ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE

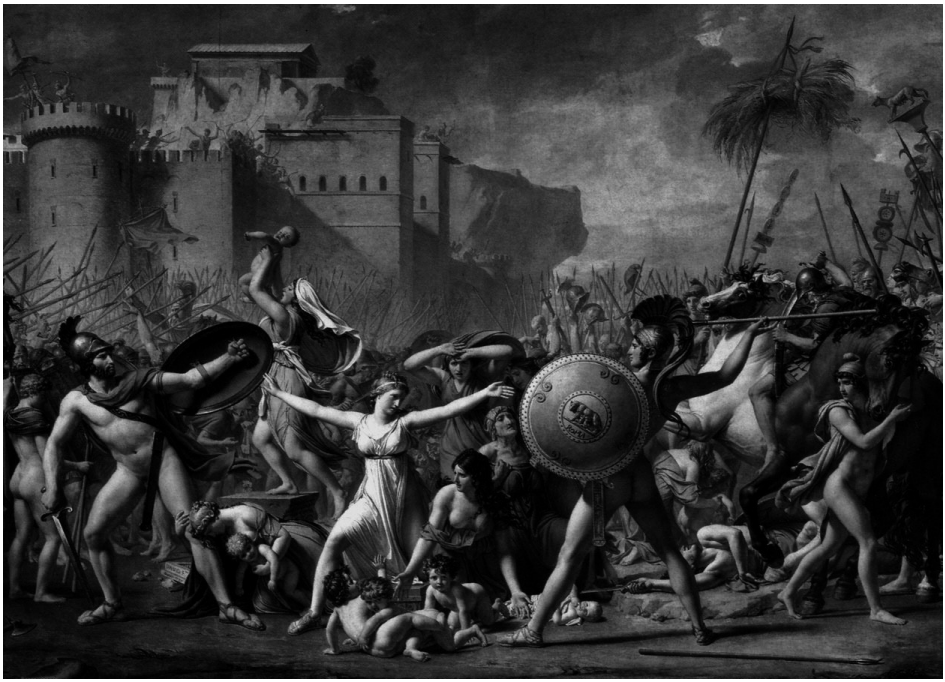


KARLOS NAVARRO

"Universitas Granadensis"

EDITORIAL HISPANOAMERICANA

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE



KARLOS NAVARRO

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

Autor	:	Karlos Navarro
Cordinación editorial	:	Karlos Navarro
Diseño de interiores	:	Freddy Aviles C.
Diseño de portada	:	Freddy Aviles C.

ISBN: 978-99924-21-27-0

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).

INDICE

LA DIFICIL Y COMPLEJA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA 17

I INTRODUCCION..... 17

II LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX 24
2.1 El periodo del protectorado norteamericano 26

III El PERIODO DE LA FAMILIA SOMOZA, Y EL FRUSTRADO INTENTO DE CREAR EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO–ADMINISTRATIVO..... 27

IV EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1987..... 30

V LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1996... 33
5.1 Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350..... 36
5.2 Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo 39

LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA..... 43

I INTRODUCCIÓN..... 43

II LA EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN NICARAGUA Y SU EVOLUCIÓN EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA..... 47

III LA CONSTITUCIÓN DE NICARAGUA DE 1987 Y SUS SUCESIVAS REFORMAS: UN NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NICARAGÜENSE... 56

3.1 La sujeción de la Administración pública al Derecho..... 57

3.2 La falta de una nítida separación entre Gobierno y Administración pública 61

3.3 La Constitución económica y la Administración pública 65

3.4 La regulación constitucional del empleo público..... 69

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 EN EL DERECHO PUBLICO NICARAGUENSE..... 75

I LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA, LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y CONSTITUCIÓN DE CADIZ EN CENTROAMERICA..... 75

1.1 La influencia de la Constitución norteamericana y la revolución francesa 75

1.2 El pensamiento ilustrado constitucional en Centroamérico, el Estatuto de Bayona y la Constitución de Cádiz..... 78

1.3 El rompimiento con el constitucionalismo español y la Constitución Federal de Centroamérica de 1824..... 82

1.4 Las constituciones del siglo XX y el derecho publico..... 86

II LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN LA CONSTITUCIÓN NICARAGUENSE DE 1987, EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA 89
2.1 Estado Social de derecho, la sujeción de la Administración pública al Derecho y la constitución económica 90
2.2 La regulación constitucional del empleo publico 102
2.3 La responsabilidad patrimonial de las Administraciones publicas 106
2.4 La tutela judicial efectiva y el debido proceso..... 109

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN ESPAÑA Y NICARAGUA 113
I INTRODUCCIÓN 113
II NOCIONES PRELIMINARES. LA TEORÍA DEL ACTO POLÍTICO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, SIGNIFICADO E IMPORTANCIA 114
III LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL 120
IV LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL DERECHO DE NICARAGUA 140

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHO HUMANOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA 145
I INTRODUCCIÓN 145
II EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 148
III ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 151

IV OBSTÁCULOS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 153
4.1 El carácter revisor del proceso contencioso administrativo 153
4.2 Los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa 156
4.2.1 El agotamiento de la vía administrativa ... 157
4.2.2 El silencio administrativo negativo y positivo 165
4.2.3 Plazo para promover el pleito 174

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA 179
I ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA 179
II COMPETENCIA 185
III PRINCIPIOS DEL PROCESO 186
IV LAS PARTES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 187
4.1 Capacidad para ser parte y capacidad procesal .. 188
4.2 Legitimación 190
4.2.1 Legitimación activa 191
4.2.2 Legitimación pasiva 194
4.2.3 Sucesión en la legitimación 196
4.3 Postulación 197
V OBJETO DEL PROCESO 198
VI ACUMULACIÓN DE ACCIONES 205
VII EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO 207
7.1 Plazo para la interposición del recurso 207
7.1.1 Plazo de interposición del recurso contra actos administrativos 207

7.1.2 Plazo de interposición del recurso contra actos producidos por silencio administrativo 210
7.1.3 Plazo para la interposición del recurso contra disposiciones administrativas 210
7.1.4 Plazo para interponer el recurso contra la inactividad material de la Administración 211
7.1.5 Plazo para interponer el recurso contra vías de hecho 211
7.2 Inicio del proceso..... 211
7.2.1 Demanda y contestación a la demanda..... 212
7.2.2 Prueba..... 222
7.2.3 Vista 225
7.2.3.1 Concepto y características..... 225
7.2.3.2 Principios que rigen la celebración de la vista..... 226
7.2.3.3 Desarrollo de la vista..... 228
7.2.4 Terminación del proceso..... 229
7.2.4.1 Terminación normal del proceso: la sentencia 230
7.2.4.2 Terminación anormal del proceso 240

MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA..... 247
I INTRODUCCIÓN..... 247
II LOS FUNDAMENTOS DE LA TUTELA CAUTELAR: EL PERICULUM IN MORA Y EL FUMUS BONI IURIS. 255
III LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES DE TERCEROS Y DEL INTERÉS PÚBLICO..... 263

IV LA CONSTITUCIÓN DE FIANZA COMO REQUISITO PARA LA EFECTIVIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR 267

V 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 . 269

VI PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES 272

VII MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESO EN QUE SE VENTILA LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: ACCESORIEDAD E INSTRUMENTALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR 275

VIII CONCLUSIONES 276

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA DE INTEGRACION CENTROAMERICANA 279

I INTRODUCCIÓN 279

II ADMIISTRACION PÚBLICA EN EL ADMINISTRATIVO COMUNITARIO 284

2.1 Administración central comunitaria 288

2.2 Concepto de Administración pública europea ... 292

III ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA Y EL DERECHO COMUNITARIO 294

IV A MODO DE CONCLUSIÓN 302

LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTATIVO DE EL SALVADOR. ALGUNOS COMENTARIOS..... 305
I LA FALTA DE UNA LEY REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR 305
II DEFINICIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO..... 308
III LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO..... 312
3.1 Principio de legalidad. 318
3.2 Principio de proporcionalidad..... 318
3.3 Principio antiformalista o pro actione..... 319
3.4 Principio de eficacia procesal..... 320
3.5 Principio de impulso de oficio u oficialidad 320
3.6 Economía..... 321
3.7. Coherencia..... 321
3.8 Principio de verdad material..... 322
3.9 Buena fe..... 322
3.10 Los sujetos del procedimiento administrativo.... 322
3.10.1 Capacidad para ser parte..... 322
3.10.2 Legitimación 323
3.10.3 Postulación..... 329
IV FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 329
4.1 Iniciación del procedimiento administrativo 330
4.2 Instrucción..... 334
4.3 Alegaciones..... 334
4.4 Informes..... 335
4.5 Prueba 339
4.6 Trámite de información pública 341
4.7 Trámite de Audiencia al Interesado 344
4.8 Terminación 345
4.9 Resolución en sentido estricto..... 346

LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL PROYECTO DE DE LEY GENERAL DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN Y DERECHO DE LOS CIUDADANOS 349

I CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.... 349

II LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL PROYECTO DE LEY..... 351

III POTESTAD SANCIONADORAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, EN EL PROYECTO DE LEY..... 353

IV PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA..... 355
- 4.1 Principio de legalidad..... 355
- 4.2 Debido procedimiento 355
- 4.3 Irretroactividad..... 355
- 4.4 Principio de tipicidad..... 355
- 4.5 Responsabilidad..... 356
- 4.6 Principio de proporcionalidad..... 357
- 4.7 Prescripción..... 358

V PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR..... 359
- 5.1 Garantía de procedimiento..... 359
- 5.2 Derechos del presunto responsable..... 359
- 5.3 Medidas de carácter provisional..... 360
- 5.4 Presunción de inocencia..... 360

VI TRANSPARENCIA DEL PROCEDIMIENTO..... 361

VII RÉGIMEN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS..... 362

VIII PRESCRIPCIÓN Y ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES 363

IX VINCULACIONES CON EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL 364

X RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD O PAGO VOLUNTARIO 364
XI COMUNICACIÓN DE INDICIOS DE INFRACCIÓN 365
XII ACTUACIONES PREVIAS E INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO 366
XIII ACTUACIONES PREVIAS 366
XIV COLABORACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LA TRAMITACIÓN 368
XV ACTUACIONES Y ALEGACIONES 369
XVI PRUEBA 370
XVII PROPUESTA DE RESOLUCIÓN 371

ESTUDIOS SOBRE DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

LA FORMACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN NICARAGUA. UN ANÁLISIS COMPARADO CON LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA 377
I INTRODUCCIÓN 377
II LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO 379
III EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA 382
3.1 El servicio público y el Estado liberal 382
3.2 El servicio público y el Estado Social 389
3.3 Las nuevas coordenadas del servicio público: privatización, liberalización y desregulación. 393
IV LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE SERVICIOS PÚBLICOS NICARAGÜENSE 397

4.1 Los servicios públicos durante el periodo conservador 401
4.2 La revolución liberal y el servicio público 404

PRIVATIZACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN. UN NUEVO MARCO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN IBEROAMÉRICA 409
I INTRODUCCIÓN 409
II DE LOS MODELOS TRADICIONALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A LA CREACIÓN DE MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS: EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN 414
III LAS CAUSAS DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN. ANÁLISIS PARTICULAR DE DICHA PROBLEMÁTICA EN HISPANOAMÉRICA 426
IV LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: DEFINICIÓN Y RASGOS DEFINIDORES 442
V LAS ENTIDADES REGULADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS 453

LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS: PRIVATIZACIÓN Y DES-REGULACIÓN ... 464
I INTRODUCCIÓN 464
II PRIVATIZACIÓN Y DES-REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PUBLICOS 466
III A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO 478

LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN ESPAÑA Y NICARAGUA. UN ESTUDIO COMPARADO 489
I LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL DERECHO ESPAÑOL 489
1.1 Introducción 489
1.2 Elementos del servicio público local derivados de la noción general de servicio público 492
1.3 Elementos que definen los servicios públicos como locales 513
1.4 Elementos de los que el legislador ha querido dotar a los servicios públicos locales 514
II LA EVOLUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN NICARAGUA 518
2.1 Los servicios públicos locales a finales del siglo XX 523
2.2 Los servicios públicos municipales durante el siglo XX 529
2.3 El Municipio y los servicios públicos en los años ochenta 532
2.4 El Municipio en los años noventa y los servicios públicos 534

LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS 541
I INTRODUCCIÓN 541
II PRESUPUESTOS HISTÓRICOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL NUEVO MODELO DE PRESTACIÓN. EL MODELO TRADICIONAL DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS RAZONES DE SU CRISIS 544

III EL NUEVO MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS ASPECTOS GENERALES 552

IV CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA APARICIÓN DE LOS MERCADOS REGULADOS PARA EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO 555

V ESTRUCTURA DE LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS 566

5.1 Liberalización del sector 566

5.2 Medidas dirigidas a la protección de la competencia 568

5.3 Regulación dirigida a satisfacer las necesidades de interés público que el mercado no satisface por si sólo 574

LAS AGENCIAS REGULADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS 577

I INTRODUCCIÓN..... 577

II LAS AGENCIAS REGULADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS: MOTIVOS DE SU EXPANSIÓN 579

III MEDIDAS DIRIGIDAS A GARANTIZAR LA AUTONOMÍA Y ESPECIALIZACIÓN DE LAS ENTIDADES REGULADORAS..... 584

IV VALORACIONES DOCTRINALES 588

V CONCLUSIONES..... 589

SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES 591
I EL SERVICIO PÚBLICO: UN CONCEPTO EN PERMANENTE DISCUSIÓN 592
1.1 Una noción en evolución constante 592
II LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO JURIDICO 598
2.1 Teorías o variables interpretativas de la noción de Servicio Público 601
2.1.1 El esquema de DROMI y ALBI 601
2.1.2 La teoría del interés general 604
2.1.3 La teoría de la necesidad colectiva 605
2.1.4 La teoría de la actividad esencial 605
2.1.5 La teoría de la obligatoriedad de la prestación 607
2.1.6 La teoría de los monopolios naturales 608
2.1.7 La teoría del servicio al público 609
2.2 Criterios para la definición del servicio público 610
III PRINCIPIOS O REGLAS DEL SERVICIO PÚBLICOS 616
3.1 Continuidad 617
3.2 Regularidad 619
3.3 Uniformidad o igualdad 620
3.4 Generalidad 621
3.5 Obligatoriedad 621
IV EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO 625

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES BÁSICA, EN ESPECIAL A LOS SERVICIOS DE PENSIONES, SALUD Y EDUCACIÓN EN NICARAGUA 631
I INTRODUCCIÓN 631

II LA DESCENTRALIZACIÓN DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE LAS PENSIONES..... 635
2.1 La privatización de las pensiones 638
2.2 Salud Pública 643
2.3 Educación 648
III CONCLUSIONES 652

LA DIFICIL Y COMPLEJA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA

I
INTRODUCCION

La formación y desarrollo del Derecho Administrativo en Nicaragua ha tenido un camino diferente a la mayoría de los países iberoamericanos[1]; y además tardío, porque presentar diversas influencias y principalmente porque la misma historia de Nicaragua, después del proceso de independencia, ha presentado un complejo proceso de definiciones y redefiniciones, de luchas, levantamientos y disputas entre las distintas fuerzas políticas en torno al proyecto de país.

[1] En Nicaragua, apenas se han publicado cuatros libros de Derecho Administrativo: El primero, Derecho Administrativo, Teórico y Positivo, de IDELFONSO PALMA MARTINEZ PUBLICADO en 1947; el segundo a inicios de los años noventa de ARMANDO RIZO OYANGUREN, Manual Elemental de Derecho Administrativo, el tercero de FLAVIO ESCORCIA, Derecho Administrativo (Parte General), y el último: Derecho Administrativo Tomo I, de KARLOS NAVARRO Y MIGUEL ANGEN SENDIN GARCIA, que constituye, según JESUS GONZALEZ PEREZ, el "libro que ha llevado de la adolescencia a la madurez el Derecho Administrativo nicaragüense".

En la primera mitad del siglo XIX reúne, en el escenario de su definición como nación, a independentista y realistas, pro monárquico y republicano, civil y militares, caudillos y funcionarios, liberales y conservadores. Este complejo escenario formativo de nuestra historia también estuvo marcado por la diversidad entre la modernidad que encerraban los proyectos políticos, y la novedad de las leyes e instituciones con respecto al acentuado tradicionalismo social y cultural.

Sin embargo, a pesar de las diversas ideas en torno al proyecto de nación que se debatieron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1823, el 22 de noviembre de 1824 se aprobó la Constitución de la República Federal de Centroamérica[2]; que imitó en su organización constitucional, el modelo de la primera república del continente, los Estados Unidos.

A pesar que se le atribuyen defectos, que no son más que la consecuencia natural de la filosofía política y de la doctrina que la inspiraba, 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.[3]

Esta crítica es válida, desde cierto punto de vista, sin embargo, debe analizarse teniendo en cuenta que la actitud que se objeta en la Carta de 1824 es común, prácticamente, a todo el constitucionalismo latinoamericano, y que se funda no sólo en la ideología política del momento, sino también en la mentalidad urbana de los constituyentes latinoamericanos del siglo XIX. Hay que tener en cuenta para comprender esta actitud de nuestro cons-

[2] "Once meses antes de su promulgación, - escribe Pedro Joaquín Chamorro Zelaya- el poder Ejecutivo Provisional había publicado las bases de la Constitución Federal, la cual, según él presagiaba "La creación de nuevo orden social, los más análogos a las luces del siglo y los deseos y disposición actual de las provincias unidas de Centroamérica. Historia de la federación de la América Central (1823-1840) Madrid, ediciones, Cultura hispánica. 1951. Pág. 67

[3] El examen más exhaustivo sobre los posibles defectos de la Constitución lo realiza Pedro Joaquín Chamorro Zelaya. Historia de la federación de la América Central (1823-1840) Madrid, ediciones, Cultura hispánica. 1951.

titucionalismo, en el periodo de la organización institucional posterior a la Independencia, que no era posible, en términos reales, la creación de modelos a la redacción de textos derivados de nuestra propia experiencia histórica y política, por lo que había de ser, en cierta forma ineludible, la adopción de fórmulas jurídicas importadas, que, resultado de la ideología que habían adoptado las "élites" nacionales, veían coronadas del prestigio intelectual, ideológico o político de los Estados "modernos".

Tuvieron así los textos constitucionales "una función programática", utópica y ritual de que carecen en sus lugares de origen y que se enlaza "bárbaramente" con la seguridad nacional, las instituciones vernáculas y políticas realistas".[4]

Así comprendida, la objeción adquiere su verdadera ubicación y su real sentido. El pretendido desajuste con la realidad, el invocado lirismo de los constituyentes, no fue una omisión o un error impensado, sino la consecuencia, buscada y requerida, de la voluntad de imponer un sistema normativo que representaba el esquema jurídico de una ideología política. Se produjo, en consecuencia, un frecuente conflicto, usando la expresión de Héller, entre normalidad y normatividad, porque en cierta forma y en determinadas materias reguladas por la Constitución. No se estaba creando derecho válido, sino sólo un plan de derecho para el futuro. Con este punto de vista se comprende y se valora en forma adecuada la Constitución Federal de 1824. Lo único que podría hacerse era elaborar una Constitución que significara un símbolo, querido y respetado, que fuera, lentamente, acostumbrando al país a vivir sometido a una organización constitucional, acompañado y encauzando un proceso de madurez política y de progreso económico y social.

Unas republicas recientemente constituidas, con escasa población, de conflicto permanente, no podía aspirar a la tranquilidad

[4] Marco Palacios (Compilador). La Unidad nacional en América Latina. Del regionalismo a la nacionalidad. Colegio de México. México. 1983.

derivada del funcionamiento normal de las instituciones, por el sólo hecho de que se sancionara una Constitución. Por ello, durante años, mientras la República realizó su duro aprendizaje cívico, la Constitución fue sólo una superestructura, por debajo de la cual el caudillismo, la fuerza y la violencia eran los verdaderos poderes del gobierno.[5]

Pero la Constitución de Federal creó un orden jurídico, fundado en algunos principios en que aún hoy se asienta nuestro sistema, y sus normas básicas –contempladas casi siempre como un ideal y un objetivo necesario- ejercieron una constante docencia cívica, influyendo el proceso, lento y difícil, de perfeccionamiento cívico y político de la República.

Las ideas que actúan para hacer posible la Constitución Federal de 1824 son ideas liberales, ya que se consigna en la Constitución: el principio de la separación de los poderes. La influencia de Montesquieu, es determinante.[6] El artículo 55 de dicha Constitución establece: "El poder legislativo de la Federación reside en un Congreso compuesto de representantes popularmente elegidos, en razón de uno por cada treinta mil habitantes". Y, el artículo 89 dice: "Habrá un senado compuesto de miembros elegidos popularmente en razón de dos por cada Estado". El Derecho de iniciativa correspondía al congreso y a las secretarias del ejecutivo (art 71), y el de sanción al senado (art. 77), pero las resoluciones vetadas por éste, cuando el congreso las ratificaba por dos terceras o tres cuartas partes, según el carácter del proyecto en cuestión, obligaban a la sanción del senado (artículo 81 y 82).

[5] Edelberto Torres Rivas.: Interpretación del desarrollo social centroamericano. EDUCA. San José Costa Rica. quinta edición. 1977. Especialmente ver: La Anarquía, Pág. 37-46.

[6] "Se tomó a Montesquieu como maestro constructor de la Constitución Federal de Norte América. El gobierno federal se edificó sobre la teoría de los tres poderes y contrapesos, para impedir que minorías podían suplantar a otro. El Congreso contrarresta a cualquier presidente, éste al Congreso, y la Suprema Corte a ambos, al paso que el Senado es una Cámara Legislativa con la de Diputados, con votos igual para todos los Estados". Pedro Joaquín Chamorro Zelaya, Historia de la Federación de la América Central (1823-1840) Madrid, ediciones, Cultura hispánica, 1951.

Al congreso le correspondían, fuera de la Facultad de legislar (Art. 69): Hacer las leyes que mantiene la Federación, y aquellas en cuya general uniformidad tiene un interés directo y conocido cada uno de los Estados, fijar los gastos de la administración general, arreglar la administración de las rentas generales: velar sobre su inversión, y tomar cuenta de ellas al poder executivo, calificar y reconocer la deuda nacional, suministrar empréstitos a otras naciones.[7] El Senado- escribió Manuel José Arce- es una autoridad que ha extirpado el dogma de la división de los poderes, porque reúne las tres".[8]

Con respecto al poder ejecutivo, el artículo 106, estima que se "exercerá por un Presidente nombrado por el pueblo de todos los Estado de la Federación". El papel del Ejecutivo, a quien se privó no sólo del derecho de sanción y veto, sino también y aún, del de objeción, se reducía, al cumplimiento de las leyes así formadas.

Decía el artículo 87: "El poder Executivo, luego que recibía una resolución sancionada... debe, bajo la más estrecha responsabilidad, ordenar su cumplimiento: disponer entre quince días o lo necesario a su ejecución; y publicarla y circularla". Este era el papel específico del presidente de la Federación.

Al ejecutivo también se le encomendaba la dirección de las Fuerzas Armadas, el mantenimiento del orden público y el derecho de hacer ciertos nombramientos, pero en todas estas facultades estaba sujeto, en mayor o menor grado, al congreso, la aprobación o la ratificación del Congreso (Art. 113 y 122) El Ejecutivo se hallaba del todo impotente para realizar ninguna de sus funciones, debido en parte a la excesiva de los gobiernos de los Estados y en parte a la forma absoluta de que la consti-

[7] Articulo 69, incisos 1, 6,10, 13. Antonio Esgueva.: Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua, Tomo, I. Editorial "El Parlamento", 1995. Pág. 204-205.

[8] Memorias de la conducta publica ya administrativa de Manuel José Arce, durante el período de su presidencia. 2 ediciones, con notas del doctor Modesto Barrios. San Salvador. 1903.Pág. 71

tución consignaba las garantías individuales.[9] Ni el Congreso Federal ni las Asambleas de los Estados podrían contrariar las garantías individuales, pero sí ampliarlos y dar otras nuevas. A ninguna autoridad le estaba permitido nunca, ni por pretexto alguno, coarta la libertad de pensamiento, ni de palabra, la de escritura y la de imprenta. La restricción de la pena de muerte, solo para los delincuentes contra el orden público. [10]

El artículo 132, establece que "Habrá una Corte Suprema de Justicia que según disponga la ley, se compondrá de cinco a siete individuos: serán elegidos por el pueblo; se renovarán por tercios cada dos años y podrán siempre ser reelegidos". "La Corte Suprema de Justicia –escribió Pedro Joaquín Chamorro Zelaya venía a ser un tribunal mezcla de político y judicial. Contradecía ese dualismo su carácter de poder independientes, pues en lugar de limitarse a dudas sobre el tuyo y el mío en última instancia, debía entremeterse en la controversia de los Estados...pero ni siquiera supo aprovechar esta facultad, pues cuando comenzaron las diferencias políticas de los Estados, no se interpuso con su misión moderadora la suprema corte, ni intento evitar el choque."[11]

Lo que parece indiscutible es que los hombres que inspiraron la constitución Federal, estaban en contacto con las nuevas corrien-

[9] "En cuanto a su energía y vigor, el poder Ejecutivo debe de tener todas las facultades que hacen necesarias los antecedentes y las condiciones del país y la grandeza del fin para el que es instituido. De otro modo habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la constitución, es decir, no podrá haber ni religión, ni libertad, ni confederación Argentina. Juan Bautista Alberdi, Las Bases. Biblioteca, Argentina, Buenos Aires, 1915. Pág. 155 y 156.
En las memorias de DON MANUEL JOSÉ ARCE, primer Presidente de Centroamérica, están repletas de detalles que demuestran positivamente esa situación. Reducido a las atribuciones de la ley, con pequeños, ajenas y sin fuerza suficiente, no podía éste sostenerse cercado del movimiento convulso de fracciones acaloradas".
Rodrigo Facio. Trayectoria y crisis de la Federación Centroamericana. San José Costa Rica. 1949. Pág. 5

[10] Ver: JOSÉ DOLORES GÁMEZ. Historia de Nicaragua, Historia moderna de Nicaragua, Banco de América, 1975. Pág.289

[11] PEDRO JOAQUÍN CHAMORRO ZELAYA.: Historia de la Federación... Pág. 72

tes del pensamiento, y defendían la libertad, la propiedad privada[12] y libertad de comercio e industria [13]. Locke llegó a considerar a la propiedad como el derecho natural por excelencia perteneciente al individuo inseparable de la libertad.[14]

Lo que importa resaltar que el resultado final de este proceso constitucional fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado[15] (principios de legalidad y de división de poderes; en el respecto de la propiedad; y finalmente el mantener orden público y los derecho privados a través del ejército y la policía) y el ámbito privado, del mercado incipiente centroamericano. Al ser una copia casi total de la Constitución estadounidense, no existía un capítulo sobre los municipios.

[12] En el artículo 2 de la Constitución se establece: "Es esencial al soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad". En el artículo, 175, inciso 4, se lee: "Tomar la propiedad de ninguna persona ni turbarle en el libre uso de sus bienes, si no es en favor del público cuando lo exija una grave urgencia legalmente comprobada y garantizándose previamente la justa indemnización". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 332 y 356. En el nuevo orden creado por la revolución francesa, la propiedad y la libertad de comercio e industria, ocupa el primer lugar. En la Declaración de Derecho del Hombre y del ciudadano de 1791 muestran que la Revolución hace de la propiedad uno de los derecho naturales e imprescriptibles del hombre, El artículo segundo menciona a la propiedad entre esos derechos. Y el famoso artículo 17 sacraliza la propiedad de un modo más explícito: "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización". En la Declaración de Derecho 1793, se añira matices al derecho de propiedad. EL artículo 16 dice: "El derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de disfrutar y disponer a su conveniencia de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria". MUÑOZ MACHACO, comenta que "la propiedad no se preserva de un modo absoluto como había querido los revolucionarios del 89. Se pone ahora el acento en la propiedad que procede de las obras, del trabajo". Servicio público...Pág. 46. Al parecer los Constituyentes centroamericanos, tomaron su inspiración para redactar este artículo en la Declaración de Derechos del Hombre y no en la Declaración de derechos de 1793. Véase también, PEREZ ESTRADA.: "Breve historia de la tenencia de la tierra en Nicaragua". Págs. 15-22

[13] En el artículo 175, inciso 7, se establece: "Conceder por tiempo ilimitado privilegios exclusivos a compañías de comercio o corporaciones industriales". Y en la Sección Segunda, "De los ciudadano", en el artículo 15, inciso 2, se lee: "Por cualquier invención útil y por el ejercicio de alguna ciencia, arte u oficio no establecidos aún en el país, o mejora notable de una industria conocida". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 333 y 356

[14] Harold Laski.: El liberalismo europeo, F.C.E. México, Quinta reimpresión, 1977.

[15] En el artículo 182, de la Constitución se establece que el Poder Ejecutivo, está 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". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 358.

II
LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX

Similares términos e idénticos conceptos encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, que en su parte introductoria establece: "...Para dar la ley fundamental, que asegure la felicidad y prosperidad del Estado, que consiste en el perfecto goce de los derechos del hombre y del ciudadano, que son: la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad". Sin embargo, en su artículo 36, se garantizaba la propiedad de las tierras comunales y la posesión de colonos y ejidatarios[16].

En el preámbulo de la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez Fracasada la Federación), se eliminan los conceptos de libertad, seguridad e igualdad y solamente se hace mención a una mejor felicidad y prosperidad".

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General ZELAYA. Aunque las reformas liberales implementadas por ZELAYA 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[17] y el país, por el otro,

[16] VELAZQUEZ PEREIRA, señala que "más tarde, la asamblea ordinaria del Estado de Nicaragua, en 1832, hizo énfasis en proteger el derecho de las comunidades sobre sus tierras y ejidos, estableciendo en el artículo I. "Es deber del Estado el promover la industria comunal rural". Posteriormente, la constitución de 1838 hizo pequeñas modificaciones al derecho de propiedad, trazando el marco jurídico para que dentro de él se regulara la distribución de terrenos ejidales. Sin embargo, estas disposiciones no tuvieron ningún efecto por la importancia nula que el ejido tenía en la economía nacional". La formación del Estado en Nicaragua. Banco Central de Nicaragua. Managua, Nicaragua. 1992. Pág. 31.

[17] 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)

no lograron establecer un orden político estable ni un progreso económico duradero[18], 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 una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho de servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a extranjeros el derecho de 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 el no ir a prisión por deudas[19]. En el año de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. 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 Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.

[18] 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". Interpretación del desarrollo social en Centroamérica. San José, Costa Rica. 1972. Pág. 63.

[19] ALVAREZ LEJARZA apunta en su Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua, que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio.
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 fue 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.

pesar de esta reformas importantes, ZELAYA no separó el Gobierno de la Administración Pública[20].

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.

2.1 El periodo del protectorado norteamericano

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"[21]. 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[22].

[20] Santa María de Paredes afirma 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". Curso de Derecho Administrativo. Quinta edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe. Madrid, 1898. Págs. 138-143. Posada, en cambio, sí establece la distinción entre gobierno y administración en 1897: "… no (hay que) confundir la Administración con el Poder Ejecutivo ni con su fin". Por otra parte, adelanta una tercera función del Poder Ejecutivo, que sería la actividad preponderante del Estado desde mediados del siglo xx: "… la acción protectora –injerencia social—del Estado". No obstante, denota confusión—desde el punto de vista de las concepciones actuales— al aclarar que "…el Poder Ejecutivo tiene su aspecto administrativo" Tratado de Derecho... Pág. 57.

[21] WALTER KNUT.: El somocismo: Del protectorado a la revolución, en Encuentros con la historia. Primera edición, Universidad Centroamericana, 1995. Pág. 331.

[22] 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.

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.

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.

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

III
EL PERIODO DE LA FAMILIA SOMOZA, Y EL FRUSTRADO INTENTO DE CREAR EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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 institución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo[23]. En 1937, ya por Ley, el ejecutivo asume el gobierno

[23] 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

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[24].

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 relacio-

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 desarrollo 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 como se conoce estos planes no se llevaron a la práctica ni tuvieron incidencia alguna. A. RODRIGUEZ 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 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". Centralismo, municipio, regionalización y descentralización en Nicaragua. Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 1991. Pág. 29.

[24] Sobre este aspecto, véase: BUITRAGO, E.: El municipio en Nicaragua. Managua, Nicaragua, 1987;

nes 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". Sin embargo, esta intención nunca se cumplió. Idénticos términos encontramos en la Constitución de 1948[25]; en la de 1950[26]; y en la de 1974.

Sin embargo, en esta última Constitución Política, se produjo un hecho nuevo: la posibilidad de 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[27].

En el Titulo XII llamado Poder Judicial, Capítulo único, de la Constitución de 1974, que trataba de la organización y atribuciones de este Poder, es donde se encuentran las normas que regulan al Contencioso–Administrativo al menos en esa época:

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".

[25] Artículos 177, 182 incisos 4 y 5.

[26] Artículos 190, 195 incisos 4 y 5.

[27] CAIRO MANUEL LOPEZ, sobre este particular comenta: "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. Concepto y Naturaleza del Procedimiento Administrativo. Revista Encuentro. Número. Pág. 28.

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 dictó la ley para su funcionamiento.

IV
EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1987

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[28], 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 cuales se clasificaban en: Derechos del pueblo, Derechos individuales, civiles y políticos, Derechos individuales, económicos, sociales y cultu-

[28] 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).

rales. Estos Estatutos constituían el fundamento teórico sobre el que se irá desarrollando el nuevo régimen político[29].

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[30], que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales[31].

[29] ESGUEVA, A.: Conflicto y paz en Nicaragua. Taller No. 7. Editorial UCA. 1998. Pág. 95-96. Véase también, En Busca de la democracia. BCN. Managua. Nicaragua. 1994. Págs. 447-448. FLAVIO ESCORCIA señala que en ninguno de estos textos "se hizo alusión alguna a las entidades municipales, no sabemos a qué 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". Municipalidad y Autonomía en Nicaragua. Editorial Universitaria. León, 1999. Págs. 83 y 84. Por medio del Decreto núm. 270, dictado el 31 de enero de 1980, se regulo 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.

[30] RODRIGUEZ 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. Centralismo...Págs. 35 y 39.

[31] 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". 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 desarrollo 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. "Economía y política en la Transición", en La transición difícil. Editorial Vanguardia. Managua, Nicaragua, 1987.

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.

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 artículo 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. No obstante, el 10 de mayo de 1990 se suspendió la Ley de Servicio Civil, permitiendo el despido de trabajadores del sector público.

V
LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1996

A inicios de los años noventa, tras el triunfo electoral en 1990 de Doña VIOLETA BARRIOS DE CHAMORRO se redactó 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 Titulo 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[32]. En este proyecto de ley, por razones de técnica legislativa se obvió el titulo primero.

En su título segundo referente al Contencioso–Administrativo, capitulo 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:

[32] Este proyecto de ley según lo señalaba su exposición de motivos, fue el producto del trabajo de los Magistrados de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la época, así como por un equipo internacional, coordinado por el Honorable Juez CHARLES VACCARO de Texas Estados Unidos y el Honorable Magistrado JORGE RODRÍGUEZ ZAPATA del Tribunal Supremo Español y por un equipo de juristas nacionales integrado por los Doctores ORLANDO BARRETO ARGUELLO, CAIRO MANUEL LÓPEZ SÁNCHEZ, RODOLFO EMILIO FIALLOS PINEL, RAMIRO GUEVARA RÍOS Y SALMIRA CASTRO GALEANO.

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).

5.1 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 señalo 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 inconstitucionalidad, 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 administrativo 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 cuarentinueve 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.

5.2 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 declarase 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 menciona-

re ***"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 inconstitucionalidad 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, está facultada a conocer, directamente, los procedimiento especiales, establecidos en el artículo 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 específicamente sobre la estructura orgánica que aprobó, se ha presentado ya en la Asamblea Nacional de Nicaragua, un proyecto de reforma a la Ley No. 350 de parte de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, que pretende mantener como único órgano competente en esta materia a la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, permitiendo la presentación de las demandas o mejor dicho del recurso contencioso–administrativo en las Salas de lo Civil de los diferentes Tribunales de Apelaciones del país mientras que en Managua será la Sala de lo Laboral la encargada de recepcionarlos, suspenderán el acto administrativo si es necesario, para luego enviarlas a la Sala de la Corte Suprema que resolverá el fondo.

LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA

I
INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos más característicos del Derecho administrativo de nuestro tiempo es su constitucionalización. 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, 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 deja 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.

La explicación es, sin embargo, bien sencilla: en este país había existido una muy difusa, y en muchos casos inexistente, sepa-

ración entre Gobierno y Administración pública, o lo que es lo mismo, entre la política y la administración pública.

Esta situación es 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 la reforma constitucional del años 2014, se reformo el artículo 131, y se introdujo la definición de Administración pública: "La Administración Pública centralizada, descentralizada o desconcentrada sirve con objetividad a los intereses generales y está sujeta en sus actuaciones a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, calidad, imparcialidad, objetividad, igualdad, honradez, economía, publicidad, jerarquía, coordinación, participación, transparencia y a una buena administración con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. La ley regula el procedimiento administrativo, garantizando la tutela administrativa efectiva de las personas interesadas, con las concepciones que esta establezca. La legalidad de la actuación de la Administración Publicas se regirá por los procedimientos administrativos establecidos por Ley y la Jurisdicción de lo contencioso administrativa".

También, 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.

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 régimen 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, antes de la reforma del 2014.

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 extremadamente importante a los efectos de nuestro estudio, no sólo porque afecta a este importante sector del Derecho administrativo, sino también porque permite derivar importantes conclu-

siones 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.

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, si éxito, sobre las demás. Esto impide descubrir en esta evolución un modelo o sistema de Estado específicamente nicaragüense, sino 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.

La primera mitad del siglo XIX, momento en que Nicaragua se define como nación, reúne a independentista y realistas, promonárquicos y republicanos, civiles y militares, caudillos y funcionarios, liberales y conservadores. Un complejo escenario, más si se tiene en cuenta la imposible fusión entre la modernidad que encerraban los proyectos políticos y las nuevas leyes e instituciones; con el acentuado tradicionalismo social y cultural.

Esta difícil situación, con la que tendrá que lidiar la Asamblea Nacional Constituyente de 1823, no va a impedir, sin embargo, que el 22 de noviembre de 1824 se apruebe la Constitución de la República Federal de Centroamérica; que imitó en su organización constitucional, el modelo de la primera república del continente americano: los Estados Unidos.

Aunque muchos de los defectos que se le atribuyen no son más que la consecuencia natural de la filosofía política y de la doctrina que la inspiraba, si es cierto que esta Constitución no se ajustaba a la realidad de Centroamérica, y que los Constituyentes actuaron con un lirismo doctrinario que produjo graves y negativas consecuencias[33].

Esta crítica puede ser aceptada sólo con matices, pues es un rasgo común a la casi totalidad del constitucionalismo latinoamericano

[33] El examen más exhaustivo sobre los posibles defectos de la Constitución lo realiza Pedro Joaquín Chamorro Zelaya. Historia de la federación de la América Central (1823-1840) Madrid, ediciones, Cultura hispánica. 1951.

del momento, encontrando su razón de ser no sólo en la ideología política entonces imperante, sino también en la mentalidad urbana de los constituyentes de la época. En realidad, no era posible, entonces, la creación de modelos sobre la base de textos derivados de la propia experiencia histórica y política. Factor que hacía ineludible la adopción de fórmulas jurídicas importadas, que habían sido adoptadas por las "élites" nacionales, que las veían coronadas del prestigio intelectual, ideológico o político de los Estados "modernos"[34].

Con este punto de vista se comprende y se valora de forma más adecuada la Constitución Federal de 1824, que cumplió la única función que quizás podía pretenderse en ese momento: convertirse en un símbolo, querido y respetado, que fuera, lentamente, acostumbrando al país a vivir sometido a una organización constitucional, acompañando y encauzando así un proceso de madurez política y de progreso económico y social.

Sin embargo, unas republicas recientemente constituidas, con escasa población, en conflicto permanente, no podían aspirar a la tranquilidad derivada del funcionamiento normal de las instituciones por el sólo hecho de que se sancionara una Constitución. Por ello, durante años, mientras la República realizó su duro aprendizaje cívico, la Constitución fue sólo una superestructura, por debajo de la cual el caudillismo, la fuerza y la violencia eran los verdaderos poderes del gobierno[35].

A pesar de ello, la Constitución Federal creó un orden jurídico, fundado en algunos principios en los que aún hoy se asienta el sistema nicaragüense, y sus normas básicas –contempladas casi siempre como un ideal y un objetivo necesario- ejercieron una constante docencia cívica, influyendo el proceso, lento y difícil, de perfeccionamiento cívico y político de la República.

[34] Tuvieron así los textos constitucionales "una función programática", utópica y ritual de que carecen en sus lugares de origen y que se enlaza "bárbaramente" con la seguridad nacional, las instituciones vernáculas y políticas realistas". PALACIOS, M. (Compilador): La Unidad nacional en América Latina. Del regionalismo a la nacionalidad. Colegio de México. México. 1983.

[35] Edelberto Torres Rivas.: Interpretación del desarrollo social centroamericano. EDUCA. San José Costa Rica. quinta edición. 1977. Especialmente ver: La Anarquía, Pág. 37-46.

Por lo demás, en la Constitución Federal de 1824 convivían principios puramente liberales, como el principio de división de poderes, que constituía una de las ideas básicas de esta Norma Fundamental; con elementos claramente centroamericanas, como la situación de los criollos en las postrimerías de la Colonia y el papel preponderante de la iglesia católica, que no solamente determinaron en buena medida el curso de los acontecimientos, sino que impusieron un cierto "estilo" mental que no puede desconocerse.

Importa resaltar, en cualquier caso, que el resultado final de este proceso constitucional fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado (principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto a la propiedad; y el mantenimiento del orden público y los derecho privados a través del ejército y la policía) y el ámbito privado, del mercado incipiente centroamericano.

Al período conocido como la "Anarquía", una vez fracasado el proyecto de la Federación Centroamérica, le siguió el llamado período conservador, que aspiraba a crear un gobierno fuerte y centralizado[36]. Con ello, los conservadores nicaragüenses no pre-

[36] LEVY apunta que "el sistema de administración es de una simplicidad bíblica...la mayor parte de los funcionarios mal retribuidos y muchas veces pagados con irregularidad. No hay ninguna clase de corte ni gastos de representación...". "Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua". En: Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano. Número. 59-63. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965. Pág.157. VELAZQUEZ PEREIRA, considera que en "general, el aparato del Estado se presentó atrofiado, débil poco desarrollado, con una burocracia escasa y un sistema administrativo reducido al mínimo". Los órganos que constituían el Estado eran los Supremo Poderes, Relaciones Exteriores, Departamento de Gobernación, de Guerra y de Hacienda. Asimismo, considera que "el Estado desempeñaba funciones básicas en la organización de la economía agroexportadora y de consumo local, por medio de las siguientes actividades: 1. Construyendo el andamiaje jurídico e institucional necesario para efectuar, en primer lugar la expropiación de las tierras comunales y la apropiación de las nacionales; en segundo lugar, promulgando y administrando la legislación requerida para crear un mercado de trabajo mediante la aplicación legal de coacciones extraeconómica diversas. Todas esta medidas estaban encaminadas de por sí a generar el contingente apropiado de fuerza de trabajo. 2. Garantizando el contenido concreto del Pacto en lo referente a la repartición de los ingresos de aduanas, la suspensión del monopolio comercial y los subsidios a la producción. En general, podemos decir que el Estado creaba, a nivel local, las condiciones básicas e indispensables para la reproducción y consolidación de la clase dominante, y de la oligarquía de los plantadores en especial. La formación del Estado. Pág. 77, 78 y 79. También véase: OSCAR ISIDRO DELGADILLO CHAVEZ.: Historia económica de Nicaragua. 1850-1859. Pág. 41- 54

tendían ni una vuelta del orden colonial, ni del dominio español. Estaban contra la colonia, pero también contra el dominio institucional que los liberales trataron de imponer por la fuerza. La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente esta realidad. Asimismo, fue clara expresión del sistema conservador, manteniendo un orden basado en la costumbre y en el *status quo*, en donde el concepto de ciudadano estaba determinado por una alta concentración de capital y de propiedades[37].

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[38] y el país, por otro, no lograron establecer ni un orden político estable, ni un progreso económico duradero[39], ni una administración pública independiente del poder Ejecutivo.

---

[37] 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. "Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua", en Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano. Número. 59-63. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965. Pág. 148.

[38] 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 Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.

[39] 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". Interpretación del desarrollo social en Centroamérica. San José, Costa Rica. 1972. Pág. 63.

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 una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho de 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 de 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 eliminó la prisión por deudas[40]. En el año de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. Pero pesar de estas reformas importantes, tampoco en la etapa de ZELAYA se separó el Gobierno de la Administración Pública.

Con el tiempo ZELAYA se convirtió en una seria causa de intranquilidad en Centroamérica, determinando su enfrentamiento con los Estados Unidos por el canal su caída del poder en 1909. Con ello comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

[40] ALVAREZ LEJARZA apunta en su Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua, que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio.
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 fue 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.

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"[41]. Esta 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.

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. A pesar de haber transcurrido varias décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes en la primera mitad del siglo XX, en Nicaragua aún no se logra del todo descomponer 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 convertirá en una característica esencial de la cultura política que, como tal, atravesará toda la historia de Nicaragua a partir de expresiones más elaboradas como el caudillismo, y de los liderazgos populistas dados durante todo el siglo XX.

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

[41] WALTER KNUT.: El somocismo: Del protectorado a la revolución, en Encuentros con la historia. Primera edición, Universidad Centroamericana, 1995. Pág. 331.

GARCÍA, a la supresión de la autonomía municipal y a la institución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo. 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, se abolió la autonomía municipal y se deja la administración de las entidades locales a cargo de municipalidades nombradas por el Poder Ejecutivo[42].

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". Sin embargo, esta intención nunca se cumplió. Idénticos términos encontramos en la Constitución de 1948[43]; en la de 1950[44]; y en la de 1974.

En esta última norma, se puede percibir una importante novedad: la posibilidad de establecer una Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con base en los artículos 303 y 304, que contemplaban la estructuración de un "Tribunal de lo Contencioso Administrativo", adscrito al Poder Judicial.

[42] Sobre este aspecto, véase: BUITRAGO, E.: El municipio en Nicaragua. Managua, Nicaragua, 1987;

[43] Artículos 177, 182 incisos 4 y 5.

[44] Artículos 190, 195 incisos 4 y 5.

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[45], 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 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[46].

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 generó una identificación política y administrativa del partido y del Estado, que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales[47].

[45] 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).

[46] ESGUEVA, A.: Conflicto y paz en Nicaragua. Taller No. 7. Editorial UCA. 1998. Pág. 95-96. Véase también, En Busca de la democracia. BCN. Managua. Nicaragua. 1994. Págs. 447-448.

[47] 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". 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 desarrollo 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. "Economía y política en la Transición", en La transición difícil. Editorial Vanguardia. Managua, Nicaragua, 1987.

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, la duplicidades e incluso las contradicciones legales entre los organismos estatales.

Como puede verse, Nicaragua ofrece una evolución histórica complicada y un cierto caótica, en la que falta la más mínima estabilidad política, y son frecuentes los cambios de orientación, que no sólo introducen una nueva forma de pensar y hacer las cosas, sino que, lo que es aún más grave, destruyen lo realizado en etapas precedentes. Todo ello determina que la Administración pública se presente en la Historia de Nicaragua como un sujeto multiforme, carente de una estructura y unos principios unitarios, que impiden hablar de una identidad o modelo propio, en sentido estricto.

III
LA CONSTITUCIÓN DE NICARAGUA DE 1987 Y SUS SUCESIVAS REFORMAS: UN NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NICARAGÜENSE

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.

3.1 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 duda posible de que la sustanciación y resolución de estos conflictos se llevará 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[48]. 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 orde-

48 DE LAUBADÈRE, A.; VENEZIA, J. C.; GAUDAMET, Y.: Traité de Droit administratif. Tome I. LGDJ. Decimotercera Edición. París, 1994. Pág. 21. CAETANO, M.: Tratado Elemental de Derecho Administrativo. Traducción de L. López Rodo. Santiago de Compostela, 1956. Págs. 35-36.

nar las relaciones jurídico-administrativas (sistema de régimen administrativo, característico de Europa continental)[49].

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

[49] 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. Pág. 89. CHAPUS, R.: Droit administratif général. Tome I. Quinta edición. Montchrestien, 1990. Pág. 2. BÉNOIT, F. P.: Le Droit administratif français. Dalloz. París, 1968. Págs. 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. Pág. 49-57. Entre los juristas anglosajones, CRAIG, P. P.: Public law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America. Clarendon Press. Oxford, 1990. Pág. 50-51.

vada, 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)[50].

Dicha tesis, muy discutida[51], 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 específicamente de los asuntos administrativos (la jurisdicción contencioso-administrativa); mientras que otros atribuyen dicha tarea a los tribunales ordinarios.

50 DEL SAZ CORDERO, S.: "Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX", en La Administración Pública española. Director. J. Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid, 2002. Pág. 65.

51 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "La vuelta al Derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)", en Revista de Derecho 7 (2005). Págs. 93-94.

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 (recuérdese que, como vimos, la Constitución de 1974 había previsto ya tal posibilidad, con el refrendo de la mejor doctrina, que acogió muy favorablemente dicha decisión[52]), 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[53].

52 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 artos. 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". "Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo".

53 Véase sobre esta evolución ARRÍEN SOMARRIBA, J. B.: "El contencioso-administrativo en Nicaragua", en Cuadernos de Investigación de la UCA nº 7. Colección Jurisprudencia. Págs. 8-11.

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.

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.

3.2 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 Título 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. Ësta 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 utilizara 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 el nombrado, 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 ingerencia 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*[54].

54 GARRIDO FALLA, F.: "Constitución y Administración", en Revista Española de Derecho Administrativo 20, enero-marzo de 1979. Págs. 7-8.

En los últimos tiempos, se está avanzando en Nicaragua hacia una mayor separación entre Gobierno y Administración, que es claramente perceptible en alguna normativa ordinaria[55], si bien persisten también normas en que la confusión entre ambas instancias es notable[56]. Todo ello es consecuencia una vez más de que el Derecho administrativo nicaragüense se esté desarrollando a nivel de Derecho ordinario, sin una sólida base consti-

[55] Así, la Ley nº 70, Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa establece que ella misma se aplicará al personal de:

"1) De la Administración Central del Estado.
2) De la Administración Institucional.
3) De la Administración Local.
4) De los Poderes Judicial, Legislativo y Electoral.
5) De los Organismos Autónomos.
6) De los cuerpos civiles al servicio de las Fuerzas de Defensa y Seguridad.
7) Del Magisterio Nacional y de todos los niveles del Sistema Educativo Nacional.
8) Del Sistema Nacional de Salud.
9) Administrativo de las Empresas Estatales.
10) Cualquier otro que se determina por mandato legal y que presta servicio a instituciones estatales en las condiciones establecidas en el Articulo 4".

[56] Se puede citar, al respecto, el art. 2 de la Ley nº 323, de Contrataciones del Estado (tomada de la Gaceta nº 1-2 del 3 y 4 de Enero de 2000, que al fijar "el Sector Público comprende:

1. El Poder Ejecutivo.
   - Presidencia de la República.
   - Vicepresidencia de la Repúbica, Ministerios de Estados
   - Entes Descentralizado y Desconcentrado.
   - Bancos e Instituciones Financieras del Estado.
   - Empresas Estatales.
2. El Poder Legislativo.
3. El Poder Judicial.
4. El Poder Electoral.
5. La Contraloría General de la República.
6. La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.
7. Los Municipios.
8. Las Universidades que reciben fondos del Estado.
9. Consejo y Gobiernos Regionales Autónomos.
10. Todas aquellas Instituciones o Empresas que reciben fondos provenientes del Sector Público o en la que el Estado tenga participación accionaria".

En la misma línea se pude citar también la Ley de Organización, Competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo, en el que se regulan de nuevo como una unidad Gobierno y Administración Central. Concibiendo como algo distinto al Poder Ejecutivo los entes territoriales autónomos. Así lo muestra el art. 6 de la citada Ley, que establece que el "Poder Ejecutivo como parte integrante del Estado, actuará armónicamente coordinado con los demás Poderes del Estado, con los Gobiernos Regionales de las Regiones Autónomas y los Gobiernos Municipales, todo de acuerdo a la Constitución Política y las leyes".

tucional 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.

3.3 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.

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 infraestruc-

tura 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 como 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[57]. De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público plante problemas 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 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 servi-

57 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". "Prologo", al libro Sendín García, M. A.: Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. Pág. XXI.

cios 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 género (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 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.

3.4 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[58].

58 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 es 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. 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". "Reforma institucional en Nicaragua: un reto permanente", en Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública 8 (2003, octubre 28-31; Panamá), CLAD. 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". "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 (2003, octubre 28-31; Panamá), CLAD.

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[59].

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

59 SÁNCHEZ MORÓN, M.: Derecho de la función pública. Tercera edición. Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 61. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: Principios de Derecho administrativo I. Centro de Estudios Ramón Areces. Primera reimpresión de la tercera edición de 2000. Madrid, 2001. Pág. 682.

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 funcionarios 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). 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[60].

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

Esto hace que se deba interpretar, a nuestro juicio, que es necesario 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

60 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). Págs. 24 y sigs. PARADA VÁZQUEZ, R.: "La degeneración del modelo de función pública", en La Administración pública española. Director: J. Rodríguez-Arana Muñoz. INAP. Madrid, 2002. Págs. 838 y sgs. Uno de nosotros se ha referido a tal cuestión en SENDÍN GARCÍA, M. A.: La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea. Ratio Legis. Salamanca, 2005. Pág. 196 y sigs.

para configurar ésta, pues puede ésta entenderse al modelo 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[61].

61 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". "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. Pág. 77.

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 EN EL DERECHO PUBLICO NICARAGUENSE

I
LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA, LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y CONSTITUCIÓN DE CADIZ EN CENTROAMERICA

1.1 La influencia de la Constitución norteamericana y la revolución francesa

Dos 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 Unidosde 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 de 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[62].

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.

62 RUGGIERO, GUIDO DE., 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[63].

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[64]."

63 DE CASTRO, FEDERICO., Derecho Civil en España. Civitas. 1984. pp. 573 a 588.

64 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN., Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 5ª ed. Civitas. Madrid. 1995. p. 37.

1.2 El pensamiento ilustrado constitucional en Centroamérico, el Estatuto de Bayona y la Constitución de Cádiz

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[65]. 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 Europa; y este hecho contribuyó a que el mundo español cimentado en el orden y estructuras basadas en el catolicismo fueran incapaces de

65 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 desarrolló 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 el 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.

compaginarse con la diversidad de formas que el cristianismo origina en Europa Occidental[66].

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[67].

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, cómo 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.

66 GARCIA BOSCH, C., Las ideologías europeístas. En: América Latina en sus ideas. Edi. LEOPOLDO ZEA. primera edición. 1986 Pág. 241.

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

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, cómo la importancia de la religión católica.

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

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[68].

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,

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

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[69]". 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 cómo aporte político del documento: el constitucionalismo, la representación nacional basada en la igualdad de los ciudadanos, la soberanía nacional y la división de poderes.

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 regula-

69 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. Editorial: Civitas Colección: Estudios y Comentarios 1ª Edición. 1997. Pág. 60. MIGUEL ARTOLA ha valorado esta norma, considerándola casi tan importante como la propia Constitución. Antiguo Régimen y Revolución liberal. Barcelona. Ariel. 1978. Pág. 120.

rían 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.

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.

1.3 El rompimiento con el constitucionalismo español y la Constitución Federal de Centroamérica de 1824

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.

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[70].

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.

70 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.

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[71]; 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 secretarios 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[72]. 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[73].

71 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.

72 Algunos autores le llaman estado de anarquía, otros de desorden público. ARTURO 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. Taller de historia numero 5, IHN. 1993.

73 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, ALEJANDRO., Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica, Guatemala, 1877.

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 costumbre y en el status quo, en donde el concepto de ciudadano estuviera determinado por una alta concentración de capital y de propiedades[74].

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 y el país, por otro, no lograron establecer un orden político estable,

74 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.

un progreso económico duradero, 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.

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. 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.

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo cómo 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.

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.

1.4 Las constituciones del siglo XX y el derecho publico

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.

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 cómo 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 cómo 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.

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.

En la Constitución de 1950, aunque se mantuvo el sistema de nombramiento 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. 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 cómo 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".

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

Como ya hemos analizado, 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.

II
LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 EN LA CONSTITUCIÓN NICARAGUENSE DE 1987, EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

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[74], 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, 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 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.

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.

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, en el texto actualmente vigente.

Vamos a analizar, lo que desde nuestro punto de vista constituye las influencias mas destacadas de la Constitución Española en la Constitución política de Nicaragua en el derecho público.

2.1 Estado Social de derecho, la sujeción de la Administración pública al Derecho y la constitución económica

La aprobación de la Constitución Española el 27 de diciembre de 1978 supuso un cambio radical de los esquemas jurídicos vigentes hasta la época[76].

La configuración del Estado español como Social[77] -art. 1.1 de la Constitución de 1978- implica consecuencias trascendentales a

75 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).

76 RODRÍGUEZ ARANA- MUÑOZ señala que la "Constitución de 1978 ha producido evidentes impactos sobre los pilares de nuestro Derecho Administrativo llegando, al establecimiento de un Derecho Administrativo Constitucional presidido precisamente por una necesaria interpretación del interés general en armonía con los valores constitucionales". "La empresa pública en el Estado social y democrático de derecho". Volumen III. En: Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor FERNANDO GARRIDO FALLA. Editorial: Universidad Complutence. Madrid, España. 1992. Pág. 1674. Véase también, Rivero Ortega, RICARDO: Introducción al Derecho administrativo económico, Editorial Ratio Legis. Salamanca, España. 1999 Págs, 50, 51, 52 y 53; SÁNCHEZ BLANCO, A: El sistema económico de la Constitución Española. Editorial Civitas. Universidad de Malaga 1992. Págs. 33, 34 y 35.

77 La idea del Estado social es anterior a su primera consagración constitucional en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Aparece por primera vez, con una formulación precisa en el trabajo publicado en 1903 por H. HELLER bajo el título "Estado de Derecho o dictadura?"; trabajo en el que se sostiene la tesis de que sólo la transformación del Estado de Derecho en un Estados social de Derecho podría evitar la caída en un régimen dictatorial. La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho radicaría, según HELLER, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad (lo importante es que, para el Derecho, todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercitarlos por igual) y prescinde de las relaciones sociales de poder (incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en los derechos de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real), mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material (por lo que tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir

la hora de definir la posición de los poderes públicos en relación a la satisfacción de las necesidades sociales[78].

La adopción de un papel protagonista por el Estado en la tarea de alcanzar un más alto grado de desarrollo individual y social, aún derivando de la anterior calificación genérica, es una

las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalente a las de los socialmente favorecidos). La idea del Estado social de Derecho surge de la crítica a las disfunciones del Estado de Derecho, siendo pertinente la cita de su origen en el pensamiento de HELLER por una doble razón. De un lado, porque pone de relieve que esa idea no se formula en el vacío, no precede a las circunstancias sociopolíticas para las que está pensada, sino que es una consecuencia de las profundas mutaciones inducidas por la sociedad industrial e identificables sintéticamente en la ruptura de la identidad entre Estado y clase burguesa, la dependencia individual y social de la acción estatal y la conservación de condiciones de vida aceptable y estable. Y de otro lado, porque la influencia de las ideas de HELLER -aun a pesar de las críticas de que fueron objeto, incluso por autores tan relevantes como TRIEPER, que se opuso a la relativización del Estado de Derecho consumada a través de su adjetivación como liberal o social, al sostener que aquél constituye un valor permanente -dio lugar a la primera positivización del nuevo tipo de Estado en la Constitución de Bonn de 1949, ya que ésta se produjo a petición del diputado socialdemócrata Carl Schmid, conocedor de la obra de HELLER. El artículo 20, número 1, reza: "La república Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social", y en su artículo 28, número 1 dispone que "El orden constitucional de los Estados (miembros deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental". PAREJO ALFONSO, L., Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Editorial Civitas. Madrid, España. 1983. Págs. 29 y 30.

Nuestra Constitución, apunta Parejo Alfonso, al igual que la Ley Fundamental de Bonn, caracteriza al Estado como democrático, social y de Derecho, planteando, pues, el mismo básico reto que ésta en punto a la definición técnica del Estado así determinada... la identidad de la caracterización del Estado en las Constituciones alemanas y española (fruto sin duda de la influencia de la primera sobre la segunda) suscita entre nosotros también el problema capital de la depuración técnica del nuevo Estado constituido, lo cierto es que la situación del intérprete es más ventajosa en el caso español, toda vez que -en este punto al menos y aprovechando, con toda evidencia, la experiencia constitucional comparada acumulada desde 1949 a 1978 -nuestro texto constitucional presenta una mayor perfección técnica". PAREJO ALFONSO, L., Op.Cit. Págs. 60, 61 y 62.

78 RODRÍGUEZ-ARANA señala que "esos intereses generales que vienen definidos por la consolidación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en el Estado Social constituyen, por tanto, la vocación, la razón de ser, de la Administración Pública. El Derecho Administrativo Constitucional, aunque pueda resultar en principio algo sorprendente, está llamado a potenciar los derechos fundamentales y las libertades públicas. Es más, es lógico que así sea, puesto que el propio interés general se dirige hacia la propia efectividad de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Además, la definición del Estado Social se ha orientado hacia el necesario reforzamiento y consolidación de los derechos fundamentales en el marco de una acción combinada Estado-Sociedad". La Empresa pública en el Estado Social...Pág. 167.

exigencia concreta del mandato contenido en el art. 9.2 de la Norma Fundamental, en cuya virtud los poderes públicos son titulares de la obligación positiva de realizar todas aquellas actuaciones tendentes a lograr que "la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas", removiendo los "obstáculos que impidan o dificulten su plenitud"[79].

79 Alzaga, sobre este punto, comenta que "hasta donde llegan nuestros conocimientos, este precepto es el primero en el ancho panorama del derecho constitucional comparado, que convierte en titulares de la libertad y de la igualdad no sólo a las personas sino también a los grupos". este artículo tiene semejanza con el párrafo 2 del art. 3 de la constitución italiana de 1947, que literalmente dice así: " es misión de la república remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impide el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política del país". la constitución española...págs. 134 y 135. por su parte, Martínez, sostiene: "a mi juicio, y desgraciadamente, no cabe cobijar bajo el manto del artículo 9.2 la posible introducción de un régimen de democracia participativa integral, es decir, un régimen autogestionario por la sencilla razón de que el apartado en cuestión no des constitucionaliza, el estado social, no abre la puerta a un proceso de transición al socialismo, lo que dicho apartado hace no es otra cosa que concretar, bajo la forma de un mandato genérico de promoción dirigido a los poderes públicos, el carácter social del estado. abonan esta tesis los siguientes argumentos: a) es la única interpretación que permite mantener la coherencia de la constitución y, por en de, la constitución misma. b) mientras que en el artículo 1.1 se define un modelo, un conjunto de instituciones, en el 9.2 se prescribe una conducta que deben desarrollar aquéllas y, específicamente, los poderes públicos. c) en concreto lo que hace el 9.2 es dirigir un mandato a los poderes públicos, para que los valores superiores del ordenamiento proclamados por la constitución en el artículo 1.1 se realicen no sólo a través de la legislación, sino también a través de la acción de todas las instituciones públicas. y se ha visto que dichos principios se mueven dentro del ámbito del estado social". notas para un comentario del título preliminar de la constitución. en: estudios sobre la constitución española de 1978. universidad de valencia. España. 1980. pág. 84. véase también Garrido Falla: comentarios a la constitución. Editorial Civitas. Madrid, España. 1980. págs. 108, 109 y 110.

Ariño Ortiz apunta que "se ha planteado una cierta controversia sobre los efectos jurídicos de la consagración del modelo de Estado Social en nuestra constitución. Frente a la posición de Garcia de Enterría que considera que los principios rectores del orden económico y social del Cap. III son normas exigibles en el sentido estricto de la palabra, nosotros entendeos que son guías, principios conformadores del orden económico, que sólo al ser concretados por el legislador ordinario atribuirán derechos subjetivos a los particulares. Algunos entienden que la Constitución es socialmente progresiva y se pronuncian sobre la irreversibilidad de las medidas de progreso social, mientras que la mayoría niega que exista un orden económico y social irreversible. En la cláusula del Estado Social se contiene un proyecto de transformación de la sociedad, pero la realización concreta de dicho Estado Social es relativa e histórica, por depender de quienes ostentan la titularidad del poder político en cada momento, así como de la situación de los mercados y de las circunstancias sociales y económicas en las que se manifiesta las situaciones de desigualdad más notorias. En todo caso, puede indicarse en este momento, que la cláusula de Estado social influye o repercute en el plano de la creación normativa como en el de la interpretación y aplicación del derecho". Principios de Derecho...Págs. 93 y 94.

Tanto la libertad como la igualdad -valores superiores del ordenamiento- constituyen el soporte básico a partir del que es posible lograr que las valiosas prescripciones contenidas en las normas dejen de ser meras declaraciones formales desprovistas de toda operatividad práctica; de no ser así se convertirían en auténticos privilegios de unos grupos sociales concretos ya que "no hay libertad sino en igualdad, y los derechos fundamentales son tales si en términos reales son derechos de todos", por lo que "la interpretación de los derechos que la Constitución proclama habrá de ajustarse a esta idea de aspiración a la igualdad".

A pesar de las implicaciones intervencionistas que conlleva la cláusula Estado Social, el papel del Estado en el cumplimiento de sus deberes ha de enmarcarse necesariamente en el sistema económico trazado por el art. 38 de la Constitución al reconocer "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado"[80].

No obstante, el inciso inicial del art. 128.2 de la Constitución, consciente de las características tan particulares de la intervención pública en el mundo económico, reconoce expresamente "la iniciativa pública en la actividad económica"[81], declaración

80 Ariño Ortiz señala que "el principio general es la iniciativa privada, en el Estado Social de Derecho, y la excepción, que deberá justificarse por razones de interés general y operar cuando fallen los presupuestos del artículo 38 CE, la iniciativa pública". "La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión". En: La Empresa Pública. Madrid, España. 1980. Pág. 191.

81 Los preceptos foráneos más próximos al Art. 128 son el Art. 43 de la Constitución italiana; el Art. 15 de la Ley fundamental de Bonn; el art. 11 de la Constitución belga; el Art. 165 de la Constitución holandesa; el Art. 73 de la Constitución danesa, y -desde luego más en la forma que en el fondo- el Art. 82 de la Constitución portuguesa. Alzaga.: La Constitución. Op. Cit. Pág. 781 y 782. Cazorla Prieto.: Economía y Hacienda. En: Comentarios a la Constitución... Págs. 1341-1355. El carácter económico del artículo 28.2 es unánime administrativo por la doctrina. Ariño Ortiz, G.: "La empresa pública". En: El modelo económico de la Constitución española. Tomo II, dirigido por Garrido Falla. IEE. Madrid, España. 1981. Pág. 103, Gimeno Feliu.: "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas". En: RAP. Núm. 135. Págs. 149-211. "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en: Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterria. Civitas. Madrid. 1991. Pág. 3826. Desde una perspectiva fundamentalmente política y sociológica, Serrano Triana, A.: La utilidad de la noción de servicio público la crisis del Estado de Bienestar. IELSS. Madrid, España. 1983. Págs. 101 y sigs, y 144 y sigs. Rivero Ortega.: Introducción al Derecho. Op. Cit. Pág. 114, 115 y 116.

cuya amplitud debe entenderse en los anteriores términos. No obstante, es preciso recordar que, a pesar de la exigencia de igualdad impuesta por el respeto al principio de la libre competencia, a través de la iniciativa empresarial los poderes públicos deben perseguir objetivos distintos al mero ánimo de lucro que normalmente mueve a los particulares al ejercerla, ya que no puede encuadrarse dentro de los fines que la Constitución asigna al Estado la simple búsqueda del beneficio económico, lo que tampoco significa que deban aceptarse, sin mayor justificación, situaciones deficitarias.

Ahorra, no siempre las Constituciones recogen la consagración formal del modelo o sistema económico[82] de un país. El ejemplo más patente es el de los Estados Unidos. Sin embargo, en España, los constituyentes dejaron expresamente plasmados algunas expresiones, principios, libertades y derechos que configuran un sistema económico, así como los principios generales de la actividad empresarial.

Debe resaltarse que la Constitución Española es ambigua o flexible, ya que contiene principios de ordenación económica un tanto o aparentemente opuestos[83]; y deja al liderazgo político

82 Apunta ARIÑO ORTIZ que "se entiende por "Constitución económica" (o modelo económico de la Constitución) el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Este "orden económico constitucional" no es una pieza aislada, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental. Además, hay que enmarcar la Constitución económica dentro de un contexto más amplio: el modelo de sociedad (una sociedad libre) y la idea de Estado (Estado social y democrático de Derecho", "Estado autonómico") que se quiere garantizar a través de Constitución. Principios de Derecho...Pág. 127.

83 Economía de mercado: 1) Derecho a la propiedad y libre transmisión de la misma (art. 33.1); 2) Libertad de emprender, libre elección de profesión y oficio (art. 35.1); 3) Economía de mercado y defensa de la competencia (art. 38; 4) Derecho del empresario a su empresa: poder de dirección y autonomía de gestión (art. 38); 5) Derecho a la negociación colectiva y defensa de la productividad (arts. 37 y 38); 6) Libertad de comercio e industria, libertad de circulación de personas y bienes (arts. 38 y 139). Economía mixta, intervenida y planificada: 1) Función social de la propiedad y subordinación de toda riqueza al interés general (arts. 33 y 128.1); 2) Iniciativa pública y reserva al sector público (art. 128.2); 3) Planificación de la actividad económica general, modernización y desarrollo de todos los sectores económicos,

de cada momento la elección de variados modelos o formas de ordenar la vida económica, y el mayor o menor protagonismo del Estado.

La principal misión que la Constitución Española de 1978 atribuye a la Administración Pública[84] es el servicio, con objetivi-

distribución de la renta, tanto personal como regional, más equitativa (arts. 130 y 131); 4) Subordinación de la actividad empresarial privada a la exigencias de la economía general. Intervención de empresas cuando lo exija el interés general: participación de los trabajadores en la empresa en sus diversas formas (art. 38, in fine; arts. 128.1 y 128.2 in fine); 5) Derecho a huelga (incluida huelga política) (art. 37.2); 6) Defensa y protección de los consumidores; régimen de autorización de los productos comerciales (art. 51). Véase también sobre este tema: Garrido Falla: Tratado de derecho administrativo. Volumen II. Tecnos. 9 edición. Madrid, España. 1989. Págs. 321-326.

84 GARRIDO FALLA subraya que el artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 constitucionaliza -por primera vez en la historia de España- el concepto de Administración Pública. "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho". Este precepto (que considerado aisladamente justificaría una concepción institucionalista -como yo mismo lo he dicho en otras ocasiones - de la Administración Pública) ha de ser inmediatamente puesto en relación con lo que la propia Constitución española nos dice en el artículo 97: "El gobierno dirige la política interior y exterior, la administración Civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes". Así es que, de acuerdo con este precepto constitucional, tenemos como "cosas diferentes" el Gobierno que dirige y la Administración que es dirigida. La función del Gobierno (que orgánicamente se identifica con el Consejo de Ministros, según el artículo 98 de la Constitución) consistiría en establecer los objetivos de la "política interior y exterior" y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria " de acuerdo con la Constitución y las Leyes"; y a la Administración se le reserva el papel subordinado de implementar la consecución de tales objetivos políticos o de gobierno. Hay que subrayar que, de acuerdo con el artículo 103.1, la función de la Administración Pública va más allá de lo que parece deducirse del artículo 97: "servir con objetividad los intereses generales con sometimiento a la Ley y al Derecho" es, desde luego, algo más que "ser dirigida por el Gobierno" para alcanzar los objetivos que éste fije". Ahora bien, cualquiera que sea la explicación que se dé a la "falta de ajuste" entre los artículos 97 y 103 de la Constitución, lo cierto es que la misión que la Constitución atribuye a la Administración Pública comprende, cuando menos, la "gestión de los servicios públicos" necesarios para la satisfacción de los intereses generales. En conclusión: desde el punto de vista de las funciones de los órganos constitucionales del Estado, podríamos resumir lo siguiente: 1) los que la doctrina tradicional denomina "fines del Estado" (o misiones a cumplir) vienen establecidos en la Constitución y desarrollados por las Leyes del Parlamento; 2) el Gobierno, como suprema instancia del Poder Ejecutivo (es decir, el Consejo de Ministros), establece las políticas concretas, dentro del amplio margen que la Constitución y las Leyes permiten, para alcanzar los fines del Estado; 3) la administración gestiona la organización de medios personales y materiales cuya actuación concreta resulta necesaria para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos y las necesidades colectivas de los ciudadanos. Estas organizaciones serían, en una primera aproximación, los servicios públicos. Dicho en breve fórmula: los intereses públicos a conseguir y las necesidades satisfacer vienen ya preestablecidos; a la Administración toca satisfacerlos a través de los servicios públicos". "El concepto de servicio público en el Derecho Español". RAP. Núm. 135. Septiembre-Diciembre. 1994. Págs. 7, 8 y 9.

dad, a los intereses generales o de interés público[85]. Se trata de una opción constitucional que debe impregnar decisivamente toda su actividad con independencia de la multiplicidad de formas en que pueda manifestarse. Esta irrenunciable dimensión servicial no puede llevarnos a la identificación de la técnica concreta del servicio público con el conjunto de la actividad administrativa, ya que de hacerlo estaríamos privando a la noción de servicio público de unos contornos precisos: si bien éste constituye una modalidad concreta de la actuación administrativa, no toda la actividad de la Administración Pública tiene lugar a través de la misma.

Esta elemental distinción no impide que existan una serie de criterios que deben informar cualquier actuación administrativa con independencia del mecanismo concreto a través del que se articule. Así, la Constitución española, además de reconocer expresamente la misión servicial aludida, enumera una serie de principios que, con carácter general, deben ser observados por todas las Administraciones Públicas: igualdad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, sometimiento pleno a la ley y al Derecho así como a los fines que la justifican, responsabilidad, interdicción de la arbitrariedad... Ahora bien, la mayor o menor intensidad con que estos principios se manifiestan variará en función del mecanismo que se utilice, circunstancia que debe ser tenida en cuenta a la hora de decidir la utilización de los mismos.

85 PARADA, considera que "el interés público sirve de justificación a toda la actividad administrativa. Interés público es un interés común, que, aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, sí favorece al menos a una fracción importante de sus miembros...La invocación al interés público tiene, no obstante, determinadas limitaciones, y así la Administración no puede en función del interés público proceder a reglamentar la priva privada, ni confundir aquél con el fiscal o recaudatorio, enriqueciéndose a expensas de algunos administrados, con infracción del principio de igualdad". PARADA, RAMON., Derecho Administrativo. Parte General. Duodécima edición. Marcial Pons. Madrid, España. 2000. Pág. 408. RODRIGUEZ-ARANA, JAIME., La privatizacón de la empresa pública. Editorial Montecorvo. Madrid, España. 2002. Págs. 1674-1679.

La Constitución de Nicaragua ofrece una regulación bastante detallada, en los temas de Estado Social[86], servicio público[87], derecho social, propiedad privada, libertad de empresa y de economía, que permite perfilar de forma bastante precisa el papel que corresponde a la Administración pública en dicho ámbito, y la influencia que tuvo la Constitución Española, específicamente de los artículos 1, 33 y 38; y en los ya señalad[88].

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

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 ánimo 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

86 GARCÍA, OMAR., Manual de derecho constitucional. Cuaderno legislativo número 1. Asamblea Nacional, Managua, Nicaragua. 2017. Pág. 98.

87 NAVARRO, KARLOS., Derecho administrativo nicaragüense. Editorial Porrúa, México. 2011.

88 NAVARRO, KARLOS., El concepto de servicio público europeo como determinante de la acción administrativa y su recepción en el derecho administrativo nicaragüense (contexto histórico e influencias) Tesis doctoral dirigida por Miguel Ángel Domínguez-Berrueta de Juan (dir. tes.). Universidad de Salamanca (2006).

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 enajenadas 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. 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.

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 género (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 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.

Ahorra, en la reforma a la Constitución en el año 2014, se incorporó en el artículo 131 la definición de Administración pública: "La Administración Pública centralizada, descentralizada o desconcentrada sirve con objetividad a los intereses generales y está sujeta en sus actuaciones a los principios de legalidad, eficacia, eficiencia, calidad, imparcialidad, objetividad, igualdad, honradez, economía, publicidad, jerarquía, coordinación, participación, transparencia y a una buena administración con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado. La ley regula el procedimiento administrativo, garantizando la tutela

administrativa efectiva de las personas interesadas, con las excepciones que ésta establezca".

Es evidente, la influencia de la Constitución Española en la redacción de este artículo, además de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo)[89].

El tema de la subordinación de la Administración al Derecho tiene, igualmente, un aspecto procesal, que se consagro en el artículo 160 de la Constitución a través de esta misma reforma: "Se crea la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa para examinar la legalidad ordinaria en las demandas de tipo general o de tipo particular que presenten los administrados en contra de todos los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones o simples vías de hecho de la Administración Pública. La Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativa corresponde a las instancias judiciales que determine la ley y en última instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia".

Hoy, afortunadamente, se cuenta además, con una Ley Reguladora de lo Contencioso-Administrativo, que estuvo influida notablemente por la ley Española del 13 de julio de 1998[90]. También se encuentra en proceso de aprobación el proyecto de ley:

89 El doctor Jaime Rodríguez Arana, y su servidor redactaron la definición de Administración pública que fue incorporada al artículo 131 de la Constitución nicaragüense. Navarro, Karlos, La reforma constitucional y el derecho a una buena administración pública. El Nuevo Diario. 2013.

90 Aunque son pocas las obras sobre el contencioso administrativo en Nicaragua, podemos, destacar las siguientes: Arríen Somarriba, Juan Bautista: El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso - administrativo en Nicaragua. Managua, Nicaragua. Revista de Derecho No.2 2002 pp.17-60; GARCÍA VÍLCHEZ, JULIO RAMÓN., El contencioso administrativo en Nicaragua. Managua, Nicaragua, 2007. NAVARRO, KARLOS, GARCÍA, MIGUEN ÁNGEL., La jurisdicción contenciosa administrativa en Nicaragua. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2013.

Régimen jurídico de las Administraciones publicas, procedmiento administrativo común y derecho de los ciudadanos.

Las sentencias de esta sala Contenciosa, cita con regularidad las obras de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, JESUS GONZALEZ PEREZ, JAIME RODRIGUEZ ARANA, para fundamentar sus sentencias[91].

En el aspecto doctrinal desde el año dos mil, se han incrementado las publicaciones sobre derecho público[92].

2.2 La regulación constitucional del empleo publico

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[93].

91 Para un análisis minucioso de la producción doctrinal del derecho público Véase: www.csj.gob.ni, Sala Contenciosa Administrativa.

92 Véase, NAVARRO, KARLOS., Derecho administrativo nicaragüense. Editorial Porrúa, México. 2011.

93 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. 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

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), que tiene que tiene una clara influencia del artículo 103 inciso 3 de la Constitución Española.

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[94].

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.

94 SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho de la función pública, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 61.

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 funcionarios 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. Los primeros, más propios de los ordenamientos jurídicos de raíz anglosajona, se caracterizan por tener como eje la idea de pues-

to 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[95].

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

95 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, JAIME (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.

pleados 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[96].

2.3 La responsabilidad patrimonial de las Administraciones publicas

La institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas constituye una pieza fundamental del Estado de Derecho y su reconocimiento y consagración en los ordenamientos jurídicos reviste una gran importancia para el control de los poderes públicos y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

En el Derecho español, el artículo 106.2 de la Constitución de 1978 reconoce el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la Administración pública correspondiente por toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia

[96] 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.

del funcionamiento de los servicios públicos. El citado precepto además de constitucionalizar la responsabilidad de las Administraciones públicas españolas, generaliza la misma para todos los supuestos —salvo el de fuerza mayor—, en que la lesión sea sufrida por el particular, en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que aquélla sea consecuencia de dicho funcionamiento de los servicios públicos, sin aludir al carácter normal o anormal del mismo. Más el precepto constitucional garantiza tal derecho, en «los términos establecidos en la Ley», que no son otros que los dispuestos en el artículo 139 y siguientes de la ya derrogada Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común[97].

Al interpretar estas normas, el Tribunal Supremo español ha establecido que para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurran los siguientes requisitos o presupuestos: a) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado, b) Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño, c) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido, d) Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, e) Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad, y f) Que la acción de la responsabilidad indemnizatoria sea ejercitada dentro del plazo de una año, contado a partir del hecho que motiva la indemnización.

La generosa configuración legal y jurisprudencial de la institución de la responsabilidad patrimonial en el derecho español, sin parangón en los sistemas jurídicos comparados ha llevado

[97] MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, NAVARRO KARLOS., Estado de derecho y responsabilidad administrativa. Editorial UBIJUS. México, 2014. 19.

en los últimos años a un muy destacable aumento de los litigios en materia de responsabilidad extracontractual[98].

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.

En la Constitución de 1987, en el artículo 131 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".

En este articulo es evidente la influencia de los articulo 121 y 106.2 de la Constitución Española. Asimismo, el Proyecto de ley del Regimen juridico de las Administraciones publicas, procedimimiento administrative comun y derecho de los ciudadanos, se recoge el procedimiento administrativo para el reclamo de estos, consecuencia del mal funcionamiento de los servicios públicos[99].

[98] MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, NAVARRO KARLOS., Estado de derecho y responsabilidad administrativa. Editorial UBIJUS. México, 2014. 21.

[99] MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, NAVARRO KARLOS., Estado de derecho y responsabilidad administrativa. Editorial UBIJUS. México, 2014. 295.

Ha nivel doctrinal, existen pocos articulo[100] que desarrollan esta figura, y a nivel jurisprudencia no existen sentencias de la Sala Contenciosa Administrativa de la Corte Supema de Justicia.

2.4 La tutela judicial efectiva y el debido proceso

La noción de "derecho a la tutela judicial" importa el reconocimiento de un derecho prestacional que consigue del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.

El elemento definitorio de este derecho es la concurrencia de todos los presupuestos jurídicos que hagan efectiva esta tutela de derechos e intereses y que operan con independencia al proceso.

El punto de frontera entre el derecho a la tutela judicial y el debido proceso es justamente aquel que permite distinguir todos los factores externos al proceso y que lo predeterminan.

El debido proceso comienza con acciones que se invocan, pero que requieren que el acceso a ella esté resuelto previamente, que existan precedentes, en un amplio sentido, motivados y conocidos, y que lo solicitado tenga garantías de cumplimiento.

Este derecho tiene una doble dimensión: adjetiva y sustantiva. La primera se entiende en función de otros derechos o intereses (civiles, comerciales, laborales, etc.), mientas que la segunda es considerada por la justicia constitucional, como un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las perso-

[100] Véase: MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO, NAVARRO KARLOS., Op. Cit. Pag. 295

nas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho.

Por tanto, la tutela será plena cuando se pueda accionar ante la jurisdicción, directa o indirectamente, con requisitos que permitan llegar a ella, que den una respuesta de fondo a los intereses o derechos legítimos respecto de los que se reclama y que se traduzca en una sentencia fundada y pública con la efectividad de la cosa juzgada y con garantías de su cumplimiento.

Es evidente que esta tutela se encuentra modulada en un debido proceso, estructurado bajo reglas de racionalidad instrumental o adjetiva. Esto importa una serie de requisitos, límites y condiciones para ejercer el derecho, todas materias propias de los procedimientos que establece la ley.

En consecuencia, el derecho a la tutela judicial "no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa".[101]

La Constitución española en su articulo 24 establece: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser Informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garan-

[101] NOGUEIRA, HUMBERTO ALCALÁ., El Derecho de Acceso a la Jurisdicción y al Debido Proceso en el Bloque Constitucional de Derechos en Chile". La ciencia del derecho procesal constitucional (Santiago, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca).2009. Pág.243

tías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

El articulo 34 de la constitución politica de Nicaragua dice "Toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva", es evidente la inflluencia del articulo 24 de la Constitución Española en la Nicaraguense[102]

[102] NAVARRO KARLOS., EL marco constitucional del derecho administrativo en Nicaragua. En: Homenaje al profesor HECTOR FIX ZAMUDIO. INEJ. Managua, Nicaragua. Pág. 309.

EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN ESPAÑA Y NICARAGUA

I
INTRODUCCIÓN

El tema del control judicial de los actos políticos arrastra ya una considerable historia[103], 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[104]. 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[105].

[103] Señala A. 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". "Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en Revista de Administración Pública 134, mayo-agosto de 1994. Pág. 226.

[104] Como señala F. 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". "El control judicial de la Administración en la Constitución española", en Discrecionalidad administrativa y control judicial. Coordinadores: E. Hinojosa Martínez y N. González-Deleito Domínguez. Civitas. Madrid, 1996. Pág. 42.

[105] 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, E.: "Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en Revista Española de Derecho Constitucional 36 (septiembre de 1992). Pág. 281.

Lo dicho encuentra aún mayor fundamento cuando lo que se pretende es un estudio comparado del Derecho español y nicaragüense, pues el último de ellos cuenta con una escasa tradición en el tratamiento de esta materia, careciendo en gran medida de referencias para resolver los problemas que va a plantear en la práctica. Si a ello se añade la tradicional confusión que ha existido en Nicaragua entre la esfera política y la administrativa, se hace evidente la importancia de este estudio.

Es, además, importante, que esta reflexión se lleve a cabo desde la comparación con el Derecho español, pues el ordenamiento jurídico administrativo de uno y otro país, encuentran en el momento presente muchas similitudes.

Nicaragua ha llevado a cabo en los últimos tiempos una importante reforma de su Derecho administrativo, aún no concluida, pues le quedan por afrontar aún algunos aspectos básicos para lograr consolidarlo como un auténtico sistema. La confrontación de esta normativa con el Derecho español, similar en lo esencial, pero con una larga experiencia histórica en la resolución de los problemas que plantea la aplicación real del sistema, abre una vía importante de interpretación, pues puede proporcionar a los operadores jurídicos un sustento que sirva de guía y orientación en la puesta en marcha del nuevo Derecho Administrativo de Nicaragua.

II
NOCIONES PRELIMINARES. LA TEORÍA DEL ACTO POLÍTICO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, SIGNIFICADO E IMPORTANCIA

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 autori-

zado juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[106], con la que quisieron hacerse perdonar su origen napoleónico en tiempos de la restauración borbónica, a fin de lograr su pervivencia[107].

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 posteriormente, al derrumbarse esta tesis, y quedar todo acto de la autoridad pública sujeto a control judicial[108].

Desde allí pasaran muy pronto a nuestro ordenamiento jurídico. Dicha figura estaba ya presente en el bloque normativo que regía nuestra jurisdicción Contencioso-administrativa a finales del siglo XIX. La Ley de 13 de septiembre de 1888[109] establecía en su art. 1 que el "recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que", entre otras condiciones, "emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas".

[106] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de Derecho Administrativo I. Octava edición. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 566.

[107] PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho Administrativo I. Parte General. Undécima edición. Marcial Pons, 1999. Pág. 97.Véase también al respecto, CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: "La doctrina de los actos políticos", en Revista de Administración Pública 53, mayo-agosto de 1967. Págs. 75 y sigs.

[108] En tal sentido, señala J. M. 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". "La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa", en Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas. Tomo III, vol. 1º. IEP. Madrid, 1961. Pág. 197.

[109] Ley de 13 de septiembre de 1888, Organizando la jurisdicción Contencioso-administrativa: Naturaleza y condiciones del recurso contencioso-administrativo: Organización de los Tribunales de este orden: Procedimiento: Disposiciones generales.

Regla que reafirmaba en su art. 4, señalando que no "corresponderán al conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso administrativo:

1º. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, ó de la materia sobre que versen, se refieran á la potestad discrecional".

Lo cual suponía la exclusión de los actos políticos que eran considerados un supuesto de actos discrecionales. Así lo aclaraba el art. 4 del Reglamento General de 13 de septiembre de 1888[110], señalando que corresponde "señaladamente á la potestad discrecional:

1º. las cuestiones que en la naturaleza de los actos de que nazcan ó de la materia sobre la que versen, pertenezcan al orden político ó de gobierno y las disposiciones de carácter general relativas a la salud ó higiene públicas, al orden público y á la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho á las indemnizaciones á que puedan dar lugar tales disposiciones".

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, como tendremos ocasión de ver, en nuestros ordenamientos jurídicos.

El origen de dicha doctrina debe 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.

[110] Reglamento General para la ejecución de la Ley de 13 de septiembre de 1888 comprensivo del procedimiento á que deberá ajustarse la sustanciación de los asuntos de lo contencioso administrativo y sus incidentes.

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 administrativa. 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[111].

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[112].

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. Claramente consagrada en el art. 2. b de la vieja Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[113], según el cual, no "corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa:

(...) b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del

[111] Señala A. 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". Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S. A. México, 1988. Pág. 64.

[112] RUIZ RISUEÑO, F.: El proceso contencioso administrativo. Tercera edición. Colex. Madrid, 1999. Págs. 127-137. SANTAOLALLA LÓPEZ, F., en Comentarios a la Ley del Gobierno. Coordinador: C. J. Fernández Carnicero. INAP. Madrid, 2002. Págs. 379-382.

[113] Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.

territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa".

Aunque hubo, y hay, un sector de la doctrina que mantuvo tesis contraria[114], el acto político es sustancialmente distintos de los actos administrativos, no pudiendo ser englobados dentro de los actos discrecionales[115]. Así lo estableció ya claramente la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional de 1956, que declaraba que "los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales".

La 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[116].

[114] En tal sentido, A. 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". "Actos políticos y Justicia Administrativa", en Estudios Jurídicos y Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra. Universidad de Santiago de Compostela, 1960. Págs. 914-915. En la actualidad esta tesis ha sido, en parte, mantenida por J. 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. "¿Jaque mate al acto político?", en Revista Española de Derecho Administrativo 95, julio-septiembre de 1997. Págs. 444-445.

[115] Como señala L. 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". Leyes Administrativas. Décima edición, 2004. Aranzadi. Pág. 1213. En el mismo sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, J.: "La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Constitución", en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Pág. 43.

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[117].

[116] En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA; 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, peden resultar gravemente dañosos". Curso de... Pág. 569.

[117] 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 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". La Ley reguladora de... Págs. 42-43.

III
LA DOCTRINA DE LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL VIGENTE DERECHO ESPAÑOL

Si cerramos el apartado anterior señalando las críticas vertidas contra esta noción, debemos comenzar el presente reseñando que éstas fueron en parte atendidas, de tal forma que, en la nueva Ley Española de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJ)[118], se lleva a cabo una importante reforma de dicha materia, que es objeto de una seria renovación.

Así lo declara, con una cierta afectación, su Exposición de Motivos, en la que se declara solemnemente que la "Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámese actos políticos, de Gobierno, o de dirección política- excluida <<per se>> del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de <<acto político>> se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.

[118] Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala –en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes".

Si bien esto no ha supuesto ni mucho menos la total desaparición de esta doctrina, que aunque remozada y con otro nombre, luce aún claramente en la Legislación administrativa española[119].

El art. 26 de la Ley del Gobierno (en adelante LG)[120] establece que los "actos del Gobierno (...) son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora". Remite, con ello, la regulación de esta materia a la LJ.

Remisión que se debe entender realizada al art. 2. a LJ, que establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la "protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualesquiera que fuera la naturaleza de dichos actos".

La primera reflexión que sugiere la lectura de este precepto es que se ha vuelto a una descripción conceptual de la idea de acto político, idea que se da por entendida. De esta forma se abandona, en nuestra opinión de forma acertada, el sistema de delimitación por enumeración que consagra la vieja ley jurisdiccional.

[119] Como señala PARADA VÁZQUEZ, la LJ "intenta enterrar el concepto mismo de acto político (...). Sin embargo, no lo elimina del todo, más bien lo presupone". Derecho Administrativo I. Pág. 99.

[120] Ley 50/1997, de 27 de noviembre, Organización, Competencia y funcionamiento del Gobierno.

La identificación del criterio que permita deslindar que es acto político 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[121], debiendo abandonarse, por tanto, el uso de ese factor para caracterizar la idea de acto político, atendiendo exclusivamente a la naturaleza de dicho acto[122].

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. Podemos, no obstante, encontrar en la jurisprudencia base suficiente para dar cumplimiento a dicha tarea.

Para ello debe desecharse, en nuestra opinión, el listado concreto de actuaciones que han recibido tal calificación, pues, como veremos, no constituyen el factor decisivo. Sin realizar un examen exhaustivo de la materia, podemos encontrar en la jurisprudencia una abundante y heterogénea lista de actuaciones que se consideran como tales: los actos de relación con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución[123]; "las cuestiones suscitadas en torno a las solicitudes de información o documentación formuladas por los titulares de los cargos públicos representativos"[124]; el nombramiento del Fiscal General

[121] Véase al respecto, TAMER, S. V.: Atos políticos e direitos sociais nas democracias. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2005. Pág. 38.

[122] En tal sentido A. 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". "La justiciabilidad de los actos de Gobierno", en Documentación Administrativa 220 (octubre-diciembre de 1989). Pág. 62.

[123] STS de 26 de octubre de 1999. RCJ 1999-74449. FJ. 2.

[124] STS de 4 de diciembre de 2003. RCJ 2004-552. FJ. 2.

del Estado[125]; o "la autorización o denegación de la celebración de un referéndum[126].

Estas conclusiones son, sin embargo, a nuestro juicio, poco concluyentes en el estado actual en que se encuentra la doctrina de los actos políticos. Se trata, siempre según nuestra opinión, de unos resultados cuya validez venía referida más bien a la antigua teoría de los actos políticos, en la que se trataba de buscar un conjunto de actuaciones que iban a quedar excluidas, como más tarde veremos con detalle, de todo control judicial.

Dicha tesis, venía siendo corregida desde hacia tiempo, bastante antes de la promulgación de la vigente ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, por la jurisprudencia, que progresivamente fue afirmando el control de los elementos reglados de dichos actos.

Sin embargo, 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. Lo que no va a suponer, ni mucho menos, que quede al margen de todo control por parte de los tribunales.

Así lo acredita la jurisprudencia, que razona claramente desde este criterio. Así, cuando el Tribunal Supremo declara como político el nombramiento del Fiscal General del Estado lo hace porque, aunque no faltan razones para considerar que es una actuación administrativa, "como sería la consistente en la calidad que aquél ostenta de Jefe Superior de una organización –el Ministerio Fiscal- que parece carecer de estrictas funciones

[125] STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. 1.
[126] STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 6.

políticas, el deber regirse su comportamiento en todo caso por los principios de legalidad e imparcialidad, sin embargo, no podemos dejar de tener en cuenta la amplitud constitucional de sus funciones (...), así como el especialísimo régimen de su nombramiento, regulado en el mismo precepto, lo que nos inclina a considerar que estamos más próximos a una resolución gubernamental en la que se actúa una opción política que ante un acto de naturaleza exclusivamente administrativa"[127].

Más claro aún es el supuesto contenido en la STS de 24 de julio de 2000[128]. En el mismo se cuestionaba la inactividad del Estado español ante una negativa a una petición de extradición por parte de Argentina. El Tribunal Supremo, tras afirmar que todo acto judicial está sujeto a control judicial, independientemente de su naturaleza, trata de indagar si existe algún criterio jurídico que obligue al Gobierno español a impugnar esa decisión. Tras descubrir que no la hay, deja entrever que la decisión de impugnar o no es una cuestión que deberá decidir el Gobierno conforme a un juicio de oportunidad política, con lo que no entra a cuestionar esa decisión.

Desde aquí, es claro que no se trata tanto de aislar un conjunto de supuestos que por su peculiar naturaleza deban quedar excluidos de control judicial. Sino de indagar en cada supuesto concreto si el ordenamiento jurídico ha querido entregar una decisión a un juicio de oportunidad política o no. 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[129].

[127] STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. 1.

[128] STS de 24 de julio de 2000. RCJ 2000-289.

[129] 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". La justiciabilidad... Pág. 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". La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos de gobierno no controlables judicialmente", en Revista Vasca de Administración Pública 30 (1991). Pág. 213.

En realidad, un mismo acto puede ser político o no dependiendo de la configuración que le de el ordenamiento jurídico. Así, el supuesto de la impugnación de la negativa de extradición es, al respecto, clarísimo. La respuesta dada por el Tribunal no es que la decisión de impugnar una negativa de extradición sea un acto político, sino que el ordenamiento jurídico ha querido que lo sea, porque la ha remitido al juicio del Gobierno, pero si el Derecho positivo obligara el Gobierno a impugnarla, obviamente los órganos judiciales podrían entrar a controlar esa decisión plenamente.

Otro punto que debe tenerse en cuenta, es que en la redacción del precepto se evita hablar de actos políticos a toda costa[130], por más que este concepto esté implícito, y sea claramente perceptible, en el mismo. Este planteamiento ha llegado también a la doctrina, pues, aunque hay quien sigue defendiendo la utilización de la tradicional expresión de actos políticos[131], 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"[132]. 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[133].

El precepto analizado, por otra parte, fija claramente el aspecto subjetivo, indicando expresamente que los actos políticos pueden proceder exclusivamente del Gobierno (Consejo de Ministros) y del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, lo que excluye la posibilidad de que dicten este tipo de

[130] Como señala M. BAENA DE ALCAZAR, "el legislador evita cuidadosamente emplear esta expresión". "Ámbito, extensión y limites de la Jurisdicción", en Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dirección: M. Baena de Alcazar. Editorial Trivium. Madrid, 1999. Pág. 32.

[131] En tal sentido, EMBID IRUJO: La justiciabilidad... Pág. 42.

[132] GARCÍA FERNÁNDEZ: La Ley reguladora de... Pág. 41.

[133] EMBID IRUJO: La justiciabilidad... Pág. 42.

actos por órganos inferiores a éstos. No debe entenderse que genere ningún problema al respecto la dicción del art. 26. 3 LG, que se refiere no sólo a los actos del Gobierno, sino también a los de "los órganos y autoridades regulados en la presente Ley"[134].

La extensión al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas es una opción lógica y consecuente con la posición que ocupan estas entidades en el ordenamiento jurídico español, por lo que debe ser valorada favorablemente[135].

La doctrina ha considerado que también los órganos de la Administración Local pueden dictar este tipo de actos[136]. Si bien, añaden otros, esa posibilidad operara en un campo más reducido, pues los órganos de las Entidades Locales están dotadas esencialmente de facultades administrativas y no de poderes políticos[137].

Se ha apuntado también la posibilidad de que dicten actos políticos algunas entidades que no son órganos de Gobierno, como

[134] Señala MARTÍN REBOLLO que "una interpretación superficial podría conducir a creer que se pretende así extender el ámbito del acto político más allá de lo que hasta ahora era tradicionalmente aceptado. No hay tal. La remisión a la Ley Jurisdiccional es una remisión completa y en virtud de ella la situación que se pretende es la de incidir justamente en la línea contraria a lo que, como digo, pudiera sugerir este precepto, esto es, en la línea de un mayor control jurisdiccional de toda la actividad administrativa o gubernamental". Leyes administrativas. Pág. 816.

[135] En tal sentido, EMBID IRUJO, que considera que dicha solución es "congruente con el sistema de Gobierno Parlamentario que poseen estas Comunidades en función de lo regulado por sus Estatutos". La justiciabilidad... Pág. 41. La misma opinión, URIARTE TORREALDAY: La reciente jurisprudencia... Pág. 219. También favorable a esta extensión, si bien dentro de la concepción extraordinariamente restrictiva de los actos administrativos que mantiene, JORDANO FRAGA: ¿Jaque mate al... Pág. 441.

[136] VILLANUEVA CUEVAS, A.: "El derecho de acceso a archivos y registros", en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 18 (1993). Pág. 121.

[137] En tal sentido EMBID IRUJO, que señala que "la predicación constitucional de la autonomía para los Entes locales y la consiguiente construcción de un ámbito de <<Gobierno local>> hace posible que también los Entes locales puedan producir actos políticos y, por tanto, insusceptibles de control jurisdiccional. Es obvio, sin embargo, que las posibilidades de producción de actos políticos por los Entes locales son muy escasas en cuanto los órganos locales –Alcalde, Presidente, Diputación, Ayuntamiento, Pleno, Comisiones de Gobierno, etc.- están imbuidos, fundamentalmente, de facultades administrativas". La justiciabilidad... Págs. 61-62.

los órganos parlamentarios, el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial[138].

Por otra parte, el art. 2 LJ pone de manifiesto que la doctrina de los actos políticos ha entrado en una nueva era, pero sigue persistiendo. Se puede, ciertamente, afirmar que ya 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 contencioso. Si bien en el caso de los actos políticos con un alcance más limitado.

Así lo ha ratificado el Tribunal Supremo, que ha destacado que la LJ "hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial de los actos de Gobierno, en cuanto que toda la actividad de éste, cualquiera que sea su naturaleza, se somete al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados a que deba sujetarse aquella actividad, por lo que <<ab initio>> no cabe aceptar que porque el acto objeto del proceso sea del Gobierno y ofrezca el cariz de político, excluya, sin más, la posibilidad de examen jurisisdiccional"[139].

Esta postura había sido ya anunciada por la jurisprudencia con anterioridad. Así, el Tribunal Supremo había afirmado la posibilidad de controlar los elementos reglados de dichos actos, destacando que ello implicaba "que la doctrina del acto político

[138] En tal sentido EMBID IRUJO, que considera que el "elemento político, de Gobierno, no es exclusivo, pues, de las Administraciones Públicas como criterio eliminador del control judicial, sino que puede encontrarse allí donde existe un órgano con capacidad de determinación política siempre y cuando su actuación no esté sometida al juicio del Tribunal Constitucional por la vía de la decisión sobre competencias o del recurso de amparo". La justiciabilidad... Pág. 50. También esa opinión, URIARTE TORREALDAY: La reciente jurisprudencia... Pág. 220.

[139] STS de 24 de julio de 2000. RCJ 2000-289. FJ. 2.

no puede ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable"[140].

Pero dicha jurisprudencia no impedía que se entendiese que había algunos actos que eran totalmente infiscalizables. Así, respecto al ejercicio de la iniciativa legislativa señaló el Tribunal Supremo que no es posible su control judicial "ni tan siquiera so pretexto de los invocados aspectos reglados y arbitrarios que esta Sala ha ponderado ante supuestos de distinta naturaleza[141].

La vigente Ley Jurisdiccional hace, a nuestro juicio, 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[142]. 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 regulación, en realidad, no produce más efecto que el de abrir mayores posibilidades al control judicial de dichos actos, que serán susceptibles de fiscalización en tres aspectos: protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la deter-

[140] STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 3.

[141] STS de 26 de octubre de 1999. RCJ 1999-7449. FJ. 9.

[142] En tal sentido F. 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". Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo. Bosch. Séptima edición. Barcelona, 2004. Pág. 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. Derecho Administrativo I. Pág. 99.

minación de las indemnizaciones que fueran procedentes. 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 aspectos que regula la LJ. 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[143]. Si bien debe considerarse, en

[143] Señala E. 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 contencioso-administrativa no puede entrar "en aspectos estrictamente políticos, que como tales no le corresponderá modificar o dejarlos sin efectos". "Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa", en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Pág. 110. También en esta línea A. 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". "Muerte y resurrección del acto de gobierno (A propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés)", en Revista de Administración Pública 157 (enero-abril de 2002). Págs. 505-506.

todo caso, que esa posibilidad de exención de control judicial de los actos políticos debe sujetarse a interpretación restrictiva[144].

De los tres elementos susceptibles de control judicial, hay uno (determinación de las indemnizaciones que procedan) que no plantea mayores problemas, pues estaba ya reconocido en la legislación anterior y, en consecuencia, es una doctrina ya asentada. Supone, simplemente, que la responsabilidad patrimonial de la Administración no cuenta con inmunidad alguna por haber sido generada por un acto político[145].

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, que consagra el art. 24 CE, estableciendo que todas "las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

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 consagrado en el art. 24 CE. 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

[144] Como señala J. 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". Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa I. Tercera Edición. Civitas, 1998. Pág. 156.

[145] PERA VERDAGUER: Comentarios a la... Pág. 53.

objeto de control judicial por este aspecto[146], sin perjuicio de lo que se dirá luego respecto a la posibilidad de concurrencia en los mismos de aspectos reglados.

La regulación contenida en la LJ, sin embargo, se limita a eliminar la distinción entre actos políticos y administrativos cuando se invoque como causa de impugnación la vulneración de un derecho fundamental[147]. Solución extensible, en opinión de alguna doctrina, a todos los derechos que cuentan con protección constitucional, sean o no fundamentales[148].

Esta regulación es criticada por una parte de la doctrina que solicita que se incremente ese control también a los derechos subjetivos que no tengan el carácter de fundamentales, pues en

[146] En tal sentido, señala F. 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". "Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España", en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo <<Allan Randolph Brewer-Carias. Ediciones FUNEDA, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1995. Pág. 118.

[147] Como señala R. 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". "Objeto del proceso. Actos impugnables", en La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. CGPJ. Madrid, 1999. Págs. 168-169.

[148] 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". Comentarios a la... Pág. 53.

caso contrario se incurriría en inconstitucionalidad, por vulneración del art. 24 CE[149].

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. En realidad, a tales efectos, la referencia a los derechos fundamentales carece de sentido en el nuevo sistema introducido por la LJ. 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 merecen 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.

[149] En tal sentido J. J. 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". "Las directrices fundamentales de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario Sistemático. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Págs. 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". Comentarios a la... Pág. 165.

Afirmada esa sujeción general de todos los actos emanados de los órganos de Gobierno al control judicial, en la nueva regulación 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 inmediatamente vamos a analizar que se refiere a los elementos reglados. Lo que supone 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[150].

Por último, debemos analizar el tercer elemento recogido por la LJ: el 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[151].

[150] La misma opinión, BACIGALUPO, M: La discrecionalidad administrativa. Marcial Pons. Madrid, 1997. Págs. 53-54.

[151] 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". Ámbito de la... Pág. 112.

En nuestra opinión, hay que acudir aquí a la vieja distinción entre lo reglado y lo discrecional[152]. Pues la peculiaridad del acto político viene dada por la 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[153].

La jurisprudencia acredita, en nuestra opinión, que ésta es la interpretación correcta de la LJ. Así, ha señalado que "la vigencia de los art. 9 y 24. 1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión"[154].

[152] 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". Comentarios a la... Pág. 53. También en la misma línea, enjuiciando la jurisprudencia sobre la materia previa a la promulgación de la LJ, PALOMAR OLMEDA, A.: "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 4 (1995). Pág. 434. También P. 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 para llegar a la formación de aquella voluntad política del Ejecutivo)". "Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno", en Revista Española de Derecho Administrativo 79, julio-septiembre de 1993. Págs. 493 y 505.

[153] 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". La discrecionalidad... Pág. 57.

[154] STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. 1.

O también en la misma línea, que es posible "que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto al fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional"[155].

De esta manera, la jurisprudencia admite el control de los elementos reglados de los actos políticos. Así, la imposición al Gobierno de que elija al Fiscal General del Estado entre juristas de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio profesional[156]. Mientras que niega, sin embargo, la posibilidad de controlar el núcleo de decisión política de este tipo de actos. Así, "la autorización del referéndum y lógicamente su denegación son actos de contenido político en cuanto al fondo". "Justamente porque no existe una regulación detallada del referéndum sino sólo la previsión de que debe ser autorizado por el Consejo de Ministros, no hay en nuestro ordenamiento una vinculación al efecto de la voluntad política del Gobierno mediante elementos reglados que establezca la Ley, por lo que faltan por tanto la base necesaria para que se ejerza el control jurisdiccional"[157].

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

[155] STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 3.
[156] STS de 28 de junio de 1994. RCJ 1994-5050. FJ. 1.
[157] STS de 22 de enero de 1993. RCJ 1993-457. FJ. 6.

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"[158].

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[159]. 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, de control judicial el fin de la actuación, pues en cuanto se trata de decisiones que se toman en base a 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

[158] LÓPEZ MENUDO: El control judicial... Pág. 48.

[159] 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)". El control judicial... Pág. 48.

de finalidades diferentes. Por más que éstas puedan ser reducidas a un servicio genérico al interés público o al interés general en sentido amplio. Así, por poner un ejemplo, la decisión de disolver las Cortes se puede asumir por una amplia gama de motivos: agotamiento de un proyecto político, necesidad de un respaldo más amplio, etc. Todos ellos 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[160].

El inciso final del precepto, que habla de "cualesquiera que fuera la naturaleza de dichos actos", no debe tenerse en cuenta al llevarse a cabo la interpretación del precepto. Esta mención es claramente perturbadora, pues, conforme a una interpretación literal de la misma, habría que concluir que lo establecido en el art. 2. a LJ es aplicable a todos los actos procedentes del ejecutivo, ya lo hayan sido en ejercicio de funciones políticas o administrativas. Tesis totalmente inadmisible.

Parece, por tanto, que lo que el legislador quiso hacer es aclarar que todos los actos dictados por el Gobierno, incluso los políticos, son susceptibles de control judicial en los tres aspectos que fija el art. 2. a LJ. Pero, sin perjuicio del mayor control al que estarán sometidos los actos dictados por el Gobierno en el ejercicio de la función administrativa, que son simples actos administrativos, susceptibles de recibir el control propio de éstos[161].

La nueva regulación establecida por la LJ, al incrementar las posibilidades de control judicial de los actos políticos, puede generar el riesgo de una extralimitación por parte de los jueces,

[160] GONZÁLEZ PÉREZ: Comentarios a la Ley... Pág. 166, nota 22.

[161] En el mismo sentido, MARTÍN REBOLLO: Leyes Administrativas. Pág. 1216. También LAVILLA RUBIRA, que señala que se puede llegar a esta conclusión "mediante el simple recurso a la explicación del art. 1. 1 de la propia Ley 29/1998, en la medida en que la actuación administrativa del Gobierno y de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas debe considerarse como <<actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo>> a efectos de tal precepto". Las directrices... Págs. 14-15.

que les podría llevar 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[162].

La nueva configuración que el legislador ha dado a la doctrina de los actos políticos ha recibido, con carácter general, el visto bueno de una parte de la doctrina, que la considera un cierto avance respecto a la legislación anterior[163]. Si bien una parte de la misma considera que adolece de algunas deficiencias, que determinan que se le de una valoración más matizada[164]. E incluso quien ha criticado su redacción, por considerarla demasiado ambigua[165].

[162] 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". Ámbito de la... Pág. 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". Muerte y resurrección de... Pág. 506-507.

[163] Considera GARCÍA-TREVIJANO GARNICA que "es razonable la nueva configuración, en cuanto que se acomoda más a la letra y al espíritu de la Constitución. Toda la actuación de los Poderes Públicos es en sí misma y como principio fiscalizable, sin que quepa (...) actuación gubernamental inmune al Derecho". Ámbito de la... Pág. 109. También MARTÍN REBOLLO, que considera que la nueva regulación de los actos políticos "supone un avance respecto de la situación anterior en la medida en que incluso respecto de sus actos provenientes del Gobierno cuando actúa como Gobierno y no como Administración siempre es posible la protección de los derechos fundamentales y el control de los elementos reglados". Leyes Administrativas. Pág. 1213. Para PERA VERDAGUER la regulación de la LJ "ha de merecer un favorable juicio crítico". Comentarios a la... Pág. 53.

[164] LAVILLA RUBIRA: Las directrices... Pág. 14.

[165] MARTÍN REBOLLO: Leyes Administrativas. Pág. 1216.

En nuestra opinión, el juicio que debe darse de esta normativa es favorable, si bien debe tenerse presente que no es tan revolucionaria como pretende el legislador en la Exposición de Motivos, pues en su mayor parte viene a reconocer una doctrina cuyas líneas ya estaban esbozadas por la Jurisprudencia[166].

Debe añadirse a lo dicho que existen también otras posibilidades de control de los actos políticos. Por un lado, todos "los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales" (art. 26. 2 LJ). De otro, la "actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora de mismo".

Aunque, obviamente, menos relevante, también contribuye a configurar el régimen de los actos políticos el art. 37. 5. a LPC, que excluye el ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros respecto a los expedientes que "contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas al Derecho Administrativo".

Como es sabido, el derecho de acceso a archivos y registros es el derecho de los ciudadanos a conocer y obtener copias de la información recogida en la documentación administrativa[167]. La doctrina ha manifestado unánimemente que la excepción a este derecho que estamos examinando en este momento viene referida a los documentos generados por los actos políticos[168].

[166] En la misma línea, señala BACIGALUPO que la regulación de la LJ es "sin duda saludable, aunque, (...) innecesaria en realidad, por venir ya impuesta por los arts. 9. 1 y 24. 1 CE". La discrecionalidad... Pág. 60.

[167] Véase sobre el derecho de acceso a los archivos y registros. SENDÍN GARCÍA, M. A.: "El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local", en Revista de Estudios de la Administración Local 294-295 (enero-agosto de 2004). Págs. 381 y sigs.

[168] FERNÁNDEZ RAMOS, S.: El derecho de acceso a los documentos administrativos. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 459. MESTRE DELGADO, J. F.: El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Civitas. Madrid, 1993. Pág. 144.

Si bien, a partir de aquí la doctrina se divide en cuanto al fundamento y alcance de esta exclusión. Así, algunos autores consideran que se justifica por ser el derecho del art. 37. 5 LPC una facultad de acceso a la documentación generada por la actividad administrativa, por lo que debe quedar al margen la documentación generada por la actividad política[169].

Mientras que para otros consideran que el derecho que nos ocupa se ejercita respecto a la documentación en poder de la Administración, con independencia de que proceda de actividad política o administrativa. La exclusión de acceso a dicha documentación se justifica, por ello, únicamente por motivos de eficacia, en cuanto se supone que por su carácter político es preciso que, en ocasiones, esa información permanezca reservada. Lo que supone que esa limitación del derecho de acceso no afecta a toda la documentación generada por la actividad política, sino sólo a aquella cuya divulgación pudiera perjudicar a su eficacia[170].

IV
LOS ACTOS POLÍTICOS EN EL DERECHO DE NICARAGUA

La doctrina de los actos políticos no tiene en Nicaragua la tradición y raigambre que asume en el Derecho español. En opi-

[169] EMBID IRUJO, A., en La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Coordinadores: M. Sánchez Morón y J. Leguina Villa. Tecnos. Madrid. 1993. Págs. 115-116. VILLANUEVA CUEVAS: El derecho de... Pág. 120.

[170] En tal sentido se ha manifestado J. A. SANTAMARÍA PASTOR, que señala que estas limitaciones "pueden hallar un título legitimador en el principio constitucional de eficacia: un título que, sin embargo, no cubre la totalidad de tales informaciones (que naturalmente, pueden ser de relevancia muy diversa), sino sólo aquéllas cuya divulgación a través del ejercicio de este derecho pudiera disminuir o eliminar la operatividad de las decisiones lícitamente adoptadas por el ejecutivo". Comentrario sitemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Editorial Carperi. Madrid, 1993. Pág. 142. FERNÁNDEZ RAMOS: El derecho de acceso... Págs. 461-463. DE OCAÑA LACAL, D.: "Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España", en Boletín de la ANABAD XLIX (1999 3-4). Págs. 188-189.

nión 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[171].

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 sustancialmente administrativos y lo que les da un sello especial, es el elemento formal de emanar de un órgano político"[172].

No obstante, la doctrina del acto político cuenta en la actualidad con un claro reconocimiento en el art. 17. 1 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo[173], según el cual, quedan "excluidos del conocimiento de la

[171] 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". Derecho Administrativo I. Pág. 71.

[172] FLAVIO ESCORCIA: Derecho Administrativo I. Págs. 69-70.

[173] Ley 350, aprobada el 18 de mayo de 2000, de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.

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[174].

Esta configuración del acto político es, en nuestra opinión, criticable, a la vez que, ciertamente, anticuada. Si se hiciera un paralelo con el Derecho español, se estaría consagrando la doctrina que estableció la antigua Ley de lo Contencioso que, pese a mantenerse en vigor hasta 1998, había sido corregido por la jurisprudencia previamente y no regía en la práctica.

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, una de esas inmunidades del poder de las que nos habló GARCÍA DE ENTERRÍA.

Frente a ello, el acto político si pervive es no por la autoridad de la que procede, sino por su funcionalidad, es el fruto de la

[174] FLAVIO ESCORCIA: Derecho Administrativo I. Pág. 71.

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 acción 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.

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, y como demuestra la experiencia española, que en la antigua legislación seguía, como se vio, este sistema, 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[175].

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.

Pero el mayor error está, a nuestro juicio, en seguir el viejo sistema de exención total del control judicial. En el Derecho español dicha línea, afortunadamente, se ha desechado, y hoy se afirma la facultad de los tribunales administrativos para controlar todos los actos procedentes del Gobierno, independientemente de su naturaleza, aunque, obviamente, con diferentes grados de intensidad.

De esta manera, el hecho de ser acto político no implica quedarse 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 en la normativa española se consideran 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.

[175] FLAVIO ESCORCIA: Derecho Administrativo I. Pág. 71.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHO HUMANOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA

I
INTRODUCCIÓN

Los movimientos constitucionalista, de inspiración iusnaturalista que racionalizaron el Estado a través de las Constituciones escritas y de las Declaraciones de Derechos, reconoció la dignidad humana, la igualdad y la libertad como principio básico de todo ordenamiento jurídico del cual derivan un conjunto de derechos que son inherente a la persona humana[176].

[176] Sobre la conceptualización de los derechos fundamentales como concepto histórico, concreción de las facultades e instituciones que en cada momento realizan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad, puede consultarse Pérez Luño, E.: Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1999, pág.s 48 y ss. Sobre la centralidad del concepto de dignidad humana, como fórmula omnicomprensiva y fundante y prepuesto, al mismo tiempo, lógico e ideológico, de las modernas Constituciones, véase la magnífica obra de Spadaro, A.: Contributo per una teoria della Costituzione (vol. I. Fra democracia relativista e assolutismo etico), Giuffrè editore, Milán, 1994, especialmente, pág.s 69-76.

El Estado Constitucional, tal y como ha sido configurado desde sus orígenes, supone un sistema de equilibrio de poderes y una definición de los derechos que van a quedar garantizados por esa división y limitación de poder.

La Constitución política de Nicaragua (en adelante CN), establece, la dignidad de la persona, como fuente de la Declaración de Derecho, y de su mismo sistema de garantía previsto, y reconoce, una eficaz, tutela de los derecho fundamentales, que constituye la más elemental garantía de los derechos de la persona.

El artículo 5, de la CN, dice que son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos; y el artículo 33, en su inciso, 2., nos habla que debemos de ser tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Dentro del sistema de tutela de los derechos, la CN, establece las llamadas garantías jurisdiccionales, reservadas únicamente para el principio de igualdad del artículo 27; así, como para la objeción de conciencia: "Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de profesar o no una religión. Nadie puede ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar estos derechos ni a ser obligado a declarar su credo, ideología o creencias" (art.27 CN).

El artículo 160, de la CN, asimismo establece: "La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia".

La Constitución ordena la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por medio de dos vías. La primera: un procedi-

miento judicial preferente y sumario encomendado a los "tribunales ordinarios", y la segunda: un recurso de amparo[177].

[177] Omar Gracia, destaca que en "el ordenamiento jurídico–constitucional nicaragüense configura un mecanismo de protección constitucional que denomina "recurso de amparo" (artículos 45 y 188 de la Constitución). RIZO OYANGUREN (1992) citado por SÁNCHEZ CORRALES ha destacado que el amparo en Nicaragua es un "juicio autónomo de carácter contencioso", es decir, el amparo implica la existencia de un litigio que se da dentro de un proceso y ante una instancia jurisdiccional y que concluye mediante una sentencia de carácter definitiva. Ello, lógicamente, ubicaría al amparo como un auténtico juicio similar al tratamiento generalizado que existe sobre esta figura en el ámbito latinoamericano y que es conocida por diversos nombres –acción de tutela en Colombia, mandato de segurança en Brasil, juicio de amparo en México, entre otros–
En el caso nicaragüense, el mecanismo de protección de constitucionalidad denominado por el constituyente y el legislador ordinario como "recurso de amparo" no es un medio de "impugnación de decisiones" emanadas de "autoridad" que afectan o vulneran derechos constitucionales, sino todo lo contrario, un auténtico mecanismo de protección de derechos y garantías constitucionales de forma autónoma y eventualmente, como se podrá observar más adelante, como un medio de control de normas en casos concretos.
En ese sentido, el mecanismo de protección en el sistema nicaragüense tiene una doble naturaleza o naturaleza dual que puede ser fácilmente identificada a través de la redacción constitucional y legal sobre el tratamiento del mismo. El artículo 45 de la Constitución establece lo siguiente: "Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el Recurso de Exhibición Personal o de Amparo, según el caso y de acuerdo a la Ley de Amparo".
El artículo 188 del texto constitucional reafirma la idea de mecanismo de protección de "derechos" y agrega la expresión "garantías", ambos consagrados en la Constitución Política.
Por su parte, la Ley de Amparo introduce otro elemento que va a configurar en su totalidad la doble naturaleza o naturaleza dual del recurso de amparo en Nicaragua. El recurso de amparo podrá también servir como cauce o instrumento jurídico para controlar la constitucionalidad de ciertas normas en casos concretos. En ese sentido, el artículo 22 de la Ley de Amparo hace referencia a la utilización del mecanismo para activar la denominada "inconstitucionalidad en casos concretos" que opera como un mecanismo de control de normas aplicadas al caso particular que está siendo objeto del amparo. El artículo 29, inciso 3, de la misma Ley de Amparo destaca que uno de los requisitos del escrito de amparo es señalar si una "ley, decreto o reglamento" aplicada a ese caso es, a juicio del recurrente, considerada inconstitucional.
En ese sentido, el recurso de amparo en el sistema constitucional nicaragüense tendrá como naturaleza jurídica la protección de "derechos y garantías constitucionales" (artículos 45 y 188, Constitución) y el control de normas en casos concretos (ley, decreto o reglamentos) que se estén aplicando al caso y que según valoración del recurrente del amparo (sujeto con legitimación activa) las considere inconstitucionales, o bien, tal como destaca el artículo 5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a juicio de la "autoridad judicial" se consideran inconstitucionales.
El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense. Del mismo autor: "El sistema mixto de control de constitucionalidad en Nicaragua", en Libro homenaje al profesor Héctor Fix–Zamudio, cit., pp. 554 y 555. Curso de Derecho Constitucional. Managua, Nicaragua. INEJ. 2011.
Sobre el recurso de amparo en Nicaragua puede consultarse: CUAREZMA TERÁN, SERGIO y MORENO CASTILLO, MARÍA ASUNCIÓN. "La justicia constitucional en Nicaragua", en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 265–268; ESCOBAR FORNOS, IVÁN. Introducción al derecho procesal constitucional, Porrúa, México, 2005, pp. 247–292; ESCOBAR FORNOS, IVÁN. Derecho procesal constitucional: el amparo, Hispamer, Managua, 2004, p. 16. PÉREZ TREMPS, PABLO. "La

Este tipo de garantía ha sido considerado por muchos como la piedra angular del sistema de protección de los derechos fundamentales, hasta el punto de que KELSEN afirmaba que las Declaraciones de Derechos atribuyen al individuo un derecho en el sentido técnico de la palabra sólo si aquél tiene la posibilidad de reclamar en juicio contra un acto inconstitucional del órgano y, especialmente, si puede poner en movimiento un procedimiento que anule el acto inconstitucional. Por ello, a partir del periodo de entreguerras empiezan a generalizarse los instrumentos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

II
EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho fundamental de toda persona de acceder a tribunales independientes en procura de Justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945, también fue ampliamente reconocido, aunque en algunos casos con formulaciones diferentes, tanto en el derecho europeo y americano, como en tratados internacionales.

jurisdicción constitucional en Nicaragua", La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 222–228; RAMOS MENDOZA, JOSEFINA. "Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua I y II", en Revista Justicia, No. 20–21, febrero–abril de 2000, pp. 9–13 y 19–21, respectivamente; ROSALES ARGÜELLO, FRANCISCO. "El constitucionalismo y el amparo de los derechos fundamentales", en CASTRO RIVERA, EDWIN y CUAREZMA TERÁN, SERGIO J. (dirs.), A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos, INEJ, Managua, 2008, pp. 75–88; GARCÍA VÍLCHEZ, JULIO RAMÓN. Manual de amparo. Teoría, práctica y jurisprudencia, LEA–Grupo Editorial, Managua, 2004, pp. 40–47; GUEVARA SOLÍS, SELENE. "Algunos aspectos del amparo en Nicaragua", en Libro homenaje al profesor Héctor Fix– Zamudio, cit., p. 513.

Así, por ejemplo cabe citar las constituciones de postguerra, como la italiana de 1947 (art. 24.1) y la de la República Federal de Alemania de 1949 (art. 19.4), las que incorporaron disposiciones que expresamente reconocieron el derecho de acceder a órganos judiciales para la protección de situaciones jurídicas subjetivas.

También, con posterioridad, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de enero de 1950, se estipuló ante la violación de los derechos y libertades allí reconocidos, el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante una instancia nacional.

Con una formulación análoga a la de los textos constitucionales italiano y alemán, la constitución española de 1978 en el art. 24.1, reconoce el derecho de toda persona a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse una situación de indefensión.

En la CN este derecho, se encuentra en el artículo 160: "La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia".

En fecha posterior, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, receptó expresamente en su art. 47, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial[178].

[178] En el inciso I, basado en el art. 13 del CEDH, se estatuye que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.
A su vez, el apartado 2, que se corresponde con el apartado 1 del art. 6 del CEDH. Reconoce el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa y públicamente en plazo razonable por un juez independiente e imparcial establecido previamente por la ley. Y Se agrega el derecho a hacerse aconsejar, patrocinar y defender.
En el tercer párrafo se determina el derecho a contar con asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para asegurar la efectividad del acceso a la justicia.

Del mismo modo, los países americanos han celebrado tratados en los que se ha consagrado el derecho de acceso de toda persona a la jurisdicción en defensa de sus derechos. Así cabe citar en primer lugar, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en 1948, y en especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en noviembre de 1969, en donde se regula este derecho fundamental con una formulación análoga a la de las cartas europeas antes citadas.

En el art. 8.1[179] del último de los pactos citados, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.1 se dispone: *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales"*.

En los incisos siguientes, los Estados partes se comprometen a garantizar: que la decisión del recurso antes indicado, estará a cargo de la autoridad competente; que cumplirán la resolución judicial del recurso; y que desarrollarán las posibilidades del recurso judicial.

En lo que concierne a Nicaragua, se ha otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales de protección a los derechos humanos. Arto. 46: **"**En el territorio nacional toda persona

[179] El art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica textualmente determina: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

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".

De estos tratados los cuatro primeros tutelan ampliamente el derecho de acceso a la justicia

III
ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos[180]: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia[181].

Dentro de dicho esquema, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos:

[180] GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, El derecho a la tutela jurisdiccional, Civitas, Madrid, 200, p.59. Pablo Esteban Perrino, en su artículo "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa". Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por RUBINZAL-CULZONI, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257/294

[181] Carsten Kremer Los límites de la cosa juzgada en el Derecho de la Union Europea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica de Valparaiso XXXV (Valparaiso, Chile, 2010, 2o Semestre). pp. 189 – 226. Pablo Esteban Perrino, en su artículo "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa". Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por RUBINZAL-CULZONI, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257/294

a) a ocurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil.

b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa;

c) a un juez natural e imparcial;

d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción;

e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione);*

f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados;

g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial.

h) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende;

i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia;

j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas;

k) a impugnar la sentencia definitiva;

l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada;

m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable;

n) a contar con asistencia letrada;

IV
OBSTÁCULOS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Tal como surge de lo anteriormente señalado, el derecho a la protección judicial receptado en nuestro ordenamiento despliega sus efectos, en primer lugar, en el momento del acceso a la jurisdicción, al asegurar al justiciable la defensa de sus derechos en sede jurisdiccional en forma real y efectiva y no meramente teórica.

En este sentido ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que "el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales".

Con base en lo expuesto examinaremos las dificultades que tradicionalmente se presentan al tiempo de promover un litigio contra la Administración.

4.1 El carácter revisor del proceso contencioso administrativo

El primer problema que cabe mencionar y que ha ocasionado muchas dificultades para el acceso a la justicia en los litigios contra el Estado concierne al mítico principio de la decisión previa y su consecuencia el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso administrativa que fue adoptado en aquellos sistemas jurídicos que, siguió en gran medida el modelo francés.

Como es sabido en Nicaragua, en un primer momento, al igual que aconteció en Francia y en España y en numerosos países latinoamericanos, tradicionalmente se entendió que la jurisdicción contencioso administrativa era de carácter revisor de lo actuado en sede administrativa[182].

De ahí que se requería, aun se lo continúa exigiendo en algunos países, que constituye un requisito imprescindible en este tipo de procesos la existencia ende un acto previo denegatorio.

Esta concepción, que no es más que un resabio de la antigua doctrina francesa del ministro-juez[183]-, abandonada por el Consejo de Estado en 1889 en el caso "Cadot"[184], que consideraba que el objeto del proceso contencioso administrativo era la impugnación de *actos ilegítimos*, cuando en verdad –según lo ha señalado la moderna doctrina administrativa, siguiendo las enseñanzas de JAIME GUASP, el objeto de todo proceso, y también el del contencioso administrativo, es siempre una pretensión[185].

---

[182] En la Constitución de 1974, en el Titulo 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.

[183] Rivero, Jean y Waline, Jean "Droit administratif", 16ª ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 191.

[184] "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative", 10ª ed., Sirey, Paris, 1993, p.35 y ss.

[185] Guasp Delgado, Jaime, "La pretensión procesal", Civitas, Madrid, 1981, p.57; conf. Palacio, Lino E., "Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, t. I, p. 376 y ss. Según la conocida definición de GUASP "La pretensión es la reclamación o queja que una parte dirige frente a otra y ante el juez que se trata de satisfacer mediante el proceso" ("Derecho Procesal

El proceso no es otra cosa que el instituto jurídico destinado a la satisfacción de pretensiones[186].

El acto administrativo, por ende, no es el objeto del proceso. Solo constituye en un determinado tipo de controversia contenciosa administrativa un presupuesto de aquella.

En consecuencia, no es el contenido del acto impugnado, sino las pretensiones las que contribuyen a delimitar los poderes del juez.

Lo ha señalado Cassagne, "si se parte del principio según el cual, en los sistemas judicialistas como es el nuestro (...), la jurisdicción contencioso administrativa es plena y no se halla recortada por la interpretación francesa de la división de poderes, no cabe sino reconocer la manifiesta y abierta incompatibilidad del dogma revisor con la existencia de una efectiva tutela judicial"[187].

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa (350), 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).

Civil", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 217). A su vez, siguiendo de cerca las enseñanzas del citado maestro español Lino E. Palacio sostiene que "la pretensión "es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración" (ob. cit. t. I, p. 394).

[186] GUASP, JAIME, "Derecho procesal civil", cit., t. I, p. 16 y GONZALEZ PÉREZ, JESÚS, "Derecho procesal administrativo", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, t.1, p.43 y 211.

[187] CASSAGNE , JUAN CARLOS, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", Rev. de Der. Adm. n° 32, p. l533.

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 reglamentos), sino también en relación con su actividad material (inactividad de la Administración y vías de hecho), pero principalmente apunta su ámbito en la pretensión procesal.

4.2 Los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa

Otro de los temas que ha suscitado numerosos inconvenientes al momento de acceder a la jurisdicción es el relativo a los llamados requisitos de admisibilidad de la pretensión impugnatoria.

La existencia de recaudos de admisibilidad en todo proceso obedece, según los casos, a una adecuada ordenación del proceso y a razones de seguridad jurídica. Su concurrencia es necesaria para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida y el juez pueda dictar la sentencia de fondo.

En los juicios contencioso administrativos además de los requisitos de admisibilidad comunes a todos los procesos, generalmente los distintos ordenamientos jurídicos exigen el cumplimiento de otros presupuestos específicos propios de este tipo de litigios, modernamente denominados por algún sector de la doctrina como condiciones de acceso a la instancia judicial (Vgr. tratándose de pretensiones impugnatorias: agotamiento de la vía, acto administrativo definitivo, plazo de caducidad, etc.)[188].

[188] GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, Derecho Procesal Administrativo hispanoamericano, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p. 162; Grau, Armando Emilio, Habilitación de la instancia contencioso administrativa, Platense, La Plata, 1971, ps. 68 y ss.; Diez, Manuel María, Derecho Procesal Administrativo (Lo contencioso administrativo), con la colaboración de Tomás Hutchinson, Plus Ultra, Bs. As. 1996, p.87.

Cuando no media una adecuada regulación o se efectúa por parte de los jueces una interpretación ritualista de estos presupuestos procesales, se puede incurrir en limitaciones contrarias al texto constitucional descalificables por dar lugar a situaciones de privación de justicia. Ello ha ocurrido en más de una ocasión con algunos de los requisitos tradicionalmente previstos para las pretensiones procesales administrativas impugnatorias. Seguidamente lo examinaremos.

4.2.1 El agotamiento de la vía administrativa

El estudio comparativo de la legislación de países europeos y americanos pone de relieve un tratamiento disímil del instituto del agotamiento de la vía, pues mientras que en algunos regímenes los recursos administrativos no son de articulación obligatoria sino facultativa para acceder a la instancia judicial, como en Francia[189], Italia[190] a partir de la reforma de 1971 y en

[189] En el derecho francés por regla los recursos administrativos son de carácter optativo para el particular (SARMIENTO ACOSTA, MANUEL J., "Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa", Civitas, Madrid, 1996, p. 369; ver: Turpin, Dominique, Contentieux Administratif, Hachette, Paris, 1994, ob .cit. p. 98). Sin embargo, al lado de los recursos administrativos comunes, cuya articulación es siempre optativa para el interesado, existe una cantidad cada vez más importante de recursos administrativos especiales, que en numerosos casos se exige obligatoriamente su presentación para poder acudir al juez contencioso administrativo (ver: Pierre Subra de Bieusses, Los recursos administrativos en el Derecho francés, D.A. n° 221, ps. 69 y 79 y Turpin, ob cit. p. 98. Es importante señalar que en los casos en que no es exigible la interposición de un recurso administrativo para acceder a la vía contencioso administrativa de todas maneras siempre es menester el tránsito por una vía administrativa previa en virtud del requisito de la décision préalable (Hauriou, Maurice, Précis de droit administratif et de droit public, 9ª ed., Recueil Sirey, Paris, 1919, ps.445 y ss. y Mairal, Héctor A. "Control judicial de la Administración Pública", Depalma, Bs. As., 1982, t. 1, p.314). Según esta regla, que aparece como una supervivencia de la antigua doctrina del Ministro-juez", no puede interponerse un recurso contencioso administrativo si no existe una decisión previa contraria a la pretensión del requirente adoptada por la autoridad competente en la materia litigiosa (Waline y Rivero, ob. cit. p. 210. Según lo señala Dominique Turpin la regla de la decisión previa "sirve para ligar el contencioso, en virtud del adagio: si no hay decisión, no hay acción", ob. cit. p. 97).

[190] En Italia hasta el año 1971 era obligatorio el agotamiento de los remedios administrativos. Con la reforma producida mediante el dictado de la ley 1034 del 6 de diciembre de dicho año (art.20), de creación de los Tribunales Regionales Administrativos, se suprimió tal exi-

Méjico[191], en otros ordenamientos comparados- si bien con diferentes matices- se mantiene vigente este instituto. Tal el caso de Alemania[192], España[193], Estados Unidos[194], Perú[195], Colombia[196],

gencia al establecerse el carácter facultativo del recurso jerárquico (Cassarino, Sebastiano, Los recursos administrativos en el Derecho italiano, D.A. n° 221, p.43). La ley antes citada, creadora de los Tribunales Administrativos Regionales, al establecer que el recurso judicial también se puede presentar directamente contra actos no definitivos, produjo una reforma radical en lo que se refiere a las relaciones entre este recurso y los recursos administrativos ordinarios (art.20) (conf. Virga, Pietro, Diritto Amministrativo, Giuffre, Milano, 1987, t. II, p. 195; Mazzarolli, L.- Pericu, G.- Romano A.- Roversi Monaco, F.A. y Scoca, F.G., Diritto Adminustrativo, Monduzzi, 1993, t.II, p.1495; Giandomenico, Falcon, La justicia administrativa en la obra colectiva La justicia administrativa en el derecho comparado, dirigida por Javier Barnes Vázquez", Consejería de la Presidencia de la Junta de Anadalucía y Civitas, Madrid, 1993, p.225; Cassarino, ob cit. ps. 43/44; Mairal, ob. cit. t. I, ps.314/315 y Sarmiento Acosta, ob. cit., p.390) A partir de entonces, es facultativa la deducción del recurso jerárquico, pues son impugnables judicialmente en forma directa los actos no definitivos.

[191] En Méjico los arts. 83 de la ley de Ley Federal de Procedimientos Administrativos, 29 de la Ley del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal y 208 de la Ley de Procedimientos Administrativos del Distrito Federal determinan el carácter potestativo de los recursos administrativos.

[192] En Alemania la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 21 de enero de 1960 establece, como principio, que antes de deducirse ante los tribunales administrativos las pretensiones impugnatoria y la obligacional o de imposición a que se dicte un acto administrativo, deberá transitarse una vía previa recursiva ante la autoridad administrativa, salvo cuando el acto que se cuestiona en sede judicial fue dictado por la autoridad jerárquicamente superior (art. 68, inc. 2 de la ley citada; Sommermann, Karl-Peter, La justicia administrativa alemana, publicado en la obra colectiva La justicia administrativa en en el derecho comparado, coordinada por Javier Barnés Vázquez, Civitas, Madrid, 1993, ps. 75/78 y 83; SARMIENTO ACOSTA, MANUEL J., "Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa", Civitas, Madrid, 1996, p.379 y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Civitas, Madrid, 1993, ps.194, 240 y 376 y ss.). Explica este último autor que "la doctrina alemana valora positivamente la vía administrativa cuando estos tres efectos que la justifican: -La mayor protección de los derechos de los particulares, desde el punto de vista de la ampliación de las posibilidades de estos por la extensión, con la vía administrativa, al enjuiciamiento a la oportunidad del acto administrativo, ya que los Tribunales extienden su enjuiciamiento no más allá de la legalidad del acto administrativo. –El autocontrol administrativo, al permitirse a la Administración que corrija el acto. –La descarga del trabajo de los Tribunales, llamado por Ule "efecto-filtro" (...) Por contrapartida, cuando el sentido de la vía administrativa, cuando aquellos tres fines no se presenten, ésta se obvia..." (ps.377/378). No rige el principio del agotamiento de la vía cuando se interponen las pretensiones declarativa o prestacional general (González-Varas Ibañez, ob. cit. p. 378). En tal sentido escriben Martin Bullinger y Mariano Bacigalupo: "Con arreglo al §. 68 VwGO, el procedimiento de contradicción –denominación genérica de la vía administrativa de recurso- sólo está configurado con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, si la acción contencioso-administrativa interpuesta está dirigida a impugnar un acto administrativo (Anfechtungsklage, § 42, apdo. 1 VwGO) o a obligar a la autoridad a dictar tal acto (Verpflichtungsklage, § 42, apdo. 1 VwGO).

Sin embargo, conforme a la Ley marco del Estatuto jurídico de los funcionarios públicos, también se debe agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición de todos los recursos contencioso-administrativos entablados por funcionarios públicos con apoyo en su status funcionarial (Klagen aus dem Beamtenverhältnis), independientemente de que la acción contencioso administrativa interpuesta sea una de las previstas en el señalado §. 68 VwGO" (Ob. cit., p.19).

193 En España el art. 37, inciso 1 de la Ley 27 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: "El recurso contencioso administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa" de conformidad con lo previsto en la legislación sobre procedimiento administrativo. Según el art. 109 de la ley 30/1992, De Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,: "Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos ordinarios. b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 (esto es, de aquellos procedimientos de impugnación o reclamación que establezcan las leyes en sustitución del recurso ordinario). c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario. c) Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca".
Cabe destacar que el presupuesto procesal del agotamiento de la vía administrativa se mantiene incólume en ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (art. 25, inc. 1).

194 En el derecho norteamericano si bien la doctrina discute si el agotamiento de los remedios administrativos (exhaustion of administrative remedies) constituye un principio o regla general, lo cierto es que, primero por vía jurisprudencial ("Myers v.Bethlehem Shipbuilding Corporation" (opinión del juez Brandeis) 303 U.S. 41, 58 S.Ct. 459, 82 L.Ed 638 (1938); ver: Aman, (Jr.), Alfred. C. y Mayton, William T., "Administrative Law", West Group, St. Paul, Minn, 1998, p.405/406 y Bianchi, Alberto B., "Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa", LL, 1995-A, p. 419 y ss. Explica Bernard Schwartz que aparentemente el primer caso en que la Suprema Corte requirió el cumplimiento del agotamiento de los remedios administrativos fue en 1903 en "Cosmos Exploration Co. v. Gray Eagle Oil Co.", 190 U.S. 301, (Administrative Law, 3ª ed., Little, Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p.543, nota 13) y luego mediante su consagración legislativa la necesidad de transitar la vía previa administrativa constituye un recaudo que es preciso cumplimentar para abrir las puertas de los tribunales, aunque son numerosas las excepciones (Schwartz, ob. cit. p. 544 y ss.) -similares como dice Tawil en número a las admitidas en nuestro país respecto del reclamo previo Tawil, Guido S., Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", edición del autor, Bs. As., 1993, t.II, p. 110. Así, la Administrative Procedure Act. en la Secc. 704 dispone: "Actos judicialmente revisables. Las decisiones de las agencias administrativas que, conforme a la ley, sean judicialmente revisables, y las decisiones finales de dichas agencias respecto de las cuales no exista otro remedio adecuado en un tribunal está sujetas a revisión judicial. Las decisiones administrativas de carácter preliminar, de procedimiento o interlocutorias, que no sean directamente revisables judicialmente, lo serán luego de haber sido revisadas por una decisión final de la agencia administrativa. Salvo que la ley lo disponga expresamente de otra forma, una decisión de una agencia administrativa normalmente considerada final será

Uruguay[197], Costa Rica[198], Argentina (tanto a nivel federal[199] como local[200]), y Nicaragua.

considerada tal, a los efectos de esta sección en cualquier caso que se haya presentado o fuera o se haya ordenado presentar contra ella recurso de reconsideración, a menos que se establezca que el acto administrativo está suspendido en sus efectos, pendiente una apelación ante la autoridad superior de la agencia".

[195] En Perú el requisito en cuestión tiene sustento constitucional pues en el art. 148 se dispone: "las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa". Dicha exigencia está reglamentada en el art. 8 del Texto único Ordenado de la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Decreto Supremo nº 02-94- JUS, del 31/01/94); modificado por la ley 26.810, y en el art. 541, incisos 1 y 2 del Código Procesal Civil (ver: Danós Ordoñez, Jorge, Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones que "causan estado, Academia de la Magistratura, nº 1, Lima, 1998, p. 207 y ss. y Bacacorzo, Gustavo, El procedimiento administrativo en el Perú, publicado en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff "Derecho Administrativo", dirigida por Juan Carlos Cassagne, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 577/578.

[196] Código Contencioso Administrativo de Colombia en su art. 135 (texto modificado por el decreto- ley 2304 de 1989; ver Perdomo, Jaime Vidal, "Derecho Administrativo", 10ª ed. actual., Temis, Bogotá, 1994, p.291).

[197] En Uruguay la exigencia del agotamiento de la vía administrativa tiene raigambre constitucional. El art. 319 de la Constitución uruguaya establece que la acción de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo no puede ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa mediante los recursos correspondientes, los cuales están reglados en la ley 15.524, modificada por la ley 15.869, Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 4 de la ley 15.869)

[198] Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (arts. 18 y 31 y art. 126 de la Ley General de la Administración Pública).

[199] Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica (arts. 18 y 31 y art. 126 de la Ley General de la Administración Pública).

[200] Catamarca: art. 5 Cod. Cont.. Adm. (Ley 2403 B.O. 6/8/71); Córdoba: art. 6 Cód. de Proc. Contenciosoadministrativo (Ley 7182 B.O. 27/11/84); Corrientes: art. 10 Cód. Cont. Adm. (Ley 4106 B.O. 11/3/87); Chaco: art. 9 Cód. Cont. Adm. (Ley 848 B.O. 7/9/67); Entre Ríos: art. 4 Cód. Procesal Adm. (Ley 7061 B.O. 2/11/83); Formosa: art. 4 Cód. Procesal Adm. (t.o. 1978. B.O. 20/1/78); Jujuy: art. 5 Cód. Cont. Adm. (Ley 1883 B.O. 4/9/48); La Pampa: art. 9 Cód. Proc. Cont. Adm. (Ley 952 B.O. 23/11/79); Mendoza: art. 5 Cód Proc. Adm. (Ley 3918 B.O. 14/8/73); Misiones: art. 8 Cód. Proc. Cont. Adm. (Ley 3064 B.O. 2/12/93); Neuquén: art. 6 Cód. Proc. Adm. (Ley 1305 B.O. 7/8/81); Río Negro: art. 98 Normas de Procedimiento Administrativo (Ley 819 B.O. 13/10/80) y art. 1 Ley 525 sobre Jurisdicción Contencioso Administrativa; Salta: art. 26 inc. 1 Cód. de Proced. en lo Cont.-Adm. (Ley 793); San Juan: art. 25 Ley de Proced. Adm. (Ley 3784 B.O. 6/6/73); Santa Cruz: arts. 23 y 30 Ley de Proced. Adm. (Ley 1260 B.O. 24/4/79); Santa Fe: art. 7 Recurso Cont. Adm. (Ley 11.330 (B.O. 29/1/96); Santiago del Estero: arts. 1 y 4 Ley de lo Cont. Adm. (Ley 2297 B.O. 26/9/51); Tierra del Fuego: arts. 7 y 8 Cód. Cont. Adm. (Ley 133 B.O. 18/4/94); Tucumán: art. 12 Cód. Proc. Adm. (Ley 6205 B.O. 23/8/91); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3, inc. 1 a 3 del Cód. Cont. Adm. y Trib. Cabe destacar que en La Rioja si bien el art. 4 del Cód. Proc. Cont. Adm. exige para la promoción de la pretensión procesal administrativa la existencia de un acto administrativo denegatorio, no es necesario haber agotado previamente los medios de impugnación establecidos en las normas de procedimiento administrativo, cuya utilización es de carácter optativo para el interesado (art. 4 de la ley 4243, Cód. Proc. Adm.).

La ley Organización, competencia y recursos administrativos (350) establece es su artículo 45**:** "El Recurso de Apelación se resolverá en un término de treinta días, a partir de su interposición, agotándose así la vía administrativa y legitimará al agraviado a hacer uso del Recurso de Amparo, mientras no esté en vigencia la Ley de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo[201].

En ley de Amparo, en su artículo 27, en los Requisitos del escrito de interposición del recurso en su inciso 6), se señala "El haber agotado los recursos ordinarios establecidos por la ley, o no haberse dictado resolución en la última instancia dentro del término que la ley respectiva señala".

Igualmente en la ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa, señala en el artículo 46.- Agotamiento de la Vía Adminis-

[201] Juan Bautista Arrien, en estudio: El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso – administrativo en Nicaragua", comenta: "me gustaría presentar propuestas para descentralizar la vía administrativa y brindar mayor independencia administrativa a los ciudadanos. a) La primera es la teoría denominada en el Derecho Alemán como la doble vía, que ya había sido explicada por el Dr. Cairo Manuel López, sosteniendo la necesidad de brindar la potestad al administrado de escoger ante qué vía recurrir, es decir, o utilizar los recursos administrativos o recurrir al contencioso – administrativo de una vez". Más adelante, en su artículo, presenta diferentes puntos de vista sobre el agotamiento de la vía administrativa: La validez de esta teoría se sigue discutiendo, grandes juristas están a favor de ella como el Dr. Jesús González Pérez, quien sostiene que la vía administrativa en España aun con toda la regulación que posee representar un privilegio para la Administración Pública y una carga para el administrado. Considera que el recurrir a la vía administrativa debería de ser una facultad potestativa para el administrado, permitiendo la descongestión de la Administración Pública.
Por otro lado, otro Catedrático de gran prestigio como el Dr. Ramón Parada sostiene la idea de mantener la vigencia de la vía administrativa, pero proponen implementar ciertas reformas en cuanto a la ampliación de los términos para que los administradores puedan interponer sus recursos con más tiempo sin que precluya o prescriba su derecho material pero sobre todo que los plazos de caducidad de la acción contencioso – administrativa sea superior a los plazos de interposición. Esta recomendación esta planteada en nuestra Ley No. 350, ya que su art. 129 sostiene que la acción contencioso – administrativa prescribe a los cinco años, contados a partir del agotamiento de la vía administrativa, mientras que los plazos de agotamiento de la vía administrativa, mientras que los plazos de interposición del recurso en sus varias facetas (ante resoluciones expresas, vías de hecho, entre otras9 no excede de 60 días según el art. 47 y 48 de la misma Ley.
Otra teoría es la creación de un Tribunal Administrativo en Nicaragua, separado totalmente de la Administración Pública, cuyos funcionarios sean administrativistas escogidos por concurso de mérito u oposición. Este supuesto Tribunal con la debida estructura física y la adecuada división de competencias por salas podría ser una respuesta estructural ante la falta de independencia de nuestra vía administrativa.

trativa: "Para ejercer la acción contencioso-administrativa será requisito indispensable haber agotado previamente la vía administrativa en la forma establecida por la ley.

Esta vía se tendrá por agotada cuando se diere cualquiera de las condiciones siguientes:

1. Cuando se hubiere hecho uso en tiempo y forma de los recursos administrativos señalados por la ley de la materia y se hubiere notificado una resolución expresa.

2. Cuando en un procedimiento administrativo no se dictare la resolución final correspondiente dentro del plazo de treinta días, se produce el Silencio Administrativo, se tendrá por aceptada la solicitud del recurrente.

3. Cuando así lo disponga expresamente la ley".

El requisito del agotamiento de la vía administrativa, calificado por García de Enterría como *"una reduplicación del privilegio de la decisión previa"*[202], con razón viene siendo duramente controvertido por la doctrina ya que, debido a su muchas veces inadecuada regulación y en otras a su irrazonable aplicación, convierte -en un número muy significativo de casos- el tránsito previo por la vía administrativa en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción.

De ahí que ante los abusos en que se ha incurrido en su reglamentación y aplicación las opiniones doctrinarias mayoritarias postulan, cuando no su eliminación, su templanza mediante

[202] Hacia una justicia administrativa, 2ª. ed. ampl. Civitas, Madrid, 1992, ps.66/67.

una reforma sustancial al régimen recursivo propugnando el carácter facultativo de los recursos administrativos[203].

Tales criterios son la respuesta a la desmesurada expansión que ha tenido este recaudo de admisibilidad, lo cual llevó a que se lo exija en supuestos en los que se presenta claramente como un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del juzgamiento judicial, como así también a las dificultades que derivan, muchas veces, de su compleja configuración, olvidando la función de garantía para el administrado que debe cumplir el procedimiento administrativos.

Al respecto cabe recordar que en un relevante dictamen de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos emitido el 29 de setiembre de 1999 se expresó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por el Pacto de San José de Costa Rica, exige *"que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares"*[204].

[203] Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Hacia una justicia administrativa", antes cit. ps.66/67; González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo hispanoamericano, Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p.177, nota 26, y en La reforma de la legislación procesal administrativa, Civitas, 1992, ps. 46 y ss. y en La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas", n° 75, curso académico 1997-1998, Madrid, 1998, ps. 318/319.FERNÁNDEZ, TOMÁS R., Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso, D.A., n° 221, ps. 5 y ss.; Garrido Falla, Fernando y Fernández Pastrana, José M., Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones PÚBLICAS (UN ESTUDIO DE LA LEY 30/1992), CIVITAS, MADRID, 1995, PS. 244/245; PIÑAR Mañas, José Luis, La pretendida especialidad de los recursos especiales, D.A. n° 221, p. 132; RIVERO YSERN, JOSÉ LUIS, Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa", en la obra colectiva El procedimiento administrativo en el derecho comparado, antes cit., ps.201 y ss.; Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. II, cap. XIII, ps.12/16. JUAN BAUTISTA ARRIEN: "El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso – administrativo en Nicaragua" .Inédito.

[204] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99 emitido en el caso 10.194, "Palacios, Narciso –Argentina", emitido el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F, p.594, con nota de CARLOS A. BOTASSI, Habilitación de instancia y derechos humanos.

Vale decir que la incertidumbre o falta de claridad en la configuración de este recaudo constituye una violación al principio de tutela efectiva[205].

Por lo demás, la experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que se esgrime tradicionalmente para justificar dicho instituto, como es la de generar una etapa de conciliación previa al juicio y otorgar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores. En efecto, lamentablemente, es común que la Administración rechace los recursos administrativos sin efectuar un estudio serio de la cuestión, desaprovechando la ocasión que ello le confiere para revisar la legitimidad y la oportunidad, cuando el recurso lo permite, de la acción administrativa.

También el agotamiento de la vía también se transforma en irrazonable y lesivo para el derecho de defensa cuando se establecen

[205] Juan Bautista Arrien, en su estudio: "El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso – administrativo en Nicaragua", dice: "Pronto terminaré una investigación de campo que sobre éste tema he venido realizando durante casi tres meses, la que ha incluido una serie de entrevistas con asesores legales de instituciones como: El Ministerio de Fomento, Industria y Comercio, la Oficina de Defensa del Consumidor de dicho Ministerio, el Ministerio de gobernación, la Dirección General de Ingresos, la Corporación Nacional del Pueblo (CORNAP), la Alcaldía de Managua, la Dirección de Urbanismo de dicha Alcaldía, la Dirección de Bienes Inmuebles de la misma Alcaldía y Catedráticos Universitarios cuya especialidad radica en la materia administrativa.
Pretendo adelantar ciertos comentarios y conclusiones en las que todos los entrevistados coincidieron, adjuntándolas a los comentarios que sobre los recursos administrativos ya he realizado.

- Si bien existe en nuestro país como marco general una ley que regule el procedimiento administrativo (Ley No. 290), se han creado una serie de procedimientos para regular materias específicas, lo cual es una práctica muy normal, el problema es que muchas veces van más allá de la Ley No. 290, al crear otros recursos, con distintos plazos, términos y formalidades.
- La falta de publicación obligatoria y ordenada de esta serie de procedimientos en un medio de publicación administrativa del Estado, puede llevar en un momento dado al litigante a una grave confusión por aplicar los recursos de la Ley No. 290, desconociendo que existen recursos específicos. Hay que recordar que en nuestro país no se puede alegar desconocimiento de la ley (Título Preliminar I, # III del Código civil).
- El problema central en nuestro país es la ausencia de una verdadera Ley de Procedimiento Administrativo, que no sólo regule los recursos administrativos como lo hace la Ley No. 290, sino que desarrolle la amplitud de materias que contiene dicho procedimiento".

plazos intrínsecamente irrazonables por su brevedad para deducir un recurso administrativo necesario para dejar expedita la revisión judicial.

4.2.2 El silencio administrativo negativo y positivo

Es necesario distinguir, el silencio negativo, del positivo**.** De acuerdo con GARCÍA DE ENTIERRA, el silencio administrativo negativo, es una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, que permite acceder a la siguiente instancia administrativa, o en su caso, al proceso contencioso-administrativo.

Inicialmente, la administración eludía su obligación de resolver, con solo permanecer inactiva; de esta manera, el administrado quedaba indefenso y privado de toda garantía judicial. Por ello, el 17 de julio de 1900, Francia instauro una Ley, en la que pasado un cierto plazo sin que la administración resolviera, se presumía que la pretensión del administrado había sido denegada, permitiéndole así a este último, promover contra dicha denegación los recursos correspondientes[206].

Por tanto, el silencio negativo no era considerado como un verdadero acto administrativo desestimatorio, ya que al carecer de toda actividad voluntaria de la administración, no era admisible

[206] Posteriormente, siguiendo el modelo de la Ley francesa, esta figura del silencio negativo fue introducida en España, por los Estatutos Locales de José Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal republicana de 1935 de España, y más tarde, por la ley española del 18 de marzo de 1944.
Su funcionamiento de esta ley era el siguiente: formulada una **petición** ante la administración, y en el término de tres meses no le era notificada la resolución al interesado, este podía denunciar la mora, y, si transcurridos otros tres meses desde la denuncia, no se recibía respuesta alguna, se podía considerar desestimada la petición, deduciendo frente a la supuesta denegación, el recurso administrativo o procesal según fuera el caso o esperando la resolución expresa de la solicitud. En el caso de **recursos administrativos** el interesado que lo hubiere interpuesto, podía hacer lo mismo, pero sin la necesidad en este caso de denunciar la mora. Sin embargo, en ambos casos, la administración no está exenta de dictar una resolución expresa sobre la petición o recurso formulados.

proceso administrativo alguno, destinado a averiguar el sentido de una voluntad inexistente.

En esta figura existían dos problemas, en el caso de España, los plazos de producción del silencio y del acceso a la vía jurisdiccional, y el de las resoluciones tardías. Los plazos de producción del silencio negativo fijados por el articulo 39 LJ 56 y por el artículo 94 LPA eran excesivos (6 meses); si la petición se dirigía a una autoridad cuyos actos no causaban estado en la vía administrativa, a esos seis meses, había que sumársele una espera de tres meses, por la impugnación del acto presunto ante el superior jerárquico, para poder entenderse también por desestimando y dejar abierto el acceso a la vía juridisccional.

Lo peor era, que una vez cumplidos los plazos indicados, quedaba abierto indefinidamente el acceso a la vía jurisdiccional, mientras la administración no dictara la resolución expresa, que según la ley no podía en ningún caso evadir. Sin embargo, el articulo 58 LJ 56, limito en un año el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, contado desde la producción del silencio en el caso de las peticiones; y un año desde la interposición del recurso de reposición, esta ultima aplicada también al silencio del recurso de alzada, lo que venía a impedir al interesado la interposición del recurso contencioso-administrativo una vez transcurrido ese tiempo. Por lo tanto, si el interesado dejaba pasar más de un año para acudir a los tribunales, este tendría que hacer todo el procedimiento de nuevo, hasta obtener una nueva desestimación presunta por el silencio.

Con respecto a las resoluciones tardías dictadas por la administración con posterioridad a la producción del silencio, la jurisprudencia termino aceptando que los recursos interpuestos contra las resoluciones tardías, reabrían el plazo del recurso, resolviendo el problema de esperar la resolución expresa de su petición o recurso.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de España, introduce una nueva regulación del silencio administrativo, ampliando significativamente la extensión del silencio positivo al fijar unos supuestos de directa aplicación -si bien permitiendo establecer, por vía reglamentaria, excepciones a la regla general de silencio positivo- al mismo tiempo que reforzando la obligación de resolver respecto a la regulación anterior al extenderla a los procedimientos iniciados de oficio. La LRJPAC introduce como novedad la denominada certificación de acto presunto que no sólo sirve para acreditar la producción del silencio, sino que además constituye un requisito para su eficacia, por lo que se ha llegado a señalar que vendría a sustituir la denuncia de la mora prevista por la legislación anterior**.**

La certificación del acto presunto, devino en un fracaso, ya que los ciudadanos nunca obtenían, este documento, y no podían, constar con esta legitimación.

La reforma de la ley 30/1992**,** elimino el juego de palabras utilizado por la Ley 30/1992 -"efectos de la falta de resolución expresa en plazo"-.

Con la reforma, el silencio opera automáticamente, dependiendo únicamente del trascurso del tiempo de la inactividad de la Administración, sin imponer cargos al particular. En consecuencia se suprime la certificación de acto presunto cuya virtualidad como requisito de eficacia de los actos administrativos había sido cuestionada ya por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo. Así el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de octubre de 1996 ha declarado que "la falta de petición específica de la certificación de acto presunto, cuando la Administración ha conocido que no había resuelto una determinada reclamación ante ella presentada, carece de entidad suficiente para determinar el cierre del proceso mediante la aceptación de la causa de inadmisibilidad" (consistente esta

última en la falta de eficacia del acto impugnado por no haberse expedido la oportuna certificación).

Se convierte la certificación por mor de esta jurisprudencia, en un requisito preprocesal, puramente formal, cuya ausencia carece de virtualidad para declarar la inadmisibilidad del recurso por ausencia de eficacia del acto presunto correspondiente. El proyecto, de ese momento pretendió sancionar definitivamente esta doctrina jurisprudencial, de forma que los efectos de la inactividad de la Administración se producen por el mero transcurso del plazo sin que se haya resuelto y notificado al solicitante la resolución expresa, dejando abierta la posibilidad de acreditar su existencia por cualquier medio de prueba admitido en derecho. Esta modificación se conectó con la regulación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el cual, al introducir el nuevo recurso por inactividad (artículo 29) y en la regulación del plazo de interposición de los recursos omite toda referencia a la exigencia de certificación.

Por otra parte, el proyecto recupero la clásica naturaleza de cada tipo de silencio administrativo. El silencio positivo equivale a una verdadero acto de modo que, una vez producido, sólo cabe dictar una resolución confirmatoria del acto, en tanto que el silencio negativo se configura como una ficción legal, cuyos únicos efectos de contraen a permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Por ello, para este segundo supuesto, subsiste la obligación de resolver por parte de la Administración, que deberá hacerlo sin vinculación alguna al efecto desestimatorio del silencio. Si la Administración resuelve después de producido el silencio negativo dando la razón la particular, evitará la provocación de un pleito o pondrá fin al ya comenzado, ya que el particular habrá obtenido la satisfacción extraprocesal de su pretensión.

GARCÍA DE ENTERRÍA advierte, por otra parte, sobre el carácter amplio de la previsión de este artículo, que choca con la

eufórica proclamación hecha en la exposición de motivos de la Ley en favor del silencio positivo. El resultado es que por vía reglamentaria se ha desvirtuado la regla general. En 1992, con la Ley de procedimiento Administrativo de 1958, un 90,1% de los procedimientos tenían efectos desestimatorios en 1996, y con la Ley 30/1992, que estableció la regla general del silencio positivo, a través de las normas reglamentarias se logró que un 77,5% de los procedimientos mantengan el silencio negativo, mientras que sólo el 22,5% de los procedimientos siguen la "regla general" del silencio positivo.

Se establece, por tanto, la regla general del sentido estimatorio de las solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley establezca lo contrario, eliminando las menciones a las licencias y autorizaciones de los apartados a) y b) del artículo 43.2. El apartado b) relativo a las "solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes" había sido especialmente criticado por diversos autores (GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, PAREJO o GARCÍA TREVIJANO) dadas las dificultades en su interpretación.

La generalización del silencio administrativo; se trató de una apuesta plenamente consciente con el objetivo de conseguir una Administración más tecnificada, moderna eficaz y receptiva que sabe dar respuestas a las demandas de los ciudadanos.

El silencio administrativo, en España, se consolida como una técnica o mecanismo de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, y por ello, unido al carácter revisor de esta jurisdicción.

Otra de las novedades del proyecto de reforma de la Ley fue la regulación de la suspensión del plazo para resolver. En este sentido, la Ley, acogiendo el moderno derecho comunitario, establece unas causas tasadas de suspensión que permitan a la Administración resolver en plazo cuando se dan circunstancias

particulares: requerimiento a los interesados para subsanar deficiencias, pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, intervención preceptiva y determinante, vía informe de otras Administraciones Públicas, pruebas técnicas, o iniciación de negociaciones para terminar convencionalmente el procedimiento. Se trata, en definitiva, de regular el tiempo en el procedimiento acorde con las circunstancias del mismo, de forma que no se produzca el transcurso del plazo para resolver por circunstancias ajenas al órgano competente para resolver el procedimiento.

En el Código de Procedimiento Administrativo Portugués de 1991, interpreta con carácter general de modo negativo (desestimación tácita) la ausencia de resolución dentro del plazo establecido, que a falta de disposición expresa se fija en noventa días con carácter supletorio. Esta desestimación, como es natural, no puede tener otro sentido que el de abrir las correspondientes vías impugnatorias confiriendo al interesado la facultad de acceder al correspondiente recurso. Lo único que hace falta es que la norma -y así lo hace-, a partir de un determinado momento, otorgue el debido efecto a esta situación real permitiendo el acceso a las vías impugnatorias. Es, pues, idéntica técnica del silencio administrativo negativo, con una formulación más clara y despojada de trámites como la denuncia de la mora y la petición de certificación de acto presunto, y, por consiguiente, menos gravosa para los interesados.

La estimación tácita se limita a supuestos específicos relacionados con los actos administrativos necesitados de aprobación y a la actividad de control del ejercicio de los derechos de los particulares a través de autorizaciones.

En Italia no existe una regulación general del procedimiento administrativo al modo de otros países europeos y americanos; no obstante puede decirse que, en general, el ordenamiento italiano considera la estimación por silencio como una situación claramente excepcional relativa a su-

puestos de fiscalización de la actividad privada a través de técnicas de autorización, licencia o habilitación**.** La regulación se completa con la posibilidad de que la Administración pueda anular el acto de conformidad ilegítimamente producido, salvo subsanación de los vicios por el particular con la imposición a los solicitantes de la obligación de declarar que se cumplen los supuestos y requisitos exigidos por la Ley.

En Francia, la pasividad de la Administración se equipara a una negación a los efectos de permitir el acceso al recurso; acceso que queda abierto indefinidamente; en coherencia con esta construcción el silencio positivo es meramente marginal, sólo posible en determinados supuestos no previstos expresamente por la norma.

En el Derecho alemán la inactividad de la Administración, así como la negativa a dictar el acto que se le solicita, recibe directamente un tratamiento de carácter judicial a través de la demanda de imposición o de condena a dictar un acto. En el primero de los casos mencionados, cuando un particular se dirija a la Administración y no obtenga respuesta en un plazo razonable, al menos tres meses, siempre que no concurra ninguna circunstancia especial que justifique uno más breve, se podrá acudir al Tribunal contencioso ejercitando esta acción. La demanda ha de basarse en que la omisión, además de ser ilegal, lesiona los derechos del actor. La sentencia estimatoria se resuelve en la condena a la Administración para que dicte el acto que fue solicitado.

En Chile, siguiendo a la ley 30/ 92, antes de la reforma, establece el silencio positivo y también el certificado, que ya con anterioridad quedo constatado que no funcionaba en España.

En otros países, de América Latina, también, introdujo, el silencio negativo y positivo[207].

[207] El Silencio en la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General de Perú y Ley N° 29060 de Silencio Administrativo.
En la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General de Perú, los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones de esta ley, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este ultimo a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio

positivo o silencio negativo, regulados estos últimos, en los artículos 33 y 34 de la presente ley y derogados por la Ley 29060, del Silencio Administrativo. Cada entidad señala estos procedimientos en un Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento (artículo 30 de la Ley N° 27444).

Es decir, que la solicitud presentada por el administrado será considerada aprobada ante la entidad competente para conocerla, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos y entregue la documentación completa exigida por el TUPA de la institución.

Sin embargo, posteriormente, esta entidad queda obligada a verificar la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones presentadas por el administrado; bajo apercibimiento de que en caso de comprobar fraude o falsedad por el administrado, la entidad procederá a comunicar el hecho a la autoridad jerárquica superior, si lo hubiere, para que se declare la nulidad del acto administrativo, se imponga una multa al administrado a favor de la entidad entre dos y cinco unidades impositivas tributarias vigentes a la fecha de pago; y, además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el titulo XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, ésta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.

Con la aprobación de la Ley 29060, del silencio administrativo, se prioriza el silencio administrativo positivo, en tal sentido, el silencio administrativo negativo por mandato de la Ley se vuelve excepcional, pero no se lo elimina. Y también señala, que en materia tributaria y aduanera, el Silencio Administrativo, se rige por sus propias leyes y normas especiales.

Su finalidad es la misma que la de la mayoría de las legislaciones que regulan este ámbito, la de limitar al poder público y sus agentes; imponiendo que frente a la inactividad de la administración, la petición del administrado, se da por aceptada, dentro de los límites de su solicitud y también crea la figura de la declaración jurada, para reafirmar la declaración ficta, de su solicitud y hacerla valer no sólo ante la misma administración, sino también ante otros entes públicos administrativos.

El Art. 3 de la Ley Nº 29060, señala, que la declaración jurada, reemplaza al documento, previsto en el Art. 31, párrafo 31.2, de la Ley 27444, que se refiere, al documento que requiere el administrado para ejercer sus derechos, en los procedimientos de aprobación automática.

Los supuestos normativos, del Silencio Administrativo Negativo, están contenidos, en la Primera Disposición Transitorias Complementarias y Finales, de la Ley Nº 29060; esta ficción legal, de carácter procedimental, permite al administrado, acceder a la siguiente instancia administrativa, o en su caso al Proceso Contencioso Administrativo.

El Silencio en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México.

En México, de manera general a nivel federal, a la falta de actividad de la autoridad administrativa, se le reconoce por ley la consecuencia negativa, en términos de lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, pero también encontramos algunos casos en los cuales la falta de respuesta tendrá una consecuencia positiva en beneficio del particular, la cual se establece en la ley o disposición correspondiente.

En el sistema jurídico mexicano, el silencio administrativo, trae como consecuencia que se restablezca la figura de Resolución negativa ficta, es decir, que en caso de que la administración pública omita dar respuesta expresa a una solicitud o recurso legal, esta se entenderá como contestada en sentido negativo y dejara al interesado despejada la vía para impugnar dicha resolución negativa en un Procedimiento Contencioso Administrativo; esto tiene sus excepciones, y tal es en el caso, de que si ley específica que regula la materia del acto sobre el que recae la solicitud o recurso establece específicamente la figura de Resolución afirmativa ficta, en cuyo caso, ante el silencio de la autoridad la solicitud o recurso se entenderá como resuelto a favor del solicitante o recurrente.

En el proyecto de Ley General del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de Nicaragua, el silencio administrativo negativo se encuentra estipulado en su artículo 33 y es utilizado excepcionalmente, es decir, vencido el plazo máximo sin que la administración notifique una resolución expresa de las solicitudes planteadas por el o los interesados, u otras solicitudes derivada del procedimiento, se entenderá silencio positivo, como regla general, y negativo excepcionalmente. Si el silencio es negativo, el interesado podrá interponer el recurso administrativo, amparo o contencioso-administrativo que resulte procedente.

Estos actos administrativos producidos por el silencio administrativo, tendrán valor tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, y producirán efectos desde el vencimiento del plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa, aunque esta no se haya producido. Dicho plazo será establecido por el procedimiento administrativo de la institución a la que el interesado presento la solicitud, y a falta de este, si en la norma reguladora no se estipula un plazo específico, el silencio se producirá por el transcurso de cuatro meses.

En el mismo artículo se encuentra la figura del certificado acreditativo del silencio producido, que sirve para acreditar la existencia de un acto administrativo producido por silencio administrativo y podrá ser solicitado por el interesado al órgano competente para resolver. Una vez solicitado, este tendrá un plazo máximo de quince días para emitirlo.

Es decir, que ante la inactividad de la administración pública, esta se entenderá siempre como una resolución negativa o silencio administrativo negativo; sin embargo, si la ley que regula la materia en la que recae la solicitud del administrado, establece que la resolución sea afirmativa, se entenderá.

En nuestro país, el sentido negativo del silencio de la administración, se lo otorga la norma reguladora del procedimiento de que se trate en cada caso.

4.2.3 Plazo para promover el pleito

Otro requisito procesal para demandar judicialmente a la Administración consiste en la necesidad de interponer la demanda judicial dentro de un plazo, cuya duración -si bien varía en cada legislación- es normalmente breve[208].

[208] PABLO ESTEBAN PERRINO, en su artículo "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", señala: "En Alemania la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativa (art. 74.I y II) establece un plazo de un mes para deducir las pretensiones de anulación y de prestación obligacional. No están sujetas a plazos las pretensiones declarativas y contra la inactividad (silencio negativo).
Por su parte, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, ley 29/1998, de 13 de julio, establece en el art. 46, inc. 1 un plazo de caducidad de dos meses para deducir el recurso contencioso administrativo contra reglamentos y actos administrativos expresos que pongan fin a la vía administrativa, y del recurso de lesividad.
El término se amplía a seis meses para los recursos que se dirijan contra los llamados actos presuntos (silencio). Para impugnar vías de hecho el plazo es de diez días, si se ha efectuado una reclamación en sede administrativa pidiendo su cese, y veinte días cuando no se ha realizado dicho requerimiento a contar desde el momento en que se verificó la actuación en vía de hecho (art.46, inc.3).
En Italia, como consecuencia de su singular sistema de control judicial de la Administración, corresponde a los tribunales judiciales intervenir en los pleitos en los que estén lesionados derechos subjetivos y a los tribunales administrativos en los litigios incoados en defensa de intereses legítimos. En el primer supuesto no es aplicable plazo de caducidad alguno, sino de prescripción. En cambio, en el segundo caso rige el plazo general de caducidad de sesenta días.
En el sistema británico, rige un plazo general de tres meses para el acceso a la justicia, salvo que la Corte considere que existe una buena razón para extender dicho término103. Sin embargo, la Supreme Court Act de 1981 estableció en la subseccion 6 que la Corte puede considerar en que supuestos se produce una tardanza injustificada en la presentación de la demanda judicial, examinando en cada caso la afectación de derechos de terceros y el perjuicio que ello ocasionaría a la buena administración, pudiendo rechazar la presentación. Ello sin perjuicio de las reglas de la Corte que establecen plazos a ese efecto (subseccion 7).
En los Estados Unidos, si bien no existe a nivel federal un plazo general para demandar al Estado (statutes of limitations) las normas que establecen el régimen de revisión judicial comúnmente establecen plazos dentro de los cuales se debe presentar la acción pertinente, cuya extensión varía según los casos. Explica Schwartz que estos plazos deben ser rigurosamente observados y que las acciones que se promuevan dentro del término fijado serán rechazadas, sin que importe cuan importante sea el caso105. Seguidamente el mencionado jurista señala que la Ley Federal de Comercio y otras normas similares prevén un plazo de sesenta días para presentar la petición de revisión, la legislación general de Nueva York el término de cuatro meses y la ley de control de Precios de 1942 treinta días106

El efecto que deriva de la promoción extemporánea de un pleito, por haber sido iniciado tardíamente, es la pérdida del derecho material en juego pues se entiende que en tal caso el acto impugnado ha devenido firme y, por ende, inatacable.

Las razones que se invocan para justificar este recaudo procesal son la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a la actividad administrativa86 y evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración87, como así también la eficacia administrativa, ya que la Administración debe conocer el período dentro del cual sus actos pueden ser atacados y las consecuencias que de ello pudieran derivarse[209].

Salvo algunas excepciones la generalidad de la doctrina considera que se trata de plazos de caducidad y no de prescripción-porque son términos perentorios, de efectos automáticos y fatales y cuyo curso no es susceptible de suspensión o interrupción. Este criterio no es compartido por Hutchinson, quien entiende que no resulta fácil distinguir entre la caducidad y prescripción porque ambos institutos responden conceptualmente al mismo supuesto de hecho: la inactividad en el ejercicio del derecho o de la potestad jurídica durante un tiempo determinado, lo cual conduce a la misma consecuencia jurídica: la extinción del derecho prefiere considerarlos plazos de prescripción. En definitiva, concluye este autor lo que importa, más allá de la denominación que se le quiera otorgar a dichos plazos, son las características que las normas les asignen.

También en nuestro país, tanto a nivel federal como provincial (se refiere a Argentina), se prevén plazos para promover los pleitos contencioso administrativos.
Como puede advertirse, si bien con matizaciones, la existencia de plazos para enjuiciar al Estado es común a la generalidad de las legislaciones comparadas". Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257/294

[209] Bárnes Vázquez, La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art.19.IV) en la obra colectiva La justicia administrativa en en el derecho comparado, antes cit.p. 188.

La imposición de un plazo de caducidad para requerir la revisión judicial del obrar administrativo ha generado relevantes problemas que aún no han encontrado una respuesta satisfactoria en nuestro derecho como tampoco -algunos de ellas- en las legislaciones comparadas.

El primero de ellos reside en su aplicación frente a los plazos de prescripción93. En este sentido, al estar una misma situación jurídica sometida a dos plazos distintos, uno más breve de caducidad y otro de prescripción, es viable que a pesar de no estar prescripta la acción no es susceptible aquella de ser incoada si no se promovió el pleito dentro del plazo de caducidad. En definitiva, los plazos de caducidad se sobreponen a los de prescripción reemplazándolos[210].

Los hechos demuestran claramente que el campo de acción de los plazos previstos en los ordenamientos procesales administrativos se superponen a los de prescripción y los tornan ilusorios. Ello es así, porque en los casos en que ambos institutos son aplicables, en definitiva, el único término que cobra relevancia, por ser el más exiguo y por los efectos que derivan de su incumplimiento, es el de caducidad. Es que, si no se ha promovido el pleito dentro de los plazos procesales, con posterioridad no será viable requerir la revisión judicial no obstante que la acción no haya prescripto. Téngase presente al respecto que si bien sería posible en tal supuesto presentar una denuncia de ilegitimidad94 el rechazo de aquella no deja abierta la vía judicial.

Por lo expuesto, consideramos necesario efectuar un profundo replanteo de la cuestión pues entendemos que no es razonable que una misma situación jurídica esté sujeta a dos plazos disímiles.

[210] Ver al respecto el ya clásico trabajo de Santamaría Pastor, Juan A., El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?. Rev. de Adm. Púb. n° 58, p.185 y ss.

El otro grave problema que suscitan los plazos de caducidad es su aplicación frente a los supuestos en que se alega la existencia de un acto administrativo viciado de nulidad absoluta dado el carácter imprescriptible de la acción en tal supuesto96. En rigor, se trata de una dificultad que deriva de la situación antes indicada de duplicación de plazos (de caducidad y de prescripción) que impera en el derecho administrativo.

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA

I
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[211], 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,

[211] 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, (1982) Principios de Derecho administrativo, Madrid, Universidad Complutense, t. II. nota 457, p. 269.

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 reglamentos), sino también en relación con su actividad material (inactividad de la Administración y vías de hecho).

La LJ aclara 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[212]; de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública[213]; las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeren en contra de los funcionarios y empleados

[212] "Los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, resolución, interpretación, validez, resolución y efectos de los contratos administrativos celebrados 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).

[213] "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).

públicos en el desempeño de sus funciones[214], los conflictos administrativos entre Administraciones públicas[215].

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 ordenamiento 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.

[214] "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).

[215] "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).

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[216].

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, Procuradoria para la Defensa de los Derechos Humanos, Fiscalía General de la República, Procuradoria General de Justicia, Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Pensiones (art. 15. 3 LJ).

[216] 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".

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).

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[217].

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[218]. 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

[217] 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. (2004), Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo, 7a. ed., Barcelona, Editorial Bosch. nota 516, p. 118.

[218] FERNÁNDEZ VALVERDE, (1999), "Objeto del proceso. Actos impugnables", en La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ. nota 567, pp. 187-188.

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.

En cuanto al régimen de la jurisdicción, es esencial a la misma su carácter improrrogable[219], esto es, la imposibilidad de disponer de la misma tanto por los órganos judiciales como por las partes[220], 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

[219] 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.

[220] PAREJO ALFONSO, LUCIANO , (2003), Derecho Administrativo, Barcelona, Editorial Ariel. nota 80, p. 819.

ante la misma cuestiones atribuidas a otros ordenes jurisdiccionales, sin perjuicio de lo dicho respecto a las cuestiones prejudiciales e incidentales[221].

De su improrrogabilidad se deriva su aptitud para ser controlada de oficio por el propio órgano judicial[222], 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[223].

II
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 cómo se distribuyen ese conjunto de asuntos entre los distintos órganos judiciales que componen la citada jurisdicción[224].

Al igual que la jurisdicción es improrrogable y susceptible de ser controlada de oficio por el órgano judicial.

[221] VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, Op. Cit., nota 457, p. 273.

[222] PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 819. VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, Op. Cit., nota 457, p. 273.

[223] PERA VERDAGUER, Op. Cit., nota 516, p. 128.

[224] 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.

III
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)[225], y velar por su adecuado desarrollo[226] (art. 8 LJ) y por que se tramite sin dilaciones indebidas y con la debida eficiencia, evitando gastos inútiles (arts. 11 y 12 LJ)[227].

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".

[225] 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".

[226] 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".

[227] 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".

También se contempla el principio de igualdad en el proceso, consagrado expresamente en el art. 6 LJ[228], que se debe traducir en la disposición de las 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[229].

IV
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)[230].

[228] 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".

[229] 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, (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.

[230] Nota 873, p. 186.

4.1 Capacidad para ser parte y capacidad procesal

Partiendo de una asentada, aunque, en nuestra opinión, errónea tradición[231], 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".

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[232]. 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[233].

[231] 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, (1999), Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I, 2a. ed., Madrid, Civitas. nota 373, p. 857.

[232] 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.

[233] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p 170.

La capacidad procesal es algo distinto, es la capacidad de actuar eficazmente por uno mismo en un proceso, sin la intermediación de representante[234] . 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[235].

[234] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 169. GONZÁLEZ-ESCUDERO Op. Cit., nota 1097, p. 167.

[235] 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 administrativamente las correspondientes asociaciones y solicitar y obtener las correspondientes ayudas públicas". PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 452.

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[236].

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).

4.2 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[237]. En definitiva, que ese proceso afecte a ese sujeto de alguna manera,

[236] GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit., nota 373, p. 864. PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 452.

[237] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, pp. 173-174. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2005), Curso de Derecho Administrativo I, reimp. De la 12a. ed., Madrid, Thomson/Civitas. nota 810, p. 618-619.

que tenga algo en juego en éste[238]. 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 cumpla la legalidad[239]. En la legislación nicaragüense aparece regulada en los arts. 27 y 28 LJ, de forma un tanto enrevesada y confusa.

4.2.1 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, sin embargo, bastante menos clara cuando se trata de la impugnación de disposiciones para solicitar su anulación. En tal caso la ley distingue dos supuestos.

[238] 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, PARADA VÁZQUEZ, R. (2000), Derecho administrativo II, 14a. ed., Marcial Pons. nota 240, p. 742.

[239] SÁNCHEZ MORÓN, "El control jurisdiccional. La Jurisdicción Contencioso-administrativa", en RODRÍGUEZ ARANA-MUÑÓZ (dir.), La Administración Pública española, Madrid, INAP, 2002, Pág. 804.

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).

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[240]. 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[241].

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[242]. 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[243].

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 dependieren, salvo los casos en que se les hubiere autorizado por medio de ley expresa" (art. 28. 3 LJ).

[240] GONZÁLEZ-ESCUDERO Op. Cit., nota 1097, p. 193.

[241] 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.

[242] GONZÁLEZ-ESCUDERO Op. Cit., nota 1097, p. 193.

[243] 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.

4.2.2 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[244], que en cuan-

[244] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 200.

to 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[245].

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 forma 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[246].

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[247].

---

[245] GONZÁLEZ-ESCUDERO Op. Cit., nota 1097, pp. 195-196. MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 469.

[246] 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.

[247] 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.

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 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[248].

La LJ otorga, por último, la consideración de demandado a los prestadores de servicios públicos (art. 29. 3 LJ).

4.2.3 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

[248] 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.

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".

4.3 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[249].

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 po-

[249] 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.

drá 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).

V
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[250].

[250] 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.

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 lesionar esos derechos e intereses, incluyendo así la actividad material y las vías de hecho dentro de su ámbito objetivo[251].

[251] 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 paso 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.

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[252].

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[253].

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[254].

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).

---

[252] 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.

[253] Como señala SANTAMARÍA PASTOR, no se "ha abandonado por completo el principio de la necesidad de un pronunciamiento o de una actuación previos de 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.

[254] GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA y LOSADA GONZÁLEZ, 2006), Tratado de Derecho Administrativo, 2a. ed., Madrid, vol. III.., nota 435, p. 236. MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 477.

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.

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 im-

pugnar 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 reestablecimiento, 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 reestablecimiento, constituye una pretensión meramente eventual, que dependerá de las concretas necesidades de tutela que concurran en cada caso[255].

La determinación previa del contenido de las medidas susceptibles de adoptarse para reestablecer 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[256].

[255] SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., nota 446, p. 671.
[256] Ibídem, p. 671.

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[257].

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[258].

A estas pretensiones se unirán las que formulen las partes demandadas, normalmente de desestimación total o parcial[259]. Teniendo en cuenta que en 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 pre-

[257] 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.

[258] PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 830. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ VALVERDE, Op. Cit., nota 567, p. 91.

[259] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 810, p. 633.

tensión del actor, bien por motivos de forma o de fondo, para obtener lograr la desestimación o inadmisión del recurso[260].

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[261].

VI
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 proceso[262].

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).

[260] 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.

[261] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 113, p. 633.

[262] 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, 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).

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).

VII
EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

7.1 Plazo para la interposición del recurso

7.1.1 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 administrativo 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 computo 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).

7.1.2 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.

7.1.3 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).

7.1.4 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).

7.1.5 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).

7.2 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[263].

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 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[264].

7.2.1 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).

[263] 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.

[264] 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.

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[265]. De aquí se deriva que la 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).

[265] 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 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.

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 cuasi-simultáneamente, 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 coadyuvantes. En lo que se refiere a la Administración Pública, será emplazada por medio de la notificación de la demanda a la Procuradoría 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 cedula, 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 cuasi-simultánea 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)[266].

[266] 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 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.

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.

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[267]. Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda cabrá recurso (art. 54 LJ).

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

[267] 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.

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[268], a los que se añadirán la consignación de las referencias que el propio art. 70 LJ recoge[269].

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

[268] 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.

[269] 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).

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 poner fin, en tal caso, aquí, sin más trámites, a un proceso que no merece la pena tramitar[270].

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).

7.2.2 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".

[270] 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.

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 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).

7.2.3 Vista

7.2.3.1 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[271] (art. 87 LJ), cuya iniciación se debe llevar a cabo 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.

[271] 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 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).

7.2.3.2 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. 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).

7.2.3.3 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[272]. 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

[272] 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).

sus alegatos de conclusión[273], 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)[274].

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, además, 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).

7.2.4 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.

[273] 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).

[274] 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).

7.2.4.1 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[275]. Tienen, no obstante, también esa consideración las resoluciones judiciales en las que se declara la inadmisibilidad, a pesar de que en ellas propiamente no se resuelve sobre el fondo del asunto planteado en el pleito, por lo que en sentido estricto no son tales[276].

[275] 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 definitivamente- y constituye, por tanto, la forma normal de terminación de éste". Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 851.

[276] 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.

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[277].

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 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,

[277] 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.

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[278], 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.

[278] 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.

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 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[279].

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[280].

[279] PAREJO ALFONSO, LUCIANO, Op. Cit., nota 80, p. 852-853.

[280] 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.

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[281].

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[282].

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[283]. Sobre este último aspecto se pronuncia claramente 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

[281] MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 476.
[282] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 369.
[283] MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 476.

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[284]. 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).

[284] 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.

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 Administración 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[285].

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[286].

[285] 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.

[286] 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.

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 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[287].

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).

[287] 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).

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 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[288].

[288] MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, pp. 487-488.

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[289].

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).

[289] 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.

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).

7.2.4.2 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[290].

El proceso contencioso-administrativo podrá concluir de modo anormal por avenimiento o transacción, por desistimiento o por allanamiento (art. 97 LJ).

A. 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[291].

[290] 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.

[291] Ibídem, p. 395.

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 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[292].

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).

[292] 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.

B. 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[293] y, en el segundo, del propio derecho o situación 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[294].

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

[293] 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.

[294] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 383. Gil Ibáñez: El procedimiento... Pág. 250.

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[295].

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[296].

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 limitará sus efectos a aquella parte de la pretensión a la que afecta, continuando el proceso hasta su resolución respecto al resto de la misma.

[295] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 383.
[296] SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., nota 446, p. 690.

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[297]. 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).

[297] 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.

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[298].

C. 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[299].

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[300]. 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).

[298] PAREJO Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 851.

[299] 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 demandante 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.

[300] 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.

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).

MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA

I
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[301].

[301] En tal sentido, señala J. C. 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". "La suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo", en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo <<Allan Randolph Brewer-Carias>>. FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1995. Pág. 221. En la misma línea, M. J. SARMIENTO ACOSTA considera que la "medida cautelar (...) es, en síntesis, un remedio arbitrado por el Derecho para obviar los riesgos que la excesiva duración de los procesos produce para la efectividad de la decisión final del asunto". "Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español", en Revista de Administración Pública 129 (septiembre-diciembre de 1992). Pág. 387.

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[302]. 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[303].

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

[302] CASTILLA BLANCO, F. A.: "La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998", en Poder Judicial 52. Pág. 282. Como señala J. 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". "La suspensión del acto administrativo", en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Pág. 497.

[303] Señalan al respecto M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y P. 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 tema 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". "Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo", en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Págs. 515-518.

otro caso se verían frustradas por la tardanza que trae consigo la tramitación de los procesos[304].

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[305]. 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.

[304] Como señala R. 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 material 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>>". "Prologo" al libro de C. Chinchilla Marín: La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa. Universidad Complutense-Civitas. Madrid, 1991. Pág. 14. En sendito similar, señala P. 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". "Medidas cautelares y Derecho sancionador", en Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Directores: M. Campos Sánchez-Bordona. CGPJ. Madrid, 1999. Págs. 188-189.

[305] En ese sentido se pronuncia J. E. 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". "Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias", en Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Directores: M. Campos Sánchez-Bordona. CGPJ. Madrid, 1999. Págs. 152-153. También en esta línea S. 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". Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Tecnos. Madrid, 1999. Pág. 552.

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[306], 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[307], que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva de las partes afectadas por su resolución[308].

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[309].

---

[306] Como señala J. E. 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". La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial. Cuarta edición. San José, 1999. Pág. 27.

[307] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa", en Iuris Dictio, octubre de 2003. Pág. 47. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; MARTÍNEZ SANTAMARÍA: Las medidas... Pág. 519. Como señala C. CHINCHILLA MARÍN, las "medidas cautelares son la garantía que ofrece el Derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales". La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa. Universidad Complutense-Civitas. Madrid, 1991. Pág.31.

[308] AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.: Ley 29, de 13 de julio de 1998, del Proceso Contencioso-administrativo. Comentarios y Jurisprudencia. Comares. Granada, 2000. Pág. 771.

[309] Como señalan E. GARCÍA DE ENTERRÍA; T. R. 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". Curso de Derecho administrativo II. Novena edición. Thomson-Civitas. Madrid, 2004. Pág. 652.

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 de privilegio de autotutela ejecutiva[310].

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[311], en la que el clásico conflicto entre garantías individuales y exigencias derivadas de las necesidades colectivas alcanza una notable intensidad[312], impidiendo la posibilidad de transponer sin la necesaria

[310] Apunta J. M. 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 ejecutividad administrativa". "Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al Urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa", en Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Directores: M. Campos Sánchez-Bordona. CGPJ. Madrid, 1999. Págs. 258-259.

[311] Como indica J. 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". Manual de Derecho Procesal Administrativo. Civitas. Madrid. Tercera edición, 2001. Pág. 587.

[312] Señala J. C. 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". "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>>. Ediciones Funeda. Caracas, 1997. Pág. 203.

adaptación y transformación la doctrina iusprivatista de las medidas cautelares a nuestro disciplina[313].

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[314]. Proceso que ha culminado con la consideración de la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva[315], en cuanto viene a garantizar provisionalmente el bien jurídico para el que se ha solicitado la justicia[316].

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 des-

[313] 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". Las medidas cautelares... Pág. 266.

[314] Véase respecto a esa evolución en el Derecho español, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: La suspensión del acto administrativo. Editorial Montecorvo. Madrid, 1986. Págs. 60 y sigs.

[315] 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.

[316] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar en... Pág. 168.

echar 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[317].

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[318].

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[319], que no contiene una consagración expresa del derecho a la tutela judicial efectiva[320], pues la vigencia de éste

[317] FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; MARTÍNEZ SANTAMARÍA: Las medidas... Pág. 525.

[318] En tal sentido, señalan W. MAURICIO RODRÍGUEZ y M. J. 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". 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. Pág. 228.

[319] Constitución Política de la República de Nicaragua (en adelante CN).

[320] 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".

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[321]. A lo que se debe añadir las garantías procesales que establece el art. 34 CN, precepto no muy claro, porque se refiere al procesado[322], lo que hace surgir dudas acerca de su extensión a las personas que están inmersas en actuaciones judiciales no penales, pero del que se

[321] 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".

[322] 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.
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 consangueneidad 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".

puede inferir, a pesar de ello, claramente la vigencia del derecho a la tutela judicial[323], en el que se debe incluir necesariamente el derecho a la tutela cautelar.

II
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 perdida 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 tiempo[324]; *fumus boni iuris*, esto es, la existencia de una apariencia de buen derecho en la pretensión formulada por el demandante[325].

[323] Véase al respecto, PORTA CALDERA, M.: "Algunas consideraciones acerca del derecho a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva", en juridica.com.

[324] Apunta S. 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". Tutela cautelar Contencioso-administrativa y Derecho Europeo. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2004. Pág. 226.

[325] 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". La suspensión del... Pág. 94.

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[326]. 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[327].

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

[326] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; 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". Curso de... II. Pág. 651. En la misma línea, BACIGALUPO, M.: La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo. Marcial Pons, 1999. Págs. 151-152.

[327] Como señalan FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; 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 sus fines y, no obstante, sus actos resultan ilegales". Las medidas... Pág. 531.

mecanismo disuasorio, que aborta el posible intento de la Administración de abusar de las formas procesales para vencer la resistencia de su contraparte[328].

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 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa[329]) 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[330]. En realidad, esta posición implica una cierta vuelta a la idea del riesgo, en este caso planteada a la

[328] Indican FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; 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 extraprocesal 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 desestimiento del actor a quien se ha denegado esa apariencia". Las medidas... Pág. 539.

[329] 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).

[330] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Pág. 49.

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) 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. 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 crite-

rio 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).

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 competencia 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. 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.

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[331].

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

[331] BACIGALUPO: La nueva tutela cautelar... Págs. 154-155.

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 palabra, 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[332], que podrá verse modificado al final del proceso, pues se basa en simples apariencias e implica, por tanto, un cierto margen de error[333]. El segundo, sin embargo, es un juicio definitivo, que debe basarse sobre certezas: el hecho cierto de que hay una apariencia sólida

[332] 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". Nueva funcionalidad... Pág. 394.

[333] Como apuntan FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; 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 d todos los presupuestos necesarios para lograr tal resolución. Implica sólo una mera probabilidad (un principio de prueba o prueba indiciaria) de ese presupuesto". Las medidas... Pág. 537.

a favor del demandante y que de no adoptarse la medida cautelar se pueden perjudicar seriamente los intereses de éste[334].

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[335], 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[336]. 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[337].

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).

[334] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Págs. 34-35.

[335] De este riesgo advierte R. 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". Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Director: M. Baena de Alcazar. Trivium. Madrid, 1999. Pág. 889.

[336] Como indica E. 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 transcrito, 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". "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio fumus boni iuris", en Revista Española de Derecho Administrativo 69 (1991). Pág. 69.

[337] FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; MARTÍNEZ SANTAMARÍA: Las medidas... Pág. 539.

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 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.

III
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).

A pesar de ello, 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[338] y del interés público[339] 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[340].

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[341].

Siguiendo esta segunda tesis, consideramos que es preciso que los intereses relevantes en dicho juicio tengan relevancia constitucional. Más concretamente, entendemos que trae consigo

[338] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Pág. 35.

[339] RODRÍGUEZ PONTÓN, J.: Pluralidad de Intereses en la Tutela Cautelar del Proceso Contencioso-Administrativo. Cedecs Editorial. Barcelona, 1999. Pág. 112.

[340] 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". Las medidas cautelares en... Pág. 259.

[341] Señalan al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA; 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". Curso de... II. Pág. 650.

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 están 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.

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[342]. 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 suficientemente amplio como para encontrar siem-

[342] BACIGALUPO: La nueva tutela cautelar... Págs. 156-157.

pre 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.

IV
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[343], operando como una condición para la efectividad de la medida cautelar[344].

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 nece-

[343] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Págs. 47-48.
[344] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: La suspensión del... Pág. 130.

sarias para conservar la materia objeto de la demanda hasta la culminación del respectivo proceso y su procedimiento".

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[345]. 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).

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[346].

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).

[345] Como indica PÉREZ 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". Tutela cautelar... Pág. 147.

[346] RUIZ PIÑEIRO, F. L.: "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 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático. Coordinador: B. PENDÁS GARCÍA. Editorial Praxis. Barcelona, 1999. Págs. 344-345.

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".

V
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[347]. 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

[347] 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". En Ley Reguladora de... Pág. 882.

concepción de la tutela cautelar en el proceso administrativo[348], para reconocer la existencia de un número ilimitado de medidas cautelares, también en dicho ámbito, equiparando así al juez del contencioso a los demás órganos judiciales[349].

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[350].

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[351].

---

[348] Señala L. 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 requerientes o susceptibles de ejecución forzosa". "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo", en Revista Española de Derecho Administrativo 49 (enero-marzo de 1986). Pág. 35.

[349] ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aranzadi. Pamplona, 1998. Pág. 370. Como apunta A. R. 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". Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993. Pág. 196.

[350] Como señalan FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; 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". Las medidas... Pág. 524.

[351] Como señalan FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES; 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>>". Las medidas... Pág. 527.

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[352]. Lo que implica la necesidad de adoptar tanto medidas 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[353].

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[354].

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[355]. Por ello debe, en consecuencia, existir una adecuación entre medida cautelar y pretensión similar a la que debe existir entre pretensión y sentencia[356].

[352] Apunta V. 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 caso concreto". "Las medidas cautelares", en La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Directora: C. Picó Lorenzo. CGPJ. Madrid, 1999. Pág. 579.

[353] BACIGALUPO: La nueva tutela cautelar... Pág. 135.

[354] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Pág. 176.

[355] RUIZ PIÑEIRO: Las medidas cautelares en la... Pág. 327.

[356] CONDE MARTÍN DE HIJAS: Las medidas... Pág. 579.

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[357]. 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[358].

VI
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[359]. Esta tramitación, que tiene la consideración de un incidente[360], no tiene, como tal, sustantividad propia, sino que asume un carácter estrictamente instrumental respecto al proceso en el que se ventila la pretensión principal.

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[361].

[357] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Pág. 175.
[358] BACIGALUPO: La nueva tutela cautelar... Págs. 158-159.
[359] GONZÁLEZ PÉREZ: Manual de Derecho... Pág. 588. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: Comentarios a la Ley... Pág. 569.
[360] CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M., en Práctica del Proceso Contencioso Administrativo. Coordinador: F. J. Sospendra Navas. Segunda edición. Madrid, 2004. Pág. 523.
[361] TRILLO TORRES, en Ley Reguladora de... Pág. 879.

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.

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).

VII
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[362] y siguiendo, en todo momento, la suerte de la pretensión principal[363].

De esta forma, la persistencia de la medida cautelar se producirá tan sólo en cuanto sigan perdurando los motivos que llevaron a su adopción[364]. Lo que determina que pueda ser modificada en cualquier momento del proceso, si hay una alteración de las circunstancias concurrentes que así lo aconseja[365].

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 que estuviere

[362] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: Las medidas cautelares en... Pág. 48. GONZÁLEZ PÉREZ: Manual de Derecho... Pág. 587.
[363] CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Págs. 32-33.
[364] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: Las medidas cautelares en... Pág. 48. CHINCHILLA MARÍN: La tutela cautelar... Págs. 33-34.
[365] ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ; GONZÁLEZ RIVAS: Análisis Teórico y... Págs. 366-367.

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[366]. 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.

VIII
CONCLUSIONES

La juventud del Derecho administrativo nicaragüense dificulta en este ámbito, como en otros tantos aspectos, la búsqueda de una solución óptima. Siendo el tema de las medidas cautelares una cuestión difícil, controvertida y de difícil aplicación práctica, la falta de una tradición contencioso-administrativa se presenta como un obstáculo de condiciones considerables para lograr una correcta tutela cautelar.

A esta falta de tradición se une, por otro lado, una deficiente regulación normativa, situada en parámetros y conceptos más propios de épocas pasadas. La consideración de la suspensión como única medida cautelar posible y la falta de un reconocimiento claro del criterio del *fumus boni iuris*, es una posición superada, incompatible con la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva a la que Nicaragua debe aspirar.

En tanto llega una reforma legal, que adecúe la norma nicaragüense a los nuevos tiempos, una jurisprudencia decidida y valiente, que extraiga todas las consecuencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, es la vía para lograr dar

[366] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: Las medidas cautelares en... Pág. 48.

solución a estas deficiencias. Tarea fundamental, pues en la protección cautelar se va a jugar en numerosas ocasiones que se pueda dar auténtica respuesta a los derechos y necesidades de los ciudadanos.

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL SISTEMA DE INTEGRACION CENTROAMERICANA

I
INTRODUCCIÓN

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.

No podía ser menos: si la Administración Pública y el Derecho Administrativo se implican recíprocamente y si, como recuerda FORSTHOFF, "cada época de la historia de los Estados produce un tipo de Administración caracterizada por sus fines peculiares y por los medios de que se sirve"[367], esa conformación histórica de la Administración condiciona también el perfil de esa sumisión al Derecho que va a dar pie, a partir de un momento histórico (el siglo XVIII), a nuestra disciplina.

[367] FORSTHOFF, Ernest. Tratado de Derecho Administrativo, trad. esp. Madrid: IEP, 1958, p. 35.

Si por una parte el Derecho Administrativo, como todo fenómeno jurídico, pero quizá de manera característica, no es una mera construcción lógica, sino también un producto de la historia[368], de la cultura; la Administración pública está conformada por instituciones organizativas que están al servicio de los ciudadanos, circunscrita por la normativa jurídica de cada momento.

Es esa historicidad y consiguiente relatividad del Derecho Administrativo (al tiempo, producto y factor coadyuvante de la evolución de las organizaciones Políticas) es la que explica, además de su auténtico significado, la dificultosa construcción de su concepto y ese incesante fluir de teorías formuladas al hilo de las vicisitudes históricas de su desarrollo.

Ante esa continua sucesión de teorías, nos tienta de inmediato la idea de esa reedición del mito de Sísifo que evocan las palabras de JEAN RIVERO: "Los especialistas del Derecho Administrativo merecen cierta compasión; tan pronto creen haber comenzado a construir, sobre el edificio coherente con el que suenan, el suelo se manifiesta inestable, incapaz de soportar una gran arquitectura. No les queda más remedio que reemprender la búsqueda".

En esa evolución de la Administración pública y mutación conceptual de la definición del Derecho Administrativo, pueden distinguirse tres etapas fundamentales: Estado Patrimonial, Estado Policía, y Estado de Derecho[369].

[368] VILLAR PALASI. José Luis. Derecho Administrativo. Introducción v teoría de las normas, Madrid: Universidad de Madrid.1968, p. 91-92.

[369] 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. ENTRENA CUESTA, Rafael. El concepto de administración pública en la doctrina y el derecho positivo españoles. Revista de administración pública, Nº 32, 1960. Pág. 58.

Esta es una tipología, establecida por la Escuela alemana de Derecho público a partir de LABAND (Patrimonial Staat, Polizeistaat, Rechtstaat)[370] y que, en general, podría extrapolarse a la Europa continental, y a América Latina.

Sin embargo, en la actualidad, ya no se concibe al Derecho Administrativo como un sistema aislado, encerrado en los moldes que le vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional, con poder o de autoridad, y con vocación "ejecutiva".

Los tiempos actuales, Administración pública y el Derecho que la rige han sufrido importantes evoluciones y transformaciones que han modificado en muchos aspectos su configuración. Si bien esto no impide que sigan perviviendo importantes elementos de continuidad[371].

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 sí 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[372].

[370] Esta división propone MAYER, Otto. Deutches Verwaltunqsrechts. 8a ed. Berlin. 1923; FLEINER, Institutionen des Deutcheu Verwaltunqsrechts, 8a ed.,Tubingen,1928; y FORSTHOFF, Ernest. Tratado de Derecho Administrativo, trad. esp., Madrid, IEP.1958.

[371] 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. Tratado de derecho administrativo y derecho público. IUSTEL. Madrid, España. Pág. 82.

[372] 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 cómo ha de materializarse ésta". SEGARRA ORTIZ, Miguel Vicente. "Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo", en Revista Española de Derecho de la Unión Europea 7 (2004). Pág. 12.

JAVIER BARNES, explica que "la expansividad –por no decir- gran explosión que aquél ha experimentado en las últimas décadas se mueve en diversas direcciones, en claro desbordamiento de esos cauces o premisas clásicas.

Así, la globalización e internacionalización de la acción administrativa, la corresponsabilidad del sector privado en numerosas tareas, o el singular protagonismo de no pocas Administraciones –como organismos reguladores independientes y las agencias independientes –en la realización de políticas públicas de notable impacto, no son sino una muestra de ello.

Por su parte, EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, escribe: "La ciencia del Derecho Administrativo constituye una ciencia orientada a la práctica, a la acción, que se preocupa por las actividades reales que despliega el Estado; que aspira a dirigir a los distintos actores intervinientes que busca evidenciar y facilitar a todos los sujetos la aspiración a la efectividad y a la eficacia –a la consecución de los resultados que se propone- que es inherente al Derecho". No persigue como ya notábamos, postular continuos "cambios de paradigma". Las reflexiones teóricas han de tener siempre y en todo caso su traducción y reflejo en el Derecho Administrativo vivo, en el Derecho que se aplica. Ello exige, desde luego, que el debate científico sobre la reforma del Derecho Administrativo se mantenga dentro de las coordenadas de lo normativo, que no escape del mundo del Derecho. A tal fin, el estudio ha de estar atado en primer término a los datos que nos vienen dados de la Constitución y del Derecho Administrativo especial."[373]

Advirtamos que en la búsqueda de un concepto de Administración pública, autores como Forsthoff en Alemania o Wade en el Reino Unido, renunciaron a definir la Administración pública

[373] SCHMIDT-ASSMANN Eberhard. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo". En "Innovación y reforma en el Derecho Administrativo". Editor a Javier Barnes. Segunda Edición. INAP. España: Global Law press. 2012. Pág. 83.

justificando que sólo era posible su descripción o bien subrayaron que cualquier intento de definir científicamente el objeto de este estudio conduce a resultados discutibles.

En términos muy parecidos y refiriéndose ya a la Administración pública europea también hay autores que han opinado que ésta no se puede entender, ni se deja describir, en clave jerárquica, puesto que consiste en un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y comunitaria que trabajan en común; o, más sencillamente, que se trata de un concepto cambiante, de geometría variable, en relación a las diversas finalidades emanadas del ordenamiento comunitario; y, en fin, el mismo Schwarze concluyó que una «explicación exhaustiva y global de la posición de administración europea es casi imposible»[374].

Por esta razón, no son muy numerosos las obras dedicadas al Derecho administrativo europeo que aborden este concepto o, dicho en otros términos, que se ocupen de su objeto: la Administración pública, sino que más bien se dedican a analizar sus principales manifestaciones (funciones) tales como los principios generales, las fuentes, el procedimiento administrativo, contratos administrativo, etc.

En este artículo se aborda las mutaciones que ha sufrido el objeto del Derecho Administrativo: la Administración pública; y, voy a tratar de definir lo que entiendo por Administración pública europea; y, Administración publica centroamericana, a través de las normas, ya sean originarias y derivadas, y los pronunciamientos jurisprudenciales en Europa y Centroamérica.

[374] 13 Vid., entre otros, AUBY, JEAN Bernard y DUTHEIL de la Rochère, Jacqueline, Droit administratif européen, Bruylant, Brussels, 2007; DELLA Cananea, V., Diritto administrativo europeo. Principi e istituti, GIUFFRÈ, Milano, 2008 y VETRO, Francesco y Saverio Sticchi Damiani, Lezioni di diritto amministrativo europeo, G. Giappicheli editore, 2010,

II
ADMIISTRACION PÚBLICA EN EL ADMINISTRATIVO COMUNITARIO

Los fundadores de las Comunidades Europeas no previeron la existencia de una Administración pública europea[375]. Crearon una organización sencilla y poco burocrática concibiendo la Administración de las Comunidades como un aparato que debía necesariamente actuar a través de las Administraciones nacionales o, dicho en términos que ha utilizado la Comisión, los Estados miembros debían ser los ejecutores «naturales» del Derecho comunitario[376].

Establecieron el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario en virtud del cual serían los Estados miembros y, más en concreto, sus Administraciones nacionales quienes se encargarían –bien sobre la base de la normativa comunitaria o fundándose en las normas nacionales que integran y hacen ejecutivo el Derecho comunitario y, sobre todo, la transposición de las directivas comunitarias– de ejecutar las disposiciones emanadas de las instituciones comunitarias o, si se quiere expresar en otros términos, serían los aparatos administrativos de los Estados miembros los encargados de la ejecución del Derecho comunitario[377].

[375] Según el análisis de A. CALONGE VELASQUEZ, "El tratado de Administración pública en la Unión Europea de 1957, en su versión original, sólo contiene el término administración pública –y no por casualidad-en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones públicas nacionales". El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria", en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010. P. 15.

[376] La doctrina administrativista de los países fundadores-ha expuesto Ortega Alvarez-no se percibió, ni en los años sesenta y setenta, de que hay una derecho administrativo europeo o que éste es una parte del derecho interno que debe de ser estudiado". ORTEGA ALVAREZ, Luis, "Prologo", Nieto Garrido, Eva y Martín Delgado, Isacc, Derecho Administrativo europeo en el Tratado de Lisboa, Marcial Pons, Madrid, 2010. Pág.11

[377] Como explicara en su día Jean Monnet, la Administración de las primeras Comunidades Europeas no estaban llamadas a ser una Administración Clásica, sino que se ideó como una Administración privada de la mayor parte del poder ejecutivo directo. J. Monnet, Mémoires, Arthéme Fayard, París, 1976, p. 436, citado por A.J, GIL Ibañez, "La relación jurídica entre las Administraciones europeas y nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del derecho comunitario". En E. Alvarez Conde, Administraciones públicas y constitución, INAP, Madrid, 1998, pp. 1105-1127.

Los principales ámbitos de aplicación de este principio serían, en un primer momento, la política agrícola y la política aduanera común.

Se estableció el principio de autonomía institucional de los Estados miembros que significaba la indiferencia del Derecho comunitario respecto a la forma de organizarse los Estados miembros, lo que permitió que ante la diversidad de Administraciones públicas nacionales cada Estado miembro estableciera un concepto y una realidad de lo que era su Administración pública.

A ello hay que añadir, además, que el entramado institucional comunitario que se configuró no respondía al clásico principio de división de poderes, sino al de compartidos y, por tanto, no existe diferenciado y separado de los demás un poder ejecutivo en el que se pudiera residenciar la función administrativa.

La Comisión era la institución más próxima a la idea de ejecución y, por ello, la que contaba con funciones ejecutivas y administrativas, pero no en exclusividad[378].

Son, pues, factores intrínsecos propios del ordenamiento comunitario los que hicieron innecesaria la existencia de una Administración pública europea.

El Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) de 1957, en su versión original, contiene el término administración pública –y no por casualidad– en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones públicas nacionales. En efecto, los artículos 48.4 y 49.a) dedicados a la libre circulación de trabajadores y el artículo 54.3.b) que se encuentra entre las dispo-

[378] El juez Pescatore, Pierre, no definió la estructura constitucional cuatripartita o el cuapartidismo comunitario, de la manera siguiente: "el polo interestatal representado por el Consejo; la reperesentación de intereses comunes por la Comisión, verdadero ejecutivo comunitario; la presentación de las fuerzas populares en el seno del Parlamento; la materialización de los valores jurídicos por el Tribunal de Justicia". "Le exucutif communauitaire". Cahiers de droit européen, 1978. Pp. 387 y ss.

siciones dedicados al derecho de establecimiento son los únicos preceptos del TCEE que incluirán este término, pero sin ofrecer, por supuesto, concepto alguno, lo que es lógico si tenemos presente la extrema diversificación de las Administraciones nacionales en el momento de creación de las Comunidades.

El concepto de Administración pública comunitaria ha sido, sobre todo, fruto de una laboriosa creación jurisprudencial. El Tribunal de Luxemburgo en una labor pretoriana ha ofrecido un concepto de Administración pública interpretando los preceptos citados del TCEE, aunque refiriéndose –insistimos– a las Administraciones nacionales[379].

El avance en el proceso de integración europeo ha supuesto, entre otras muchas cosas, que los factores intrínsecos que habían propiciado que los Tratados fundacionales no contemplaran una

[379] Sin duda, el primer precepto que hubo de interpretar el TJCE fue el famoso artículo 48.4 TCEE que exime del campo de aplicación de la libre circulación de los trabajadores a «los empleos en la administración pública». La Corte de Luxemburgo en el asunto Comisión c. Reino de Bélgica de 1980 afirmó que «esta disposición sitúa fuera del campo de aplicación de los tres primeros apartados de este mismo artículo un conjunto de empleos que comportan una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas. Tales empleos suponen en efecto, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con respecto al Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del lazo de nacionalidad».
Como se observa, el Tribunal no intenta ofrecer una noción general de administración pública, sino que se limita a dar significado y alcance a la derogación que alcanza a la libre circulación de trabajadores para impedir que cada Estado miembro interprete el término Administración pública y la normativa nacional obstaculice la aplicación del principio de libre circulación de trabajadores, esto es, no se refiere propiamente al concepto de Administración público, sino que de lo que está hablando es de acceso a la función pública nacional. El enfoque del juez comunitario se funda en una separación entre la calificación de Administración pública dada por el Derecho de cada Estado y la que debe retener el Derecho comunitario para que la excepción a la libre circulación tenga el mismo alcance en todos los sistemas nacionales y la libre circulación sea correctamente aplicada.
El Tribunal ofrece así un concepto de Administración pública en sentido propio y funcional, ya que, por un lado, trata de interpretar el término de Administración pública de los Estados miembros para el Derecho comunitario y, de otro, a la hora de determinar esos empleos de la Administración pública en los que no rige el derecho a la libre circulación se refiere a aquellos que comporten una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y que tengan por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las otras entidades públicas.

Administración pública europea fueran matizándose cuando no desapareciendo.

El principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario fue perdiendo la fuerza que tenía en los inicios de las Comunidades Europeas por la necesidad surgida según se iban superando las fases de la integración. La misma lógica del proceso ha exigido cada vez con mayor fuerza que el Derecho comunitario y sus políticas sean ejecutadas por su propia estructura orgánica y así, por ejemplo, el TCEE recogió de manera expresa, menoscabando el principio señalado, la atribución de la política de la competencia a la Comisión.

A partir de este momento, las políticas de competencia o de industria, entre otras, ya no serán ejecutadas por las Administraciones nacionales de los Estados miembros, sino por la propia Comisión Europea y sus servicios en un ejercicio de ejecución directa del Derecho emanado de las Comunidades Europeas, apareciendo