de agosto del año 2004[1445]

1445 La Ley de Servicio civil y Carrera administrativa (Ley Nº 70), fue aprobaba el 19 de marzo de 1990, publicada en la Gaceta Número. No. 55 de 19 de marzo de 1990 Sin embargo, la Presidenta de la República Violeta Barrios de Chamorro, consideró que ésta ley representaba un obstáculo para la reorganización adecuada del Poder Ejecutivo, por lo que dictó el 10 de Mayo del mismo año, el Decreto Ley No. 8-90 "Decreto de Suspensión de Aplicación de la Ley No. 70 y de Revisión de Convenios Colectivos". Este Decreto facultaba al Ministerio del Trabajo a reglamentar la Ley No. 70 y también declaraba la no Aplicación de la mencionada Ley mientras no fuere reglamentada.

El 18 de Mayo de 1990 la Asamblea Nacional dictó la Ley No. 101: "Ley de Reformas a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa". Esta Ley que fue aprobada apenas 8 días después de dictado el Decreto-Ley No. 8-90, reforma el inciso 3 del Artículo 6 de la Ley No. 70 de la siguiente forma: "Los funcionarios y demás trabajadores de confianza, entendiéndose por tales los que desempeñan funciones de dirección, supervisión y fiscalización, cuando tengan responsabilidades administrativas de carácter general, si el funcionario o empleado por razón del cargo que desempeña o por las características de sus labores está en contacto directo y constante con el empleador, también cuando se tratare de trabajadores de servicio doméstico". De esta manera se amplía notablemente la definición de los cargos de confianza que aparecía en la Ley No. 70, abarcando nuevas categorías de trabajadores, que buscaban como facilitar la remoción de trabajadores sin necesidad de buscar causas de justificación establecidas en la legislación laboral, con el fin de favorecer los planes de despido laboral impulsados en aquel momento.

La Corte Suprema de Justicia declara la Inconstitucionalidad de la Suspensión de la Ley Nº 70.

La Asamblea Nacional en el año 1996 atravesó una grave crisis de legitimidad y entró en una clara confrontación con las autoridades del Poder Ejecutivo. La situación irregular en la Asamblea Nacional inició el día 22 de Noviembre de 1996, cuando dos directivos de la Asamblea Nacional (Doris Tijerino Haslam y Julio Marenco), modificaron la Agenda Legislativa correspondiente y destituyendo a dos miembros de la Junta Directiva legalmente constituida con la presencia de 54 diputados. Esta situación trajo como consecuencia la aprobaciónde la Ley No. 251, "Ley de Derogación a la Ley No. 101 Ley de Reformas a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa", que expresamente derogaba la Ley No. 101 aprobada por esa misma Asamblea Nacional en 1990, con el propósito de regresarle su plena vigencia a la Ley No. 70 y decretar su inmediata ejecución. También, se ordenaba a la Presidenta de la República reglamentar dicha Ley en un plazo no mayor de quince (15) días, contados a partir de la aprobación y promulgación de la Ley No. 251. En caso que la Presidencia de la República, por cualquier causa no cumpliera con la reglamentación y publicación respectiva, la Asamblea Nacional inmediatamente transcurridos los 15 días referidos anteriormente, procedería a elaborar y mandar a publicar el Reglamento de la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa.

Esta ley, tiene por objeto, regular el régimen del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, para garantizar la eficiencia de la Administración Pública y los derechos y deberes de los servidores públicos. Asimismo, establece, el principio de estabilidad, sobre el mérito, capacidad, especialización, profesionalismo, para que el servidor público sea de carrera.

El artículo 7 de esta ley, establece las categorías de los Servidores Públicos:

1. Funcionarios Públicos: Todas las personas natural que dirige la función pública por nombramiento para desarrollar carrera o por contratación temporal, que ocupa puestos de nivel de jerarquía correspondiente al Servicio Directivo. Los denominados Funcionarios Públicos. Principales electos directa o indirectamente no forman parte del Servicio Civil.
2. Empleados Públicos: Todas las personas naturales que ejecutan y operativizan la función pública en virtud de una contratación indeterminada para desarrollar carrera o por contratación temporal.

V. Ámbito de Aplicación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa

El Ámbito de aplicación del Servicio Civil, comprende a los funcionarios y empleados públicos al servicio del Poder Legislativo, Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Electora, Entes Autónomos y Gubernamentales, municipios o órganos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

Se exceptúan del ámbito de aplicación del Servicio Civil, los que laboran y prestan servicios en las empresas públicas estatales, universidades y centro de educación técnica superior, ejército y los Funcionarios Públicos Principales: elegidos directa o indirectamente en los Poderes del Estado, las Entidades Autónomas, y los Gobiernos Municipales y Regionales. Los funcionarios públicos elegidos a que se refiere la Constitución Política en el artículo 130, párrafo 3o , y artículo 131, párrafo 1o, son: 1.1. Funcionarios públicos elegidos directamente; 1.1.1. Presidente y Vicepresidente de la República (Arto. 146 Cn.). 1.1.2. Diputados y sus suplentes de la Asamblea Nacional y del Parlamento Centroamericano (Arto. 132 y 133 Cn.). 1.1.3. Alcaldes, Vicealcaldes y Conce-

---

Por no haber promulgado ni mandado a publicar la Presidente de la República la Ley No. 251, la diputada Doris Tijerino Haslam en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, la envio a publicar.

La Corte Suprema de Justicia en su Sentencia No. 1 del 07 de Enero de 1997, resolvió declarar la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo No. 1598 denominado "Reforma al Estatuto General y al Reglamento Interno de la Asamblea Nacional".

Por tanto la Ley No. 251 fue expresamente declarada nula y en ningún momento entró en vigencia, por lo que la integración de los órganos del Servicio Civil y la Carrera Administrativa que ordena la Ley No. 70, quedó suspendida nuevamente.

jales (Arto. 178 Cn.). Regionales de la Costa Atlántica (Ley 28, inciso 19). 1.2. Funcionarios públicos elegidos indirectamente; 1.2.1. Magistrados y Conjueces de la Corte Suprema de Justicia (Arto. 138, inciso 7, Cn.). 1.2.2. Magistrados Propietarios y Suplentes del Consejo Supremo Electoral (Arto. 138, inciso 8o, Cn.). 1.2.3. Superintendente y Vicesuperintendente General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Miembros Propietarios y Suplentes del Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (Arto. 138, inciso 9, Cn.). 1.2.4. Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos (Arto. 138, inciso 9, Cn.). 1.2.5. Miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República (Arto. 156, párrafo 3o, Cn.). 1.2.6. Miembros del Consejo de Dirección del INE. 1.2.7. Miembros del Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua (Arto. 15 y 62, Ley No. 317). 1.2.8. Superintendente y Vicesuperintendente y miembros del Consejo Directivo de la Superintendencia de Pensiones (Arto. 14, Ley No. 388). 1.2.9. Fiscal General de la República y Fiscal General Adjunto (Arto. 138, numeral 9 Cn., Arto. 24 Ley No. 346). 2. Los Funcionarios Públicos Principales nombrados por la Junta Directiva de la Asamblea Nacional de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Asamblea Nacional. 3. Los Funcionarios Públicos Principales que integran la Dirección Superior de las Instituciones del Poder Ejecutivo y cuyo nombramiento y cese son atribuciones constitucionales o por ley, de la Presidencia de la República. Los Funcionarios Públicos Principales del Poder Ejecutivo a que se refiere la Constitución Política en el Artículo 130, párrafo 6to; son: 3.1. Ministros, Viceministros de Estado (Arto. 150, inciso 6, Cn) y Secretarios Generales (Arto. 11, Ley 290). 3.2. Secretarios de la Presidencia de la República (Arto. 11, Ley 290). 3.3. Secretarios Departamentales (Arto. 11, Ley 290) y Coordinadores Regionales (Ley 28, Arto. 19). 3.4. Los puestos de dirección nombrados que por ley le corresponden al Presidente de la República en los Entes gubernamentales descentralizados (Arto. 150, inciso 6, Cn.). 1 3.5. El Director General de la Policía Nacional (Arto. 80, Ley 228). 3.6. El Comandante en Jefe del Ejército de Nicaragua (Ley 181, Artículo 6, inciso 4 y Artículo 8, párrafo 10). 3.7. Presidentes y Directores Ejecutivos de las empresas públicas del Estado. 3.8. Embajadores de Nicaragua en el exterior (Arto. 150, inciso 6, Cn.). 4. Los Funcionarios Públicos Principales que integran los órganos jurisdiccionales y auxiliares del Poder Judicial y cuyo nombramiento y cese son atribuciones de la Corte de Justicia en Pleno. Los Funcionarios Públicos Principales del Poder Judicial a los que se refiere la Constitución Política en el Artículo 130, párrafo 6to; son: 4.1. Magistrados de los Tribunales de Apelaciones (Arto. 164, inciso 5o , Cn y Arto. 64, inciso 4o Ley 260). 4.2. Jueces de Distrito y Locales, propietarios y suplentes (Arto. 164, inciso 7o, Cn y Arto. 64, inciso 4to, Ley 260). 4.3. Médicos Forenses (Arto. 164, inciso 7o , Cn y Arto. 64, inciso 4to, Ley 260). 4.4. Registradores Públicos de la Propiedad Inmueble y Mercantil (Arto. 164, inciso 7o, Cn y Arto. 64, inciso 4to, Ley 260). 4.5. Magistrados y Jueces de la jurisdicción militar (Arto. 64, inciso 5to, Ley 260). 4.6. Directores de los Órganos Auxiliares (Arto. 64, inciso 6to, y Arto. 73, Ley 260) Secretario General Administrativo, Director Inspectoría Judicial Disciplinaria y Director y Sub Director Escuela Judicial.

5. Los Funcionarios Públicos Principales que integran los órganos auxiliares del Poder Electoral y cuyo nombramiento y cese son atribuciones del Consejo Supremo Electoral.

Los Funcionarios Públicos Principales del Poder Electoral a los que se refiere la Constitución Política en el Artículo 130, párrafo 6o ; son el Presidente, dos (2) miembros y sus respectivos suplentes de los Consejos Electorales Departamentales y los Consejos Electorales de las Regiones Autónomas (Arto. 16, Ley 211).

VI. Órganos del Servicio Civil

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La Ley en su Arto. 20 establece que el MHCP es el Órgano Rector del Régimen de Servicio Civil ejerciendo este rol a través de la Dirección General de Función Pública (DIGEFUP), sin embargo, éste artículo fue modificado por el Arto.153 de la Ley 550, "Ley de Administración Financiera y del Régimen Presupuestario"(La Gaceta, 2005), el que establece que la rectoría del Sistema de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa corresponderá a la Dirección General de Función Pública quien tendrá, en tal carácter, las atribuciones que le otorga la Ley No. 476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa y su Reglamento; y supletoriamente, las atribuciones que le otorga la Ley 290, Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, sus reformas y reglamento (La Gaceta, 1998).

2. Comisión de Apelación del Servicio Civil.

De acuerdo al artículo 16 de la ley, Comisión de Apelación del Servicio Civil, es un órgano de segunda instancia, encargado de conocer y resolver sobre los recursos administrativos presentados contra las resoluciones emitidas por las instituciones, dentro del ámbito de la Ley.

Este órganos está integrado por tres miembros electos por la Asamblea Nacional de ternas propuestas para cada cargo, por el Presidente de la República y por diputados de la Asamblea Nacional, en consulta con universidades, organizaciones sindicales del sector público y asociaciones de abogados, los cuales serán electos con el voto favorable de la mitad más uno del total de diputados que integran la Asamblea Nacional. El período de los miembros de esta Comisión será de cuatro años, contados a partir de su toma de posesión ante la Asamblea Nacional.

Entre las atribuciones que tiene la Comisión, de acuerdo al artículo 17, se encuentran: Conocer y resolver en segunda instancia recursos de apelación interpuestos por los servidores públicos en: a) Despidos en contravención a los derechos establecidos en la Constitución Política, en la ley de Carrera Civil y Carrera Administrativa, Código del Trabajo y Convención Colectiva, si corresponde.

La Comisión de Apelación del Servicio Civil goza de autonomía administrativa y financiera, sus gastos de funcionamiento están incluidos.

Por su parte la Comisión Nacional del Servicio Civil, está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como un órgano colegiado de carácter consultivo, cuya función principal será la de asesorar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las políticas y las normas en materia del Servicio Civil.

3. Comisión Nacional del Servicio Civil

La Comisión Nacional del Servicio Civil estará integrada de acuerdo al artículo 18 de la Ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa por: a) Un Delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quién la presidirá. b) Un Delegado de la Asamblea Nacional. c) Un Delegado de la Corte Suprema de Justicia. d) Un Delegado del Consejo Supremo Electoral. e) Un Delegado de la Asociación de Municipios, nombrado por AMUNIC. f) Un Delegado de cada una de las Regiones Autónomas, nombrado de su seno. g) Dos Delegados de las organizaciones sindicales del sector público designados por ellos mismos.

En caso de producirse empate en las sesiones al momento de la votación, el Presidente tendrá doble voto. Su funcionamiento se establecerá en el Reglamento de la presente Ley.

Las atribuciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil es a) Monitorear y evaluar la aplicación de la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa y su Reglamento. b) Proponer medidas para cumplir con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento y normas de desarrollo. c) Proponer a las instancias correspondientes, políticas y normas en materia del Servicio Civil. d) Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el análisis y la emisión de informes sobre los proyectos normativos y reglamentarios en materia de Servicio Civil, previo a la presentación a la autoridad competente para su aprobación. e) Invitar a funcionarios o empleados y/o asociaciones de funcionarios o empleados de la Administración del Estado y/o representantes de sectores de interés del Servicio Civil, para realizar procesos de consulta.

4. Instancias de Recursos Humanos

De conformidad con el Arto. 21 de la Ley 476, en cada institución de la administración del Estado existe una Instancia de Recursos Humanos responsable de aplicar las políticas en materia de recursos humanos e implantar el Sistema de Clasificación de Puestos, los Sistemas de Gestión de Recursos Humanos y la Carrera Administrativa en coordinación con el órgano Rector del Servicio Civil, es decir con la DIGEFUP. Dichas Instancias dependerán orgánicas, jerárquica y funcionalmente de la Autoridad Superior de cada institución.

Es importante señalar que la gestión de recursos humanos en el sector público tiene diferentes momentos, en el tiempo y el espacio, vinculados a las

condiciones económicas, políticas y sociales prevalecientes en un determinado país.

VII. Sistema de clasificación de puestos

La ley de Carrera Civil y Carrera Administrativa, en el capítulo II, artículo 22, establece la creación de un sistema de puesto, como un instrumento organizativo básico y de aplicación obligatoria para las instituciones de la Administración del Estado, el cual servirá de base en la definición y aplicación de los Sistemas de Gestión de Recursos Humanos.

El Sistema de Clasificación está integrado por tres grandes procesos:

1. Análisis y Descripción de Puestos.

2. Análisis y Valoración de Puestos.

3. Clasificación de Puestos.

Uno de los primeros pasos para la implementación del servicio civil, era el proceso de clasificación de puestos en la Administración Pública, la cual tiene por objetivo homogenizar los puestos o denominaciones en todas las instituciones de la Administración Pública; Ministerios, instituciones, entes descentralizados, desconcentrados, en todas en la que la Ley sea aplicable.

Además, de lograr la homogenización de los nombres, descripción de funciones de cada uno de ellos y ubicación por rangos (tomando en cuenta salarios y estudios realizados): Operativos, Ejecutivos y Directivos. Se tiene como fin primordial, homogenizar el sistema de retribución de los servidores públicos por el trabajo que realizan, es decir lograr la uniformidad de los salarios, a través de una política salarial equitativa y acorde a las capacidades, trabajo que desempeñan, experiencia y especialidades técnicas o científicas que posean los servidores públicos.

El Reglamento de la Ley 476 (Decreto 87-2004), determina claramente el procedimiento para la implementación del sistema de clasificación de puestos:

-El Sistema de Clasificación de Puestos de las Instituciones de la Administración tiene como objetivo el ordenamiento de los puestos, con base a su contenido organizativo, entendiéndose como tal: funciones, responsabilidad, complejidad e importancia relativa que cada uno de los puestos posee dentro de la institución de conformidad a la que establece el Manual de Procedimientos del Sistema.

El Sistema de Clasificación de Puestos de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, se fundamenta en los siguientes principios:

-Los procesos del sistema de clasificación de puestos se realizan de igual manera para todos los puestos que conforman la Administración del Estado,

garantizando con ello un mismo tratamiento (fundamentado en el arto. 27 de la Constitución Política).

-Equidad: Para garantizar este principio, se aplican criterios técnicos objetivos a fin de evitar sesgos en el análisis, redacción y elaboración de la descripción y del perfil requerido para el puesto.

-Legalidad: Es el carácter formal que mediante los procesos del Sistema define competencias, funciones, responsabilidades y deberes.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Instancia Rectora del Servicio Civil, dirige, supervisa y administra el Sistema de Clasificación de Puestos y los Procesos Técnicos que lo conforman, y es responsable de implantarlo en coordinación con las Instancias de Recursos Humanos de las Instituciones de la Administración del Estado.

Los puestos en las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, se clasifican a través de un conjunto de procesos técnicos articulados, que permiten la estructuración, descripción, análisis y ordenamiento de los mismos en base a sus funciones y atribuciones asignadas su importancia organizativa y posición que ocupan en la organización.

A. Proceso de Análisis y Descripción de Puestos

Proceso de Análisis y Descripción de Puestos, es el conjunto de actividades a través de las cuales se identifica, recolecta, analiza y registra información relativa a la misión funciones, actividades, relaciones y requisitos necesarios para el desempeño de un puesto.

Las Instancias de Recursos Humanos de las instituciones, en coordinación y bajo la conducción técnica de la Instancia Rectora del Servicio Civil, son las responsables de realizar el proceso de Análisis y Descripción de Puestos e implantar sus resultados.

Las instancias de Recursos Humanos de las instituciones para realizar el proceso de análisis y descripción de puestos, deben conformar un Equipo Técnico institucional con amplios conocimientos del que hacer de la institución.

La Instancia Rectora del Servicio Civil es responsable de capacitar a los miembros del Equipo Técnico institucional sobre la metodología y procedimientos relativos al Análisis y Descripción de Puestos, para la efectiva realización del proceso en la institución y su posterior actualización.

Las descripciones de puestos deben ser validadas y firmadas por el servidor público que ocupa el puesto objeto del estudio y por el superior inmediato de éste, posteriormente deben ser remitidas a la Instancia Rectora del Servicio Civil, para su valoración, clasificación y codificación de acuerdo a los procedimientos técnicos establecidos.

El Manual de Descripciones de Puestos, es la recopilación de las descripciones de puestos de cada unidad administrativa de la institución, y debe ser aprobado por la Instancia Rectora del Servicio Civil. El Manual de cada insti-

tución, debe ser actualizado por las instancias de Recursos Humanos y remitir actualización a las instancias Rectora del Servicio Civil.

La actualización de los Manuales de Descripciones de Puestos debe realizarse en función de los cambios estructurales, organizativos y/o tecnológicos que se produzcan como consecuencia de la reforma y modernización de la Administración del Estado, lo que puede generar:

-Creación a eliminación de puestos.

-Modificación en los contenidos organizativos y denominaciones de los puestos.

El Proceso de Análisis y Valoración de Puestos, es el conjunto de actividades que de forma centralizada desarrolla la Instancia Rectora del Servicio Civil para valorar los puestos de las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley.

En esta valoración se toman en cuenta los factores técnicos requeridos para el desempeño de los puestos, siendo éstos: conocimientos, experiencia, habilidades, y nivel responsabilidad. Los resultados se expresan de forma cuantitativa e implican la asignación de un nivel de complejidad.

El Comité Técnico de Valoración, está integrado por un equipo de técnicos especialistas de la Instancia Rectora del Servicio Civil, quienes son los responsables de analizar y valorar el contenido de trabajo de los puestos conforme a la metodología y procedimientos establecidos por el órgano Rector del Servicio Civil.

VIII. Formas de ingreso al Servicio Civil en la Administración Pública según la DIGEFUP

1.Sistema de Provisión de Puestos

La Ley 476 y su Reglamento definen la Provisión de Puestos, como el conjunto de actividades mediante las cuales las instituciones de la Administración del Estado, comprendidas en el ámbito de la Ley, captan y evalúan a los aspirantes a plazas vacantes de puestos determinados.

Está conformado por los procesos de reclutamiento, selección y contratación, que garantiza la captación, evaluación, escogencia y nombramiento del personal, para ocupar puestos en las instituciones del ámbito de aplicación de la Ley.

En el proceso de provisión, puede participar toda persona sin distinción de raza, sexo, color, credo político o religioso o cualquier otra circunstancia que no sea el mérito y la capacidad.

Para que la Instancia de Recursos Humanos planifique y desarrolle un proceso de provisión, se deben cumplir las siguientes condiciones:

-Conocer el Plan Estratégico Institucional y el Plan Operativo Anual.

-Que la plaza esté debidamente presupuestada.

*-Que la máxima autoridad del área manifieste expresamente la necesidad de cobertura de la plaza.

Los procesos de provisión de puestos que se desarrollen en las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, deben cumplir con los siguientes principios:

Mérito: Es el conjunto de conocimientos, experiencia y características individuales necesarias que debe tener el aspirante para optar a una plaza, conforme los requisitos del puesto.

Igualdad: Es la participación de todas las personas que aplican para optar a una plaza, sin discriminación por sexo, raza, edad, credo político, religión, origen, posición económica o condición social u otra razón.

Capacidad: Es la garantía de que las elección entre los aspirantes a una plaza, recae en la persona con mayor preparación y mérito para desempeñar el puesto.

Equidad: Es la igualdad de trato y condiciones que se da a las personas que participan en el proceso de provisión.

Además, define el término reclutamiento,como el proceso de búsqueda y captación amplia de personas que se realiza por diversos medios, con el propósito de disponer del mayor número de candidatos que reúnan los requisitos para optar a plazas vacantes de los puestos en las Instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley.

La Selección, es el proceso mediante el cual se elige entre los candidatos a la persona más idónea para desempeñar el puesto. Además, es el resultado de la verificación y análisis de adecuación de los candidatos a los requisitos establecidos, mediante la revisión documental, entrevistas, aplicación de pruebas técnicas y psicotécnicas que se estimen convenientes, de acuerdo a la tipología del puesto a ocupar.

Se puede ingresar también, de forma extraordinaria.

2. Convocatoria para optar a puestos de trabajo dentro de la función pública

La Convocatoria para Procesos de Provisión, se define como la comunicación a través de la cual se dan a conocer las plazas vacantes de los puestos de Carrera Administrativa objeto de un proceso de provisión, así como los pasos a seguir y requisitos a cumplimiento para participar en el mismo.

La convocatoria debe ser abierta y tener la mayor difusión posible, con el fin de facilitar el conocimiento del proceso de provisión y estimular la partici-

pación de todas las personas interesadas que reúnan los requisitos del puesto, ya sean estas internas o externas a la Administración del Estado.

La convocatoria para la provisión de plazas vacantes, deberá tener publicidad tanto a lo interno de las Instituciones en la Administración del Estado como en el ámbito externo; utilizando los medios de comunicación que permitan maximizar su difusión.

La convocatoria para la provisión de una o más plazas vacantes de un determinado puesto, deberá contener:

a) Número y características de los cargos convocados (Número de plazas a llenar y ubicación geográfica de las mismas).

b) Descripción de los méritos y experiencias evaluadas.

c) Programa de materiales sobre los que versarán los ejercicios de carácter teórico práctico.

d) Descripción de las pruebas y sistemas de evaluación.

e) Plazos y lugares de presentación de la solicitud, así como el modelo de las mismas y autoridad u organismo al que debe dirigirse.

f) Requisitos que deben reunir las personas aspirantes.

g) Características del puesto que debe contener entre otras: denominación, tipología, nivel de responsabilidad, misión, funciones y área organizativa en la que se ubica.

h) Formación académica, experiencia laboral previa y conocimientos específicos requeridos para el desempeño del Puesto.

i) Contenido y documentación soporte que debe acompañar a las solicitudes.

j) Lugar y fecha establecidos para la presentación de solicitudes, realización de pruebas y entrega de los resultados del proceso.

k) Requisitos de ingreso a la Carrera Administrativa, de conformidad a lo establecido en la Ley y el presente Reglamento.

Los órganos competentes para la Gestión de convocatoria y procesos selectivos, son las instancias de Recursos Humanos de cada Institución, quienes gestionarán las convocatorias y proceso selectivos para la cobertura de plazas vacantes.

La instancia de Recursos Humanos de cada Institución, será la responsable de informar a las personas interesadas en participar en los proceso de provisión; elaborar las convocatorias; definir criterios y puntuaciones para la selección, diseñar y aplicar las pruebas en coordinación con la máxima autoridad del área en que se ubica la plaza a cubrir; recibir y analizar la evaluación técnica de las mismas, en base a los criterios y puntuaciones previamente establecidas en la convocatoria.

Los modelos de convocatorias y pruebas, serán proporcionada por el ente rector, la DIGEFUP, los criterios generales sobre los cuales las instancias de RRHH, diseñarán e implementarán los modelos.

Para la selección de aspirante a ocupar plazas de puestos vacantes en la Administración Pública, se debe constituir el Comité de Selección, el cual debe de garantizar el cumplimiento de los principios y objetivos de la provisión de puestos. En cada proceso se constituye un Comité de Selección distinto.

Dicho Comité estará integrado por un representante de la Instancia de RRHH, un representante del área donde se ubica la plaza a proveer y un funcionario o empleado del área con suficiente calificación técnica, conocimiento amplio de las funciones y particularidades del puesto, y nivel de responsabilidad igual o superior al de la vacante a cubrir y un delegado del sindicato o representante de los funcionarios y empleados para garantizar la objetividad y aplicación de criterios técnicos en la evaluación de los requerimientos exigidos para el desempeño del puesto.

Concluido el Proceso de Provisión, toda la información y resultados obtenidos deben quedar bajo la custodia de la Instancia de Recursos Humanos de cada Institución, la cual es responsable de notificar a los participantes los resultados finales del proceso.

Los resultados del referido proceso de selección, estará bajo absoluta confidencialidad por parte del comité, quienes por ningún motivo podrán divulgar en medios de comunicación información o resultados sobre el proceso, sin embargo, la Ley prevé que a solicitud del participante se otorgue copia de resolución motivada y fundamentada en las reglas contenidas en la convocatoria, a fin de que puedan hacer uso de los recursos administrativos que la Ley 476 y su Reglamento establecen en caso de no estar de acuerdo con los resultados del proceso.

Una vez escogido el o la candidata aspirante a ocupar el puesto vacante, más idóneo y con mejores calificaciones de las pruebas realizadas, según lo establecido en el Manual de Procedimiento y descripción de Puesto de cada Institución, se notifica a través de RRHH la resolución y se orienta la contratación del nuevo servidor público.

Especificando, en el contrato el período de prueba según la normativa interna de la Institución, a fin de ingresar a la carrera administrativa. Durante éste período de prueba, la instancia de RRHH se encargara del proceso de inducción, a fin de que el nuevo recurso se adapte al trabajo y conozca la naturaleza y desarrollo de las funciones del puesto para el cual fue contratado.

Una vez finalizado el período de prueba e inducción, el área de RRHH procederá a informar al ente rector del servicio civil (DIGEFUP), que proceda a acreditar al nuevo funcionario o empleado, con el propósito de que éste goce de los derechos y prerrogativas que su estatus de servidor público de carrera le concede, de conformidad a la Ley.

3. La contratación

La Contratación, es el acto administrativo que la Instancia de Recursos Humanos realiza previa aprobación de la autoridad competente, para formalizar el ingreso del personal a la institución. Siendo este:

1) Personal transitorio, de proyecto y de confianza.

2) Personal seleccionado a través de un proceso de provisión para ingresar a la carrera administrativa. En este caso, el contrato debe establecer el período de prueba, de conformidad a lo dispuesto en el Arto. 94 de la Ley.

Los servidores públicos podrán también ingresar a la función pública mediante nombramiento efectuado por la autoridad competente.

4. Creación del Expediente:

Una vez que el servidor público ha sido contratado o nombrado mediante acto administrativo realizado por la autoridad competente, la Instancia de Recursos Humanos será responsable de abrir, alimentar y mantener actualizado el expediente, incorporando la documentación soporte de su vida laboral, antecedentes, información de su ingreso, desarrollo y retiro, así como del resguardo y custodia.

El Expediente de los servidores públicos tiene como objetivo recopilar información personal, académica y laboral que evidencie su formación, experiencia y desarrollo profesional, a fin de facilitar la gestión y desarrollo de los recursos humanos al servicio de la Administración del Estado, para lo cual debe contener:

Datos personales.

Datos laborales (incluye experiencia en el sector privado y público).

Datos académicos. Publicaciones. Reconocimientos y sanciones.

Toda la información señalada anteriormente, debe ser verificada por las Instancias de Recursos Humanos. Además, el o la aspirante debe llenar la solicitud de ingreso, presentando la documentación, que avale la preparación académica, experiencia laboral y datos requeridos para optar al puesto.

IX. Sistema de Gestión del Desempeño de los servidores públicos

El Sistema de Gestión del Desempeño, en su artículo 29 de la Ley No. 476, es un "...sistema de gestión del personal de las Instituciones de la Administración del Estado, es un proceso directivo y sistemático que permite analizar y evaluar el desempeño de los funcionarios y empleados, en sus respectivos puestos, durante un período determinado, con base a los principios de mérito, igualdad y equidad..."

Al mismo tiempo es el instrumento de dirección, que permite gestionar y evaluar de forma sistemática el desempeño de los funcionarios y empleados en sus respectivos puestos durante un período determinado.

Los procesos de Gestión del Desempeño que se desarrollen en las instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley deben cumplir con los siguientes principios:

Mérito: Es el conjunto de cualidades y habilidades del Servicio Público que se obtienen como resultado del proceso de Evaluación al Desempeño, que le permite hacer carrera en la Administración del Estado.

Igualdad: Los procesos del Sistema de Gestión del Desempeño se realizarán a todos los funcionarios y empleados de la Administración del Estado, acorde al nivel de responsabilidad, garantizando el tratamiento correspondiente al cargo sin distingos de sexo, raza, edad. Credo político, religión, origen, posición económica o condición social u otra razón.

Equidad: Para garantizar este principio se aplican los criterios técnicos necesarios a fin de evitar sesgos en la redacción, análisis y evaluación del Servidor Público.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atendiendo propuesta de la Instancia Rectora del Servicio Civil, de acuerdo a las funciones y atribuciones que le confiere la Ley, debe establecer la normativa, procedimientos y metodologías que definan los criterios generales que rigen el Sistema de Gestión del Desempeño, sin perjuicio de que las Instituciones puedan incorporar elementos propios, conforme a la naturaleza de su actividad.

Los funcionarios del Servicio Directivo y en general todos aquellos servidores públicos que tengan personal bajo su responsabilidad, en cada una de las instituciones del ámbito del Servicio Civil, contando con el apoyo técnico de la Instancia de Recursos Humanos de la institución, deberán cumplir con lo establecido en el Arto. 29 de la Ley.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Instancia Rectora del Servicio Civil, es la instancia responsable de normar, y supervisar el Sistema de Gestión del Desempeño.

Sin embargo, el personal dirigente y todos aquellos servidores públicos que tienen personal bajo su responsabilidad en las Instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, son responsables directos de gestionar el desempeño del personal subordinado y elaborar los planes de desarrollo con base a los resultados obtenidos por el mismo.

La Instancia de Recursos Humanos debe brindarles el apoyo necesario para ejecutar los Procesos Técnicos del Sistema de Gestión del Desempeño, de acuerdo a la metodología y procedimientos establecidos por la Instancia Rectora del Servicio Civil.

La Evaluacióndel Desempeño se basa en la valoración de dos parámetros fundamentales, cuya evaluación global constituye la calificación final de la persona:

Objetivos cuantitativos: Son los resultados concretos que la Institución establece a cada funcionario o empleado, derivados del ejercicio de las funciones asignadas al puesto que ocupa y/o en función de los objetivos del área, para un periodo determinado. Deben ser medibles y alcanzables.

Objetivos cualitativos: Son las competencias o características y comportamientos personales requeridos para el desempeño efectivo de un puesto, en función de las particularidades del que hacer de la Institución y que ésta define a cada funcionario o empleado para ser desarrollados en un período determinado.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Instancia Rectora del Servicio Civil debe coordinar con las autoridades superiores y las Instancias de Recursos Humanos de las Instituciones de la Administración del Estado del ámbito de la Ley, el desarrollo de las acciones pertinentes para la implantación del Sistema de Gestión del Desempeño, de acuerdo a la estrategia y prioridades de implantación que se definan.

El Procesos del Sistema de Gestión del Desempeño, comprende tres procesos que se llevan a cabo en un ciclo anual, siendo éstos:

1. Planificación: Se establecen los objetivos por cuya consecución será evaluado el desempeño de los funcionarios y empleados.
2. Apoyo y Seguimiento: Se revisa parcialmente la consecución de objetivos, identificada, previa a la evaluación final, posibles obstáculos, estableciendo los planes de acción necesarios para superarlos. Es, por tanto, una fase de retroalimentación permanente entre el personal directivo y el personal subordinado que tiene como propósito facilitar el cumplimiento final de las metas establecidas.
3. Evaluación: Es la valoración del desempeño individual de los funcionarios y empleados con base a los objetivos definidos en el proceso de planificación, cuyos resultados se expresan en una calificación que representa el nivel del desempeño alcanzado por cada persona evaluada.

1) Para realizar cursos o estudios profesionales sin goce de salario, de interés personal cuya duración no exceda del periodo establecido en el Plan de Estudio de éstos. En este caso, el servidor público estará obligado a presentar la documentación que soporte su aceptación o inscripción en el centro de estudió correspondientes y los reportes del rendimiento obtenido.

   En este supuesto, el otorgamiento de la excedencia, quedará a la discrecionalidad de la autoridad administrativa competente. Por razones de estudio, la excedencia no podrá ser solicitada dentro de un plazo inmediato posterior que sea inferior a dos veces el plazo de la excedencia otorgada previamente.

2) Cuando el funcionario o empleado es seleccionado para desempeñar un puesto de confianza dentro de la Administración del Estado.

3) Cuando participa como candidato para optar y/o desempeñar un cargo de elección popular, en el caso que resulte electo, sin perjuicio de lo que establecen las leyes propias de la materia.

   En estos casos, la autorización del permiso se otorgará considerando el tiempo máximo del desempeño en el cargo a ocupar, debiendo presentar los documentos probatorios extendidos por la autoridad competente.

4) Cuando el funcionario o empleado necesite brindar acompañamiento o atención por enfermedad grave, debidamente comprobada, de su cónyuge o familiares dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad por un período mayor a los seis días.

   Salvo que no hubiere provisión de puestos disponibles correspondientes al nivel del servidor público, la situación de excedencia no podrá extenderse por un plazo superior a tres años, Se exceptúan de esta disposición los casos de servidores públicos que desempeñen cargos de elección popular.

5) Siempre que obtenga permiso sin goce de salario y se establezca su regreso al mismo puesto.

X. Derechos de los Funcionarios y Empleados

La Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa en su artículo 37 nos plantea diversos Derechos, entre los cuales es pertinente mencionar:

Los Funcionarios y Empleados tienen derecho a estabilidad en el puesto de trabajo, a un trato justo y respetuoso de parte de todo el personal de la institución, así como de sus superiores como de sus compañeros. Además recibir una remuneración de acuerdo al cargo que ejerce y la norma salarial de las Instituciones de la Administración del Estado, poseer condiciones de higiene y de seguridad ocupacional, conocer manuales, normas o cualquier reglamento de gestión.

Así también, derecho a la libre organización sindical, fuero sindical, negociación colectiva etc., todas las garantías sindicales, derecho a realizar huelgas, de lo cual podemos decir que es un gran avance de nuestra legislación ya que en la Ley anterior no se tenía dicho derecho y el derecho a tener acceso de su expediente laboral y el poder realizar reclamos, ajustes o complementar información, así como obtener copias o certificación incluidos en dicho expediente.

XI. Deberes de los Funcionarios y Empleados

Al Igual que los derechos que poseen los funcionarios y Empleados de la Administración, sus deberes también encuentran asidero legal en la Constitu-

ción, el Código del Trabajo y en La Ley Del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, específicamente en el artículo 38 de dicha ley.

Este articulo menciona el respeto y la lealtad a las normas correspondientes, cumplir con el horario establecido, las obligaciones propias de su cargo, reguardar una conducta diligente, atender los reclamos de la población, inhibirse en asuntos q sean de su carácter personal y haya interés personal de por medio.

Al mismo tiempo evitar cualquier acción u omisión que contravengan las leyes o causen perjuicios a la administración y a los ciudadanos, lo que cómo consecuencia podría desencadenar un procedimiento disciplinario para determinar su responsabilidad y si esta acarrea responsabilidad Civil o hasta Penal.

XII. Jornadas de Trabajo

En Nicaragua, existen 3 tipos de jornadas, las cuales se encuentra debidamente reguladas en el Código del Trabajo, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa de las cuales el servidor público ha de someterse a una de éstas.

Tipos de Jornadas: Ordinaria: Diurna: 8 h por día, no más de 48 h sem. Nocturna: 7h por día, no más de 42 h sem. Mixta: 7 ½ por día, no más de 45 h sem.

Reducida: Si la Administración del Estado reduce la jornada, se continúa pagando el salario completo a la Servidores Públicos.

Interrumpida: Causa de fuerza mayor o fortuito, el tiempo no laborado se computará como efectivamente trabajado.

Los Servidores Públicos también tienen Derecho a:

Descanso entre jornadas: el cual puede dividirse en dos periodos o ser continua, teniendo una hora de descanso en ambos casos, para la continua se computa como tiempo de efectivo trabajo, artículo 40, Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa.

Descanso Semanal: Por cada seis días de trabajo u horario equivalente, el Servidor tiene derecho a disfrutar de un día de descanso, art 43, Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa.

Vacaciones. Las vacaciones para los Servidores públicos, así como para cualquier trabajador son irrenunciables e imprescriptibles, artículo 45, y en caso de retiro por cualquier causa se le deberán pagar las no disfrutadas. Así mismo los permisos, licencias y demás descansos se computarán para efectos del goce de vacaciones.

Salario. La Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa dispone lo siguiente en su artículo 46: “El salario del servidor público se pagará mensualmente en moneda de curso legal en día de trabajo en su centro de trabajo a través del medio de pago que disponga la Administración del Estado. El salario mínimo y las prestaciones sociales son inembargables excepto para protección

de su familia. Del salario sólo se podrán hacer las deducciones legales y las retenciones ordenadas por los jueces en concepto de alimentos, o de cualquier otra circunstancia salvo los porcentajes establecidos anteriormente. Y además el salario es incompatible con el goce simultáneo de dos o más pensiones o el disfrute de una pensión simultánea con un sueldo o remuneración proveniente del ejercicio de un cargo público.

XIII. Causas para Perder la Condición de Funcionario o Empleado de Carrera

En cuanto a las causas para perder la condición ya sea de funcionario o empleado de la carrera, La Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa dispone:

- La renuncia del empleado o funcionario.
- Haber sido despedido por haber cometido una o alguna de las faltas muy graves establecidas en la Ley 476.
- Jubilación o invalidez.
- Fallecimiento o incapacidad permanente.
- Por reestructuración o reorganización institucional.
- Inhabilitación por despido.

En un mes prescribe el derecho del servidor público de reclamar el reintegro, término que empieza a contarse desde que le es notificada la resolución firme que ordena el cese de la relación laboral.

-RENUNCIA

La renuncia, será considerada renuncia al puesto; la pérdida voluntaria de la relación de empleo interpuesta por el funcionario o empleado de forma escrita con quince días calendario de anticipación ante su superior inmediato, quien deberá remitirla a la Instancia de Recursos Humanos en un plazo de veinticuatro horas para que sea tramitada; siempre y cuando no sea interpuesta por un servidor público que esté sujeto a proceso disciplinario o suspendido.

De no ser interpuesta de la manera planteada en el párrafo anterior, será considerado abandono del servicio con efectos disciplinarios correspondientes. La renuncia no inhabilita para participar como aspirante en las pruebas selectivas de nuevo ingreso en las Instituciones de la Administración del Estado.

Cabe destacar, en los casos de renuncia del trabajador; según el arto. 73 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, el servidor público tendrá derecho al reconocimiento de su antigüedad, y dicho reconocimiento no afectará su futura participación en cualquier proceso de provisión para un puesto determinado.

JUBILACIÓN

De acuerdo con el artículo 64 de la Ley de carrera administrativa municipal en los casos de jubilación, el funcionario tiene derecho a los beneficios que se establezcan para ellos en la normativa correspondiente.

Lo cual nos remite a la Ley de seguridad social, los funcionarios públicos acceden a la pensión de jubilación de igual forma que los demás trabajadores. La ley determina que se puede acceder a la jubilación o pensión de vejez al cumplir los 60 años de edad y acredite 750 semanas cotizadas o 65 si se posterga.

INCAPACIDAD Y FALLECIMIENTO

Lo que respecta a la incapacidad causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional; en tal caso el trabajador en un término de tres años como máximo podrá reclamar y por lo tanto ejercer su derecho a ser indemnizado, puesto que pasado los años mencionados prescribe el derecho en cuestión.

Podrán reclamar la indemnización correspondiente, las personas que estén registradas como beneficiarias en el expediente laboral del fallecido y que dependiesen económicamente del mismo si éste falleciere por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Dicho plazo prescribe en un término de tres años contados desde la fecha del fallecimiento.

DESPIDO E INHABILITACIÓN.

En lo referente a los despidos por causa justa, están supeditados a la Comisión por parte del servidor público de las faltas muy graves tipificadas en la Ley 476, la cual debe ser debidamente comprobada y tramitada de acuerdo al procedimiento disciplinario establecido en la misma.

La inhabilitación es cuando por la comisión de delitos contra la Administración pública, sea encontrado culpable y condenado a prisión el Servidor Público. Así mismo la inhabilitación se empleará cuando dicho Servidor habiendo cesado en un cargo público, se le encontrase culpable de este tipo de delito.

REESTRUCTURACIÓN O REORGANIZACIÓN

El cese de funciones por procesos de reestructuración o reorganización, se produce a nivel del Estado o de una institución.

En estos casos los funcionarios y empleados públicos que sean afectados serán indemnizados de acuerdo a lo establecido en la Ley y en el respectivo Convenio Colectivo.

La ley 476, establece que en concepto de indemnización se pagará un mes de salario por cada uno de los primeros tres años de servicio a partir del fin del período de prueba; veinte días de salario por cada año de servicio a partir del

cuarto año; las fracciones entre los años de servicio se liquidarán proporcionalmente. En ningún caso la indemnización será menor de un mes ni mayor de cinco meses, todos calculados en base al salario de nivel más antigüedad. Lo anterior es sin perjuicio de lo que determine el convenio colectivo de cada institución.

Aquellos servidores públicos que al ser despedidos consideren que sus derechos están siendo violentados, ante la falta de la Comisión de Apelación del Servicio Civil, instancia que deberá conocer los recursos de apelación en segunda instancia para agotar la vía administrativa interna, de conformidad a lo establecido en el arto. 65 de la Ley no. 476, podrán recurrir de amparo en los casos de violación de las garantías constitucionales y a las autoridades laborales en los casos de contravención a las Leyes y/o Convención Colectiva; esto no perjudica el derecho de recurrir a la vía jurisdiccional.

XIV. Regimen diciplinario de los servidores públicos de carrera

La Ley No. 476, en sus Capítulos III y IV establece los derechos, deberes y régimen disciplinario de los servidores públicos, entre los que se destaca el Procedimiento Disciplinario de primera instancia.

En este sentido, la Ley No. 476, dispone el Procedimiento Laboral Especial en el caso de los Servidores Públicos, en los Artos 56 al 65, regulando los pasos que se deben de agotar a fin de dirimir los actos de indisciplina en que incurren los servidores públicos, los que se conocen en primera instancia ante la Comisión Tripartita, agotándose la vía administrativa en la Comisión de Apelación del Servicio Civil.

El articulo 47 de la Ley No.476, el Régimen Disciplinario establecido en la misma, se entiende sin perjuicio de la responsabilidad civil o de presunción de responsabilidad penal en que puedan incurrir los funcionarios y empleados públicos por los daños causados al patrimonio de la Institución o a terceros y por la comisión de delitos o faltas.

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Los funcionarios y empleados públicos incurrirán en responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de las atribuciones y deberes que le corresponde por razón de su puesto. Así mismo, incurrirán en falta disciplinaria cuando cometan acciones u omisiones que contravengan las normas de carácter disciplinario, preceptuadas en la Ley No.476, todo de conformidad a lo establecido en el Arto.49 de la misma.

En la Ley Orgánica de la Contraloría, en los artículos 9, 73, 77 y siguientes de dicha ley, definen las causas por las cuales se establece la responsabilidad y el tipo de sanción que se puede imponer al Servidor Público incurrente.

XV. Recursos Administrativos:

La Ley 476 y su Reglamento, contemplan tres situaciones por las cuales las y los servidores públicos pueden hacer uso de los recursos administrativos de Revisión y Apelación, cuando están inconforme con las resoluciones emitidas por la Institución, a saber:

1) Resolución del Comité de Selección (Arto. 90 Ley 476 y 96 del Reglamento)
2) Resolución de Evaluación de Desempeño (Arto. 99 Ley 476 y 109, 110 del Reglamento).
3) Resolución de la Comisión Tripartita Disciplinaria, por la comisión de faltas graves y muy graves que amerite la cancelación del contrato de trabajo o la suspensión temporal sin goce de salario (Arto. 64 Ley 476).

En el primer caso, la Ley le concede a la persona que haya participado en el proceso de provisión de puestos vacantes y que no haya sido seleccionada por el Comité, podrá recurrir de revisión ante el Comité de selección y de apelación sobre dichos resultados ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil.

Si la calificación obtenida no es satisfactoria para el evaluado, éste puede interponer recurso de revisión ante la Instancia de Recursos Humanos de la Institución, en un plazo máximo de 3 días hábiles a partir de que le fue comunicada la calificación resultante de la evaluación de su desempeño por su jefe inmediato o por la autoridad inmediata superior de éste.

La Instancia de recursos humanos resolverá el recurso, previa consulta con el evaluador y la autoridad inmediata superior del mismo, en un plazo máximo de 5 días hábiles, a partir de la admisión del recurso de revisión interpuesto por el servidor público afectado.

Los funcionarios y empleados que estén en desacuerdo con la resolución dictada por la Instancia de Recursos Humanos en el proceso de revisión, pueden interponer recurso de apelación, ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil, que debe tramitarse de conformidad al procedimiento establecido en el Reglamento.

En la segunda situación, los servidores públicos, pueden hacer uso de los recursos que establece la Ley y su Reglamento, sí los resultados de la evaluación de desempeño resultan deficientes, procediendo conforme al procedimiento administrativo y judicial correspondiente. Éste proceso tiene su fundamento en el numeral 5 del artículo 55 de la Ley, que dice: “Se consideran faltas muy graves y serán sancionadas, conforme lo establecido en el artículo 51, numeral 3 de la Ley, … Evaluaciones de desempeño deficiente por dos períodos anuales consecutivos…”. Faltas muy graves que tendrán como con-

secuencia la cancelación del contrato de trabajo o la suspensión temporal de entre uno a tres meses sin goce de salario, siempre que se realice el debido proceso administrativo disciplinario.

Tanto la Ley 476 y Reglamento como la Ley 290 "Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo", determinan la definición de Recurso de Revisión y Apelación, así como el procedimiento y los plazos para presentarlos ante las instancias competentes.

En el tercer caso, por la comisión de faltas graves y muy graves descritas en la Ley, en las que incurriera cualquier servidor público, se llevará a cabo el siguiente Procedimiento Disciplinario, en base al capítulo IV de la Ley 476, que dispone en el arto. 56 y en los sucesivos lo siguiente, así como lo dispuesto en el Reglamento Decreto 87-2004:

Comisión de Faltas: Cuando un servidor público incurre en una acción tipificada como falta grave o muy grave conforme lo establecido en los artículos precedentes, el jefe inmediato donde labore el servidor público afectado, deberá, dentro de los diez días hábiles siguientes de haber tenido conocimiento del hecho, enviar a la Instancia de Recursos Humanos de la institución, un informe escrito que denuncie los hechos acontecidos indicando los medios de prueba y el criterio de por qué el hecho constituye falta y por lo tanto solicita el Representación de la Institución en el Proceso Disciplinario (arto. 57 Ley 476): La Instancia de Recursos Humanos representada por su Director, será el órgano designado en las instituciones de la Administración del Estado para dirigir los procesos disciplinarios y estará facultada, si lo estima conveniente, a delegar mediante carta poder a otro funcionario de la institución, para que participe en el proceso de investigación, clasificación y sanción de las faltas.

Recepción del Informe (arto. 58 Ley 476): Una vez recibido el informe por la Instancia de Recursos Humanos, previo análisis y valoración del mismo, en un término de tres días hábiles, decidirá si existe mérito para iniciar el proceso de sanción administrativa o si el hecho denunciado constituye falta leve, en cuyo caso dicha instancia mandará archivar las diligencias e informará al jefe del servidor público.

Admisión de la queja e inicio del Proceso Disciplinario (Arto. 59 Ley 476): Si la Instancia de Recursos Humanos califica el hecho cometido por el servidor público como una falta grave o falta muy grave, dará inicio al proceso de investigación, en un término de tres días hábiles, convocando mediante notificación la integración de la Comisión Tripartita.

Comisión Tripartita (arto. 60 Ley 476): La Comisión Tripartita estará constituida por un representante del servidor público afectado el cual puede ser un directivo del sindicato al que pertenece el servidor público, o un representante que éste elija si no está sindicalizado: un representante de la Inspectoría del Ministerio del Trabajo y un delegado de la instancia de Recursos Humanos de la Institución.

Período de Pruebas (arto. 61 Ley 476): Constituida la Comisión está notificará al servidor público entregándole copia de la denuncia y del expediente formado, para que dentro del término de tres días hábiles exprese lo que tenga a bien. Una vez agotado este trámite la Comisión abrirá a pruebas el proceso por el término de ocho días hábiles, el cual se podrá prorrogar a solicitud de parte por cuatro días más; las partes, presentarán todas las pruebas que consideren pertinentes.

Resolución (arto. 62 Ley 476): Vencido el período de prueba, la Comisión Tripartita en el término de tres días hábiles deberá emitir su resolución por mayoría de sus miembros. La resolución deberá motivarse, indicando y razonando las pruebas que acreditan la existencia o inexistencia de la falta. La oscuridad, incoherencia o falta de la motivación acarrea la nulidad de la resolución.

Ejecución (arto. 63 Ley 476): De la resolución de la Comisión Tripartita, la Instancia de Recursos Humanos procederá a ejecutarla conforme los acuerdos tomados.

Notificación (arto. 64 Ley 476): La resolución de la Comisión Tripartita, deberá notificarse a las partes en el término de veinticuatro horas. En la notificación se incluirá íntegramente el texto de la resolución y deberá prevenir al servidor público del recurso a que tiene derecho a interponer ante la Comisión de Apelación del Servicio Civil dentro del término de tres días hábiles después de notificado. El recurso deberá expresar los agravios y las supuestas violaciones a la Constitución o ilegalidad que se hayan producido en la adopción de la resolución recurrida. Asimismo, tendrá derecho a pedir la suspensión de los efectos jurídicos de la resolución recurrida, hasta que haya resolución en segunda instancia.

Procedimiento (arto. 65 Ley 476): El procedimiento para tramitar el recurso de apelación será establecido en el Reglamento de la presente Ley.

La resolución de la Comisión de Apelación del Servicio Civil agota la vía administrativa interna. El interesado podrá recurrir de amparo en los casos de violación de las garantías constitucionales y a las autoridades laborales en los casos de violación a las leyes y/o convención colectiva, sin perjuicio del derecho de recurrir a la vía jurisdiccional.

Inhabilitación (Arto. 66 Ley 476): Cuando por la comisión de delitos contra la administración pública del Estado el servidor público sea encontrado culpable y consecuentemente condenado a pena privativa de libertad. La misma inhabilitación se aplicará cuando habiendo cesado en un cargo público se le demuestre la comisión de este tipo de delito.

Pero además, el Reglamento dispone que la separación temporaldel Servidor Público (Arto. 75), se da una vez que la instancia de Recursos Humanos ha iniciado el procedimiento disciplinario contra un servidor público, el jefe inmediato de éste, dependiendo de la naturaleza de las funciones que desempeña y tomando en consideración las afectaciones o daños que su permanen-

cia puede causar a la institución, tiene la opción de solicitar a la Instancia de Recursos Humanos la separación del servidor público de sus funciones con goce de salario, con el fin de proteger los intereses de la institución y asegurar las investigaciones y demás trámites pertinentes al caso.

La Instancia de Recursos Humanos debe pronunciarse sobre la solicitud de separación del servidor público, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la misma.

Que el Registro de la Resolución firme y ejecutoriada emitida por la Comisión Tripartita, sobre las causas imputadas al funcionario o empleado afectado por un proceso disciplinario, se registrará en el expediente laboral, indicando los hechos que la motivaron (Arto. 76).

En cualquier fase del proceso disciplinario, si la Comisión Tripartita valora que la falta imputada al servidor público puede ser presunta causal de responsabilidad civil, penal o administrativa, lo pondrá en conocimiento de Recursos Humanos para que ésta, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Institución y con autorización de la máxima autoridad administrativa de las misma, lo denuncie a la Procuraduría General de la República, la Contraloría General de la República o cualquier otra instancia competente, sin que ello interrumpa la tramitación del proceso disciplinario, salvo que así se dispusiera por resolución judicial. (Arto. 77 sobre el Traslado de Causa).

La responsabilidad disciplinaria, determinada mediante resolución firme y ejecutoriada, se extingue por el cumplimiento de la sanción, el fallecimiento del funcionario o empleado, o la prescripción de las acciones para imponer la sanción (Arto. 78).

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel (1981), Teoría General del Derecho administrativo, México, Porrúa.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ (2000), Ley 29, de 13 de julio de 1998, del Proceso Contencioso-administrativo. Comentarios y Jurisprudencia, Granada, Comares. ALBADALEJO CAMPOY (1980), –Pasado, presente y futuro de la función pública española. Una propuesta de reforma–, en Cuadernos Económicos del ICE, núm. 13,1980.

ALESSI (1970), Instituciones de Derecho Administrativo I, trad. de Pellisé Prats, Barcelona, Bosch.

ALONSO DE ANTONIO, y ALONSO DE ANTONIO (1998), Derecho Constitucional Español, 2a. ed., Madrid.

ÁLVAREZ GARCÍA, y DUARTE MARTÍNEZ (1997), Administración pública y electricidad, Madrid, Civitas.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, y GONZÁLEZ RIVAS (1998), Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aranzadi. Pamplona.

ALVAREZ LEJARZA (1958), Las Constituciones de Nicaragua, Madrid, 1958.

ALZAGA VILLAAMIL, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y RODRÍGUEZ-ZAPATA (2001), Derecho Político Español I. Constitución y Fuentes del Derecho, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.

ARGUELLO, A. (1978), "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua", en Revista Pensamiento Centroamericano, num. 159, Abril-Junio. ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1993), –Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional–, en Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo, Madrid, t. I.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1997), –Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones–, en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1997), –Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico–, en El nuevo servicio público, Madrid, Marcial Pons.

ARIÑO ORTIZ, G. (2004), –Tiempo de hacer balance–, en Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003), Granada, Comares. AROZAMENA LASO, Ángel (1993), –Recursos administrativos–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis.

ARRÍEN SOMARRIBA, J. B., –El contencioso-administrativo en Nicaragua–, en Cuadernos de Investigación de la UCA nº 7. Colección Jurisprudencia.

ARRÍEN SOMARRIBA, J. B, –Los recursos administrativos en España y Nicaragua–, Clase de Derecho Contencioso-administrativo (folleto), Universidad Centroamericana.

DE ASÍS ROIG, A. (2002), –Los recursos administrativos–, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (dir.), La Administración Pública Española, Madrid, INAP.

AYALA MUÑOZ, J. M. (1999), et. al., Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, Tecnos.

BACIGALUPO, M. (1997), La discrecionalidad administrativa, Madrid, Marcial Pons. BACIGALUPO, M. (1999), La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo, Madrid, Marcial Pons.

BAEZ MARTÍNEZ, R. (1997), Manual de Derecho Administrativo, México, Trillas. BALAGUER CALLEJÓN, F. (2005), en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Tecnos, vol. I.

BALDWIN, R. y CAVE, M. (2002), Understanding regulation, Oxford.

BALLBÉ, M. (1950), –Derecho administrativo–, en Nueva Enciclopedia Jurídica Básica, Francisco Seix editor.

BAÑO LEÓN, J. M. (1993), –Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración–, en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos.

BAÑO LEÓN, J. M. (1999), –Las medidas cautelares en el recurso contencioso- administrativo. Particular referencia al Urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa–, en CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA (dir.), Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ.

BARRIO GARCÍA y PERNAS GARCÍA (2005), en Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), Derecho administrativo español, México, Porrúa/UNAM.

BAUBY, P. (2000), –Dérégulation et re-regulation: les transformations du service public de l'électricite–, en L'HARMATTAN, Le service public en devenir.

BENEYTO, J. (1958), Historia de la Administración española e hispanoamericana, Madrid.

BENÍTEZ DE LUGO, José Mariano (2003), –La acción popular–, en La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario, Barcelona, Bosch. Barcelona. BÉNOIT, F. P. (1968), Le Droit administratif français, París, Dalloz.

BERMEJO VERA, J. (2005), Derecho Administrativo Básico. Parte General, 6a. ed., Madrid, Thomson/Civitas.

BERNALDES, M. (1985), La Revolución de Nicaragua.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (1994), Las Administraciones Independientes, Madrid, Tecnos.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2002), –Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos–, en La Administración Pública Española, Madrid, INAP.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (2001), –L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes–, en Etudes et Documents, núm. 52.

BICKERSTAFFE, R. K. (1983), –Prologo– al libro Privatisation?, Nottingham, S. Hastings y H. Levie Spokesman.

BIGLINO CAMPOS, P. (2003), –Constitución democrática y Ley–, en BALADO Y GARCÍA REGUEIRO, La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario, Barcelona, Bosch.

BOCANEGRA SIERRA, R. (2004), Lecciones sobre el acto administrativo, 2a. ed., Madrid, Thomson/Civitas.

BOCANEGRA SIERRA, R. (1997), –La revocación de los actos administrativos, en especial, su anulación de oficio–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA.

BOENINGER, E. (1995), "Reforma y Modernización del Estado en América Latina" en Reforma y modernización del Estado, Santiago de Chile, ILPES-CEPAL.

BOIX PALOP, A., –Muerte y resurrección del acto de gobierno (A propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés)–, en Revista de Administración Pública, núm. 157, enero-abril de 2002.

BOQUERA OLIVER, J. M. (1985), Derecho administrativo, 5a. ed., Madrid, IEAL.

BOQUERA OLIVER, J. M. (1990), Estudios sobre el acto administrativo, 6ª. ed., Madrid, Civitas.

BOQUERA OLIVER, J. M. (1961), –La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa–, en Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas, Madrid, IEP, t. III, vol. 1.

BORRAJO INIESTA, I. (1993), –El intento de huir del Derecho administrativo–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 78, abril-junio de 1993. BRADLEY, A. W. y EWING, K. D. (1997), Constitutional and Administrative Law, duodécima ed., Longman.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph (1996), –La interaplicación del Derecho público y el Derecho privado a la administración y el proceso de huída y

recuperación del Derecho administrativo–, en II Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Rudolph Brewer Carías, Caracas, Funeda.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph (2006) –Marco constitucional del Derecho administrativo en Venezuela–, en El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica, Quito.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph (1993), Nuevas tendencias en el contencioso- administrativo en Venezuela, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph (2005), –Panorama general del Derecho administrativo en Venezuela–, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁNEZ (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, –Prólogo–, al libro de PAREJO ALFONSO, Lucio, El concepto de Derecho Administrativo.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph (1997), –Sobre la importancia para el Derecho administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer- Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA.

BRITO, M. R. (2006), –Estudio de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Uruguay–, en El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica, Quito.

BRITO, M. R. (2005), –El principio de participación en el Derecho Administrativo Uruguayo–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm. 5.

BUITRAGO, E. (1987), El municipio en Nicaragua, Managua, Nicaragua.

BRUNO DOS SANTOS, M. A., FERNÁNDEZ LAMELA, P. M. y LÓPEZ OLVERA Miguel Angel, –La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al Decreto 1172/03–, en Rap nº 315.

BURKARD, E. (1999), –L'État régulateur en Europe–, en Revue Française de Science Politique 49-2.

CAETANO, M. (1956), Tratado Elemental de Derecho Administrativo, trad. de L. López Rodo, Santiago de Compostela.

CAILLOSSE, –Quel Droit administratif enseigner aujord'hui?–, en La Revue Administrative, núm. 329, septiembre-octubre de 2002.

CALDERÓN MORALES (2006), –El Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo en Guatemala–, en El marco constitucional del Derecho administrativo en Iberoamérica, Quito.

CALONGE VELÁZQUEZ, A. (1997), en SÁNCHEZ GOYANES (coord.), Curso de Derecho administrativo I, Madrid, Colex.

CALVO CHARRO, –La Administración institucional. Los organismos públicos–, en La Administración Pública Española.

CAMPO CABAL, J. M. (1997), en SÁNCHEZ GOYANES (coord.), Curso de Derecho administrativo I, Madrid, Colex.

CANANEA, G., –La réglementation des services publics en Italie–, en Revue Internationale des Sciences Administratives, núm. 68, marzo de 2002.

CANASI, J. (1974), Derecho administrativo, Buenos Aires, ediciones Desalma, vol. III. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (1967), –La doctrina de los actos políticos–, en Revista de Administración Pública, núm. 53, mayo-agosto de 1967.

CASSAGNE, J. C. (2005), –El Derecho administrativo argentino–, en GONZÁLEZ- VARAS IBAÑEZ, El Derecho administrativo Iberoamericano, España, Granada.

CASSAGNE, J. C. (2001), –Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina–, en Revista de Administración Pública, núm. 54, enero-abril de 2001.

CASSAGNE, J. C. (2005), –La participación pública en el control de los servicios públicos: derechos individuales y colectivos: la participación de las asociaciones defensoras de los usuarios, el procedimiento de audiencias públicas, y las facultades reglamentarias de los entes reguladores y la delegación legislativa–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm. 5, 2005.

CASTILLO BLANCO, F. A., –La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998–, en Poder Judicial, núm. 52.

CAZORLA PRIETO, L. M. (1983), Temas de Derecho administrativo, 3a. ed., Madrid. CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M. (2004), en SOSPENDRA NAVAS, Práctica del Proceso Contencioso Administrativo, 2ª. ed., Madrid.

CHAPUS, R. (1990), Droit administratif general, 5a. ed., Montchrestien.

CHENOT, B. (1950), –La notión de service public dans la jurisprudence économique de Conseil d'État–, en Etudes et Documents.

CHEVALIER, J. (2000), –Le place du service public d'ans l'univers juridique contemporain–, en Le service public en devenir, L'Harmattan.

CHINCHILLA MARÍN, C. (1993), –Nulidad y anulabilidad–, en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos.

CHINCHILLA MARÍN, C. (1991), La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Universidad Complutense-Civitas.

CHITI, M. P. (2002), Derecho administrativo europeo, trad. de L. Ortega, Madrid, Civitas.

CLAVERO ARÉVALO, F. (1952), –Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal–, en Revista de Legislación y Jurisprudencia, núm. XXIV.

CLAVERO ARÉVALO, F., –Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas–, en Documentación Administrativa, num. 58, octubre de 1962.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. (1999), –Las medidas cautelares–, en PICÓ LORENZO (dir.), La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Madrid, CGPJ.

CORAGGIO (1987), "Economía y política en la Transición", en La transición difícil, Managua, Editorial Vanguardia.

COSCULLUELA MONTANER, L. (2005), Manual de Derecho Administrativo, 16a. ed., Navarra, Thomson/Civitas, t. I.

CRAIG, P. P. (1990), Public law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America, Oxford, Clarendon Press.

CRUZ A., Nicaragua: Surgimiento del Estado-Nación, 1798-1858 de E. BRADFORD BURNS.

DE LA CRUZ FERRER, J. (2002), Principios de regulación económica en la Unión Europea, Madrid, IEE.

DANÓS ORDÓÑEZ, J. (2005), –Panorama general del Derecho administrativo en el Perú–, en GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ (dir.), El Derecho administrativo Iberoamericano, Granada, España.

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2005), –La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas del Perú–, en CIENFUEGOS SALGADO, David, y LÓPEZ OLVERA, Miguel Ángel (coord.), Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

DEBBASCH, Charles (1981), Ciencia administrativa, 2a. ed., trad. por J. A. Colás Leblanc, Madrid, INAP.

DELGADILLO, Luís Humberto (2003), Elementos de Derecho Administrativo, 2a. reimpresión, México, Limusa.

DELPIAZZO, Carlos E. (2005), –Panorama general del Derecho administrativo Uruguayo–, en GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM.

DESDENTADO DAROCA, Eva (1999), La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huída de la regulación pública y administraciones independientes, Valencia, Tirant lo blanch.

DÍAZ DE LIAÑO Y ARGÜELLES, Fernando, –Poder municipal y democracia–, en Documentación Administrativa, núm. 183, julio-septiembre de 1979.

DICEY, A. [1987] (1997), Introduction to the study of the law of the Constitution, reedición de la 10a. ed., McMillan.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. (2003), –Prologo–, al libro Sendín García, Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos, Granada, Comares.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA, F. (1941), Ideas y normas de Derecho administrativo.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, –Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo–.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel Angel, –Principio de legalidad y Ordenamiento Jurídico del Turismo– (especial referencia al Ordenamiento Turístico de Castilla y León).- coord. por Francisco Javier Melgosa Arcos, en Derecho y Turismo, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

DONAHUE, John D. (1991), La decisión de privatizar, trad. de L. J. González Videla, Barcelona.

DORREGO DE CARLOS, A. y GUTIERREZ VICEN, C. (1993), –Disposiciones y actos administrativos–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis.

DROMÍ, J. R. (1986), Introducción al Derecho administrativo, Madrid, Grouz.

DUBOUIS, L., –La notion D'emplois dans l'Administration publique (art. 4. 4 TCE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics–, en Revue Française de Droit Administratif 1987-6.

DUCROCQ, M. (1881), Cours de Droit administrative, 6a. ed., París, Ernest Thorin éditeur.

DUGUIT, León (1975), Las transformaciones del Derecho Público y Privado, trad. de Posada, de Ramón Jaén y C. G. Posada, Buenos Aires, Heliasta. DUGUIT, León (1927), Traité de Droit Constitutionnel, 3a. ed. EISENMANN, Charles (1982), Cours de Droit Administratif, LGDJ, t. I.

EMBID IRUJO, Antonio (1994), El ciudadano y la Administración, Madrid, MAP.

EMBID IRUJO, Antonio, –La justiciabilidad de los actos de Gobierno–, en Documentación Administrativa, núm. 220, octubre-diciembre de 1989.

ENRÍQUEZ SANCHO, R. (1993), –De las disposiciones y actos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Admi-

nistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Carperi.

ENTRENA CUESTA, Rafael [1983] (1984), Curso de Derecho administrativo I, 1a. reimp. de la 8a. ed., Madrid, Tecnos.

ENTRENA CUESTA, Rafael (1992), Curso de Derecho Administrativo I/1, 9a. ed., Madrid.

ENTRENA CUESTA, Rafael, –El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho positivo español–, en Revista de Administración Pública, núm. 32. ESCOBAR FORNOS, Iván (2004), La Reforma Constitucional, Managua, Hispamer. ESCRIBANO COLLADO, P., –¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 37, abril-junio de 1983.

ESCUIN PALOP, Catalina (2005), Curso de Derecho Administrativo, 3a. ed., Valencia, Tirant lo blanch.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos (1995), –La suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias", Caracas, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana.

ESGUEVA GÓMEZ, Antonio (1998), Conflicto y paz en Nicaragua, Taller No. 7, Cádiz, editorial UCA.

ESPÍN, E., et. al. (2003), Derecho Constitucional I, 5a. ed., Valencia Tirant lo Blanch.

EVANS, T. (2005), –Ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe–, en La transformación neoliberal del sector público, Managua, Lation editores.

FANLO LORAS, Antonio (1993), –Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, iniciación, ordenación e instrucción–, en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María (2000), Contratación administrativa, Barcelona, BOSCH.

FERNÁNDEZ FONTECHA, M. (1995), en PENDÁS GARCÍA (coord.), Derecho de los contratos públicos, Barcelona, Praxis.

MARTÍNEZ SANTAMARÍA, P. (1999), –Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático, Barcelona, Praxis.

FERNÁNDEZ MONTALVO, R. (1993), –De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Carperi.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel (1998), –La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia–, en Anuario de la Competencia 1996.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel (1999), –Reflexión preliminar–, en el libro de M. A. Laceras, La regulación económica de los servicios públicos, Barcelona, Ariel. FERNÁNDEZ PASTRANA, José María y GARRIDO FALLA, Fernando (1993), Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas, Madrid, Civitas. FERNÁNDEZ RAMOS, S. (1997), El derecho de acceso a los documentos administrativos, Madrid, Marcial Pons.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (2005), –Panorama general del Derecho administrativo mexicano–, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (1999), –Objeto del proceso. Actos impugnables–, en La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ. FERNANDO PABLO, M. M. (1993), La motivación del acto administrativo, Madrid, Tecnos.

ESCORCIA, Jorge Flavio (2002), Derecho Administrativo, León, Nicaragua

ESCORCIA, Jorge Flavio (1999), Municipalidad y Autonomía en Nicaragua, León, Editorial Universitaria.

FLEURY, Sonia, "Reforma del Estado en América Latina: ¿Hacia donde?", en Revista "Nueva Sociedad", núm.160, Marzo-Abril 1999.

FLOGAÏTIS, Spyridon (1986), Administrative Law et Droit Administratif, París, LGDJ. FONT I LLOVET, Tomás, –Algunas funciones de la idea de participación–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 45, enero-marzo de 1985. FORSTHOFF, E. [1971] (1975), El Estado de la Sociedad Industrial, trad. por L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Madrid, IEP.

FORSTHOFF, E. (1958), Tratado de derecho Administrativo, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1992), Constitución y personalidad jurídica del Estado, Madrid, Tecnos.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MARCOS FERNÁNDEZ, Ana DE (1990), Derecho Administrativo I. Materiales, 2a. imp., Madrid, Tecnos.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, en ALZAGA VILLAAMIL (dir.) (1985), –Art. 97. Funciones de Gobierno–, en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Madrid, EDERSA, t. VIII.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y RODRÍGUEZ SANTIAGO, José María, –La nueva regulación del mercado del gas natural–, en Revista de Administración Pública, núm. 148, enero-abril de 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991), La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio fumus boni iuris–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 69.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1977), –La participación del administrado en las funciones administrativas–, en Homenaje a Segismundo Royo-Villanova, Madrid, editorial Moneda y Crédito.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1997), Curso de Derecho Administrativo I, 8a. ed., Madrid, Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1999), Curso de Derecho Administrativo I, 8a. ed., Madrid, Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2005), Curso de Derecho Administrativo I, reimp. De la 12a. ed., Madrid, Thomson/Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2002), Curso de Derecho Administrativo II, 8a. ed., Madrid, Civitas

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2004), Curso de Derecho Administrativo II, 9a. ed., Madrid, Civitas.

GARCÍA COTARELO, R. (1988), –Crisis y reformulación del Estado de Bienestar–, en CORCUERA ATIENZA y GARCÍA HERRERA (coord.), Derecho y economía en el Estado Social, Madrid, Tecnos.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier (1999), –La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Constitución–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático, Barcelona, Praxis.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2000), en Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo, Navarra, Aranzadi. GARCÍA LLOVET, Enrique, –Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho–, en Revista de Administración Pública, núm. 131, mayo-agosto de 1993.

GARCÍA LLOVET, Enrique, –Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas–, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 36, septiembre de 1992.

GARCÍA OVIEDO, C. (1955), Derecho administrativo, 5a. ed., Madrid, Martínez Useros. GARCÍA PÉREZ, M. (2005), en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (dir.), Derecho administrativo español, México, Porrúa/UNAM.

GARCÍA TREVIJANO FOS (1974), Tratado de Derecho Administrativo I, Madrid, t. I. GARCÍA TREVIJANO FOS (1964), Tratado de Derecho Adminis-

trativo I, Madrid, t. I. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (1999), –Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático, Barcelona, Praxis.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. (1993), –Silencio administrativo. Términos y plazos–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis.

GARNER, J. y JONES, B. L. (1985), Administrative Law, 6a. ed., Lóndres, Butterworths.

GARRETON, M. A. (1992), ¿Reforma del Estado o cambio en la matriz socio-política?, Documento de Trabajo Nº 30 FLACSO-Chile (mimeo).

GARRIDO FALLA, Fernando, –Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en España–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana.

GARRIDO FALLA, Fernando, –Constitución y Administración–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 20, enero-marzo de 1979.

GARRIDO FALLA, Fernando (1989), Tratado de Derecho administrativo, 11a. ed., Madrid, Tecnos.

GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ,

Herminio (2006), Tratado de Derecho Administrativo, 2a. ed., Madrid, vol. III. Gascón y Marín (1948), Tratado de Derecho Administrativo, 10a. ed., Madrid. GIANNINI, M. S. (1991), Derecho administrativo I, trad. L. Ortega, Madrid, MAP. GIANNINI, M. S. (1980), Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo. Traducida por Baena de Alcazar y García Madaria, INAP.

GIL IBÁÑEZ, A. J. (1998), El control y la ejecución del Derecho comunitario, Madrid, INAP.

GIL IBÁÑEZ, J. L. (1999), –El procedimiento contencioso-administrativo–, en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Barcelona, Praxis.

GNES, M., –The italian Independent Administrative Authorities: the Transplatation of an American Experience–, en European Public Law 1997-3.

GÓMEZ PUENTE, M. (2000), La inactividad de la Administración, 2a. ed., Navarra, Aranzadi.

GONZÁLEZ ESCUDERO, M. T. (1999), –Las partes procesales, representación y defensa de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales–, en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Barcelona, Praxis.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., El contrato administrativo de consultoría y asistencia. Marcial Pons, 2002

GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1987), Derecho Administrativo Español, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, t. I.

GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1997), Derecho Administrativo Español III. El acto y el procedimiento administrativo, Pamplona, EUNSA.

GONZÁLEZ-PARAMO, J. M. (2000), –De recortes y reformas en el Estado de bienestar: el papel de la gestión pública–, en MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELAGADO Y GONZÁLEZ SEARA (dir.), Las estructuras del Estado del bienestar en Europa, Madrid, Civitas-Escuela Libre Editorial.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1998), Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa I, 3a. ed., Madrid, Civitas.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2001), Manual de Derecho Procesal Administrativo, 3a. ed., Madrid, Civitas.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1995), –Las partes en el proceso, terceros intervenientes, coadyuvantes–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1999), Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I, 2a. ed., Madrid, Civitas.

GONZÁLEZ SALINAS, P., –Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno–, en Revista Española de Derecho Administrativo 79, julio- septiembre de 1993

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago (1999), Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Madrid, Tecnos.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago (1996), El Derecho administrativo privado, Madrid, Montecorvo.

GORDILLO, A. (1984), Teoría General del derecho administrativo, Madrid, IEAL.

GUAITA, A. (1960), –Actos políticos y Justicia Administrativa–, en Estudios Jurídicos y Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.

GUAITA, A. (1985), –Art. 106. Control Judicial y responsabilidad de la Administración–, en ALZAGA VILLAMIL (dir.), Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Madrid, t. VIII.

HAURIOU, Maurice (1976), Obra Escogida, trad. Por J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado, Madrid, IEA.

IVANEGA, Miriam Mabel (2003), Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma.

JARQUÍN RAMOS, María José (2003), Reforma institucional en Nicaragua: un reto permanente–, en Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública 8, octubre 28-31, Panamá, CLAD.

JÈZE G. [1930] (1949), Principios Generales del Derecho Administrativo, 3a. ed., trad. por J. N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma.

JIMÉNEZ-BLANCO, En la obra colectiva Manual de Derecho Administrativo. Ariel Derecho. Barcelona. Tercera edición, 1994

JIMÉNEZ CRUZ, José María (1993), –Iniciación, ordenación e instrucción–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis. Barcelona.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier (1987), Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico, Madrid, INAP.

JORDANO FRAGA, Jesús (1997), –¿Jaque mate al acto político?–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 95, julio-septiembre de 1997.

KAPLAN, M., "Crisis y reformas del Estado en América Latina", en Revista del CLAD Reforma y Democracia N° 9 Caracas, 1997.

KARPENSCHIF, –La privatisation des entreprises publiques: una practique encouragée sous suveillance communautaire–, en Revue Française de Droit Administratif 2002- I.

LAGUNA DE PAZ, –La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo–, en Revista de Administración Pública 136, enero-abril de 1995. LANE, J. E. (2000), The Public Sector, 3a. ed., Sage.

LASHERAS, M. A. (1999), La regulación económica de los servicios públicos, Barcelona, Barcelona.

LASKI (1945), El liberalismo europeo, México, F.C.E.

DE LAUBADÈRE, A., VENEZIA, J. C., y GAUDAMET (1994), Traité de Droit administratif, 13a. ed., París, LGDJ, t. I.

LAVILLA RUBIRA, J. J. (1999), –Las directrices fundamentales de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático, Barcelona, Praxis.

LEGUINA VILLA, J., –Algunas notas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo–, en Revista Jurídica de Navarra, núm. 19, 1995.

LENZ, B., –The Public Service in Article 48(4) EEC with Special Reference to the Law in England and in the Federal Republic of Germany–, en Legal issues of European Integration 1989-2.

LEVY, "Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua–, en Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano, núm. 59-63, Managua, Nicaragua, Artes Gráficas, 1965.

LINDE PANIAGUA, E., –La retirada del Estado de la Sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos–, en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm 7, 2004.

LÓPEZ; C. M. (2002), –Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo–, –Prólogo–, al libro de FLAVIO ESCORCIA, Derecho Administrativo, León, Nicaragua.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. E. y REYES DE BORGE, I. (2003), –Avances de la reforma del servicio civil en Nicaragua–, en Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración pública, Panamá, CLAD.

LÓPEZ CANDELA, J. E (2004), Sobre la necesidad de un concepto de servicio público, Madrid.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B. (2001), –Agencias administrativas reguladoras–, en Administración Pública y Economía, Madrid, INAP.

LÓPEZ MENUDO, F. (1996), –El control judicial de la Administración en la Constitución española–, en HINOJOSA MARTÍNEZ y GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (COORD.), Discrecionalidad administrativa y control judicial, Madrid, Civitas.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, –Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina–, en Estudios en Homenaje a Alfonso Nava Negrete.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, –Las fuentes del derecho administrativo–, en Revista de la Facultad de Derecho de México nº 239.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, –Los principios del procedimiento administrativo–, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coord.), Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo.

LUCAS VERDU, P. (1982), –El Derecho Constitucional como Derecho administrativo–, en Revista de Derecho Político, núm. 13.

MADRIGAL GARCÍA, C. (1993), –Eficacia de los actos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Editorial Carperi.

MALARET I GARCÍA E. (1999), –El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales–, en Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública, Marcial Pons.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1986), Introducción al Derecho administrativo, Madrid, Tecnos.

MARTÍN MATEO, R. (1996), En Gestión y Evaluación de la Calidad en los servicios públicos. Madrid, MAP.

MARTÍN MATEO, R. (1990), Manual de Derecho Administrativo, 13a. ed., Madrid, Trivium.

MARTÍN MATEO, R. (2004), Manual de Derecho Administrativo, 23a. ed., Navarra, Thomson-Aranzadi.

MARTÍN MATEO, R. (1967), –La sustantividad del Derecho administrativo–, en Revista de Administración Pública, núm. 53.

MARTÍN REBOLLO, Luis (1993), –Disposiciones administrativas y actos administrativos–, en LEGUNILLA VILLA Y SÁNCHEZ MORÓN (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos.

MARTÍN REBOLLO, Luis (2004), Leyes Administrativas, 10a. ed., Navarra, Aranzadi. MARTÍN REBOLLO, Luis (1999), –Procedimiento general y abreviado–, en PISÓ LORENZO (dir.), La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-adminsitrativa. Madrid, CGPJ.

MARTÍN REBOLLO, Luis (2003), –Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público–, en Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Civitas.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, –Sentido y forma de la privatización de la Administración pública–, en Revista Andaluza de Administración Pública 39 (julio- agosto-septiembre de 2000).

MARURRE (1877), –Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica–. MAURICIO RODRÍGUEZ, W. y TORUÑO MURILLO, M. J. (2000), Análisis jurídico al proceso contencioso-administrativo regulado en el Proyecto de Ley de lo Contencioso Administrativo dictaminado el 15 de mayo del año 2000, Monografías UCA, 2000.

MAYER, Otto (1949), Derecho administrativo alemán, trad. de H. H. Heredia y E. Krotoschin, Buenos Aires, De Palma, t. I.

MCELDOWNEY, John F. (1994), Public Law, Londres, Sweet & Maxwell.

MEILAN GIL, José Luis (1967), La distinción entre norma y acto administrativo, ENAP.

MEILAN GIL, José Luis (2005), –El principio de participación en la Constitución Española–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm. 5.

MEILAN GIL, José Luis (1967), El proceso de definición del Derecho administrativo, ENAP.

MEILAN GIL, José Luis (2006), Progreso tecnológico y servicio público, Madrid, Thomson-Civitas.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel (1993), –Procedimientos administrativos: finalización y ejecución–, en LEGUNILLA VILLA Y SÁNCHEZ MORÓN (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos.

MERKL, Adolfo (1935), Teoría General del Derecho administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

MESEGUER YEBRA, J. (2000), La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo, Barcelona, Bosch.

MESEGUER YEBRA, J. (2001), El trámite de información pública en el procedimiento administrativo, Barcelona, Bosch.

MEUCCI, Lorenzo (1909), Instituzioni di Diritto administrativo, 6a. ed., Turín, Fratelli Bocca editori.

MONTERO PASCUAL, Juan José (1997), –Titularidad privada de los servicios de interés económico general–, en CREMADES (coord.), Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley.

MORELLI, Sandra (1995), –El procedimiento administrativo y el proceso contencioso- administrativo–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías, Caracas, FUNEDA/ Editorial Jurídica Venezolana.

MORELL OCAÑA, Luis (1999), Curso de Derecho administrativo, Pamplona, Aranzadi, t. I.

MORELL OCAÑA, Luis (1997), Curso de Derecho administrativo, Pamplona, Aranzadi, t. II.

MORENO GIL, Oscar, –En torno al nuevo intento de reconstrucción del Derecho administrativo–, en Documentación Administrativa 198, (abril-junio de 1983).

MOREU CARBONELL, Elisa (2005), La Administración anunciante. Régimen jurídico de la Publicidad Institucional, Navarra, Thomson-Aranzadi.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, –Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración–, en Revista de Administración Pública, núm. 84, septiembre-diciembre de 1977.

MUÑOZ MACHADO, Santiago (2004), Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Madrid, Civitas, t. I.

NAVARRO MEDAL, K. (2004), El sistema Electoral Nicaragüense. Diagnóstico y Propuesta de la Sociedad Civil, Managua, Foro Democrático.

NEIRA, O. y ACEVEDO, A. (1992), Nicaragua: hiperinflación y (des) estabilización. Análisis de la política económica 1988 a 1991, Managua, Cuadernos de CRIES. Serie ensayos, núm. 21.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T.: Notas sobre Derecho Administrativo II. Ratio Legis. Salamanca, 2002

NIETO, A. (1997), –Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA.

NIETO, A. (1983), –La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo–, en Treinta y cuatro artículos seleccionados en la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario, INAP.

OBED LÓPEZ, N. (comp.) (2001), Modernización y descentralización de los Estados Centroamericanos, Fiedrich Ebert.

OLÍAS DE LIMA, B. (1993), –La privatización de los servicios públicos y los criterios de eficiencia–, en Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?, Madrid, Izquierda Unida.

OLIVER, D., –Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre Droit public et Drit prive en Angleterre?–, en Revue internationale de droit compare 2001-2.

OLMEDA GÓMEZ, J. A. (2000), Ciencia de la Administración I, reimp. de la 1a. ed., Madrid, UNED. Madrid.

ORLANDO, V. E. (1978), Principios de Derecho administrativo, trad. de A. Rodríguez Bereijo de la segunda edición italiana de 1892, Madrid, INAP.

DE OTTO, I. (1988), Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, 2a. ed., Barcelona, Ariel.

PALMA MARTÍNEZ, I. (1947), Derecho Administrativo, Teórico y Positivo, Managua, Editorial Nuevos Horizontes.

PALOMAR OLMEDA, A. (1995), –El acceso a los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994–, en Derechos y Libertades, núm. 4.

PALOMAR OLMEDA, A. (1990), –Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración–, en Revista Internacional de Ciencias Administrativas 57-4.

PALLARES MORENO, R., –La participación ciudadana en la conservación y protección del medio natural–, en Documentación Administrativa, núm. 194, abril-junio de 1982.

PARADA VÁZQUEZ, R. (1999), Derecho Administrativo I, 11a. ed., Marcial Pons. PARADA VÁZQUEZ, R. (2000), Derecho administrativo II, 14a. ed., Marcial Pons. PARADA VÁZQUEZ, R. (2002), –La degeneración del modelo de función pública–, en Rodríguez-ARANA MUÑOZ, La Administración pública española, Madrid, INAP.

PARADA VÁZQUEZ, R. (1991), Prologo– al libro de C. Chinchilla Marín: La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Universidad Complutense- Civitas.

PARADA VÁZQUEZ, R. (1993), Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Marcial Pons.

PAREJO ALFONSO, Luciano (1984), El concepto de Derecho Administrativo, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2003), Derecho Administrativo, Barcelona, Editorial Ariel.

PAREJO ALFONSO, Luciano (1993), –Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común–, en La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos.

PAREJO ALFONSO, Luciano (1984), –Prologo– al libro de A. Betancor Rodríguez: Las Administraciones Independientes.

PAREJO ALFONSO, Luciano, –La tutela judicial cautelar en el orden contencioso- administrativo–, en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 49, enero- marzo de 1986.

PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1998), Manual de Derecho administrativo, 5a. ed.

PECES MORATE, J. E. (1999), –Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias–, en CAMPOS SANCHEZ-BORDONA (dir.), Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ.

PERA VERDAGUER, F. (2004), Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo, 7a. ed., Barcelona, Editorial Bosch.

PIELOW, J. C. (1997), –Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa–, en Los efectos y la ejecución de los actos administrativos. III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carias", Caracas, Ediciones Funeda.

PIÑAR MAÑAS, J. L. y MORENO MOLINA, J. A. (1993), –Interesados–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Editorial Praxis.

PIRIE, M., –Teoría y práctica de la privatización–, en Revista del Instituto de Estudios Económicos 1985-1.

PORTA CALDERA, M., –Algunas consideraciones acerca del derecho a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva–, en juridica.com.

POSADA, A. (1987), Tratado de Derecho administrativo I, Madrid, Librería de Victoriano Suárez.

PRATS I CATALA, S., –La participación y descentralización en el marco de la Nueva Ley de Régimen Local–, en Documentación Administrativa, núm. 199, octubre- diciembre de 1983.

PROSSER, T. (1997), Law and the regulators, Oxford, Clarendon Press.

RAMÍREZ CARDUS, J. M. (1986), –La Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad–, en Jornadas de Estudios sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico, Oñate.

RENE VARGAS (1992), La economía de Nicaragua, Managua, CEREN. RIVERO, J. (1977), Droit administrative, 8a. ed., Dalloz.

RIVERO ORTEGA, R. (1998), Administraciones públicas y Derecho privado, Marcial Pons.

RIVERO YSERN, E. (2003), –Descentralización en Colombia–, en El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica, Ediciones Universidad de Salamanca.

RIZO OYANGUREN, A. (1992), Manual Elemental de Derecho Administrativo, León, Nicaragua, Editorial Universitaria.

ROBSON, W. A. (1964), Industria nacionalizada y propiedad pública, trad. por J. Petit Fontsere, Madrid, Tecnos.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (1996), El sector público económico gallego, Universidad de la Coruña.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., –Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa–, en Iuris Dictio, octubre de 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2005), –La vuelta al Derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)–, en Revista de Derecho, núm. 7.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (1991), La privatización de la empresa publica, Madrid, Montecorvo.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2002), –Reforma y modernización de la Administración Pública española–, en La Administración Pública Española, Madrid, INAP.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (1986), La suspensión del acto administrativo, Madrid, Editorial Montecorvo.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (1999), –La suspensión del acto administrativo–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático, Barcelona, Editorial Praxis.

Rodríguez GIL, A. (1991), Centralismo, municipio, regionalización y descentralización en Nicaragua, Managua, Friedrich Ebert Stiftung.

RODRÍGUEZ PONTÓN, J. (1999), Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo, Barcelona, Cedecs Editorial.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. (2002), –Las vicisitudes del Derecho Administrativo y sus desafíos en el siglo XXI–, en FERNÁNDEZ RUÍZ (coord.), Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J. (1996), Teoría y práctica del Derecho Constitucional, Madrid, Tecnos.

ROJAS FRANCO, E. (2005), –Participación ciudadana en el Derecho administrativo costarricense–, en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, núm. 5.

ROJAS FRANCO, E. (1999), La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial, 4a. ed., San José.

ROLDÁN MARTÍN, A. (2000), –Los nuevos contornos del servicio público–, en ORTEGA MARÍN (dir.), Derecho administrativo económico, Madrid, CGPJ.

ROMANO, S. (1964), Fragmentos de un diccionario jurídico, trad. a la versión italiana de 1947 por S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

ROSTOW (1993), Las etapas del crecimiento económico, Madrid, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social.

ROTH, G. (1987), The private provision of public services, Oxford, Oxford University Press.

RUIZ PIÑEIRO, F. L. (1999), –Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Un año de aplicación en la Sala de Bilbao–, en PENDÁS GARCÍA (coord.), Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa. Estudio sistemático, Barcelona, Editorial Praxis.

RUIZ RISUEÑO, F. (1999), El proceso contencioso administrativo, 3a. ed., Madrid, Colex.

SABINE, G. (1978), Historia de la teoría política, 9a. reimp., México, FCE.

SAIN ARNAIZ, A., –Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo–, en Revista de Administración Pública 134, mayo-agosto de 1994.

SAINZ MORENO, F. (2004), –El valor de la Administración pública en la sociedad actual–, en Estudios para la reforma de la Administración Pública, Madrid, INAP.

SALA ARQUER, J. M., –El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes–, en Revista Española de Derecho Administrativo 42, abril-junio de 1984.

SALA ARQUER, J. M., –Huida del Derecho privado y huida del Derecho–, en Revista Española de Derecho Administrativo 75, julio-septiembre de 1992. SALDOMANDO, A. (1992), El retorno de la AID, Managua, Ediciones CRIES.

SÁNCHEZ BLANCO, A., –Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas–, en Revista de Administración Pública 132, septiembre-diciembre de 1993.

SÁNCHEZ GOYANES, E. (1997), –La Administración Pública y el Derecho Administrativo–, en SÁNCHEZ GOYANES, Manual de Derecho Administrativo I, Madrid, Editorial Colex.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2002), –El control jurisdiccional. La Jurisdicción Contencioso-administrativa–, en Rodríguez-ARANA MUÑOZ (dir.), La Administración Pública española, Madrid, INAP.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2005), Derecho administrativo. Parte General, Madrid, Tecnos.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2006), Derecho administrativo, 2a. ed., Madrid, Tecnos. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel(2001), Derecho de la función pública, 3a. ed., Madrid, Tecnos.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1980), La participación del ciudadano en la Administración Pública, Madrid, CEC.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, –El principio de participación en la Constitución Europea–, en Revista de Administración Pública 89, mayo-agosto de 1979.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1993), –Recursos administrativos–, en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (dir.), La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Tecnos.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1888), Curso de Derecho administrativo, 2a. ed., Madrid.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1898), Curso de Derecho Administrativo, 5a. ed., Madrid, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé.

Santamaría PASTOR, Juan Alfonso (1988), Fundamentos de Derecho Administrativo I, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.

Santamaría PASTOR, Juan Alfonso (1990), Principios de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Santamaría PASTOR, Juan Alfonso (2001), Principios de Derecho Administrativo I, 1a. reimp. de la 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.

Santamaría PASTOR, Juan Alfonso (2005), Principios de Derecho Administrativo General, Madrid, Iustel.

Santamaría PASTOR, Juan Alfonso (2001), Principios de Derecho Administrativo, 1a. reimp. de la 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, vol. II. SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (2002), en FERNÁNDEZ CARNICERO (coord.), Comentarios a la Ley del Gobierno, Madrid, INAP.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez, 2a. ed.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (2005), –Panorama general del Derecho administrativo en Colombia–, en GONZÁLEZ-VARGAS IBÁÑEZ (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM.

SANZ RUBIALES, Iñigo (2004), Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales, Universidad de Valladolid.

SARASOLA GORRITI, Silbia (2003), La concesión de servicios públicos municipales, Oñate, IVAP.

SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., –Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español–, en Revista de Administración Pública 129, septiembre- diciembre de 1992.

SARRIÁ OLCOS, Consuelo (1995), –Acciones contencioso-administrativas, contenido y clases de sentencias–, en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana.

DEL SAZ CORDERO, Silvia (2002), –Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX–, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (dir.), La Administración Pública española, Madrid.

SCHWARTZ, B. (1991), Administrative Law, Aspen Publishers, 3a. ed.

SEGARRA ORTIZ, M. V. (2004), –Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo–, en Revista Española de Derecho de la Unión Europea, núm. 7.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2003), Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos, Granada, Comares.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005), La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea, Salamanca, Ratio Legis.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2003), Regulación y servicio público, Granada, Comares.

SERRANO TRIANA, Adolfo (1983), La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar, Madrid, IELSS.

SERRA ROJAS, Andrés (1988), Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa. SHEFFER TUÑÓN, J. E. (2006), Estudios de Derecho Público, Panamá, Cultural Portobello.

DE LA SIERRA, S. (2004), Tutela cautelar Contencioso-administrativa y Derecho Europeo, Navarra, Thomson-Aranzadi.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio (1993), Desregulación, privatización y Derecho administrativo, Bolonia, Studia Albornotiana.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio –El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho–, en Revista de Administración Pública 121, enero-abril de 1990.

SOTELO VALENCIA, A., "La crisis de paradigmas y la teoría de la dependencia en América Latina".

SOUVIRON MORENILLA, José María (1998), La actividad de la Administración y el servicio público, Granada, Comares.

SOUVIRON MORENILLA, José María (2004), –La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos–, en Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003), Granada, Editorial Comares.

SOUVIRON MORENILLA, José María (2000), –Sobre la administración pública y el derecho administrativo: en torno a la sustantividad del derecho administrativo y su vis expansiva–, en SOSA WAGNER (coord), Libro Homenaje al Profesor D. Ramón Martín Mateo, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

SUBIRATS, J. y GOMA, R. (1993), –Gestión pública y reforma administrativa en los noventa: nuevos retos y oportunidades–, en Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?, Madrid, Izquierda Unida.

SUNKEL, O. y PAZ, P. (1981), El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo, México, Editorial Siglo XXI.

TÁBOAS BENTANACHS, Manuel (1993), –Finalización del procedimiento y ejecución forzosa de los actos administrativos–, en PENDÁS GARCÍA (coord.) Administraciones Públicas y ciudadanos, Barcelona, Praxis.

TAMER, S. V. (2005), Atos políticos e direitos sociais nas democracias, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

TESO GAMELLA, Pilar (1999), –Medidas cautelares y Derecho sancionador–, en CÁMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ.

THEIMER, W. (1969), Historia de las ideas políticas, Barcelona, Editorial Ariel.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo (1996), Derecho administrativo y Poder Judicial, Madrid, Tecnos.

TORNO MAS, J. (1999), La autoridades reguladoras de lo audiovisual, Marcial Pons.

TORRES RIVAS, E. (1972), Interpretación del desarrollo social en Centroamérica, San José, Costa Rica.

TOUCHARD, J. (1987), Historia de las ideas políticas, 2a. reimp., Madrid, Tecnos. TRILLO TORRES, Ramón (1999), Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en BAENA DE ALCAZAR (dir.), Madrid, Trivium.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (1997), Privatización, empresa pública y Constitución, Madrid, Marcial Pons.

URIARTE TORREALDAY (1991), –La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos de gobierno no controlables judicialmente–, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 30.

VALDIVIESO DEL REAL, R. (2001), –La reforma del sector público. Las privatizaciones: el Estado de la cuestión y su aplicación al caso español–, en OLÍAS DE LIMA (coord.), La nueva gestión pública. Coordinadora, Madrid, Prentice Hall.

VÁZQUEZ DE PRADA, V., –Nuevas perspectivas en la relación Administración Pública- Administrados–, en Documentación Administrativa, núm. 186, abril-junio de 1980.

VEDEL, Georges (1980), Derecho administrativo, trad. de la sexta edición francesa por J. Rincón Jurado, Madrid, Aguilar.

VICENTE, E. et. al. (1995), Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Madrid, Marcial Pons.

VIDAL PERDOMO, Jaime (1997), –La ejecutividad de los actos administrativos: su presunción de legalidad y legitimidad–, en III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos, Caracas, FUNEDA.

VILLAR EZCURRA, José Luís (1980), Servicio público y técnicas de conexión, CEC. VILLAR PALASI, José Luís (1968), Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas, Madrid, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho.

VILLAR PALASÍ, José Luís y VILLAR EZCURRA, José Luís (1982), Principios de Derecho administrativo, Madrid, Universidad de Madrid, t. I.

VILLAR PALASÍ, José Luís y VILLAR EZCURRA, José Luís (1982), Principios de Derecho administrativo, Madrid, Universidad Complutense, t. II. WADE, W. R. (1977), Administrative Law, 4a. ed., Oxford.

WALTER KNUT.: El somocismo: Del protectorado a la revolución, en Encuentros con la historia. Primera edición, Universidad Centroamericana, 1995.

WILLIANSON, J. (1990), "What Washington Means by Policy Reform" en Latin America Adjustment. How much has happened?, Washington, Institute of International Economics.

WOLF, CH. (1995), Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas, trad. de J. F. Cainzos a la segunda edición inglesa de 1993, Madrid, IEF.

YAGÜE GIL, Pedro José (1993), –De las disposiciones y actos administrativos–, en Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Editorial Carperi.



El libro Derecho Administrativo Nicaragüense de Karlos Navarro, que constituye el primer intento serio de construir un Sistema de Derecho administrativo nicaragüense. Podemos decir que esta obra lleva a la Ciencia del Derecho administrativo de esta Republica centroamericana de la adolescencia a la madurez.

Por una parte expone de manera sistemática los grandes temas del Derecho Administrativo, con una abundante bibliografía; y lo articula con el Derecho positivo y la jurisprudencia existente, logrando así, una nueva forma de entendimiento, compresión y perspectiva del Derecho administrativo nicaragüense. Por la otra, ofrece una visión de soluciones técnicas de carácter general, con conexiones lógicas; y, una adaptación y adecuación a la realidad jurídica, no como un agregado de soluciones individuales que adolece de racionalidad y coherencia, como era la forma de abordar anteriormente esta materia.

Decía con anterioridad que este libro está escrito con una finalidad docente. Pero, precisamente por su claridad expositiva y metodología utilizada, rebasa con mucho la finalidad inicial. No en balde en sus actos concurre una sólida función científica y una amplia experiencia práctica. Por lo que constituirá un instrumento de trabajo muy valioso para todos aquellos que, desde distintos planos, tengan que aplicar día a día, el Derecho administrativo nicaragüense en los distintos procedimientos que el Ordenamiento arbitra para hacer efectivo el principio –y derecho fundamental– a la tutela jurisdiccional efectiva.

Karlos Navarro, sin duda alguna es de los más prestigiosos administrativistas de la América de lengua española.

JESUS GONZALES PEREZ
Catedrático Emerito de la Universidad Complutence de Madrid, España

ISBN 978-99924-21-32-7
9 789992 421327

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES
IIES

USTOM ... Sin Límites
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
DE ORIENTE Y MEDIODÍA
GRANADA - NICARAGUA
"Universitas Granadensis"

EDITORIAL HISPANOAMERICANA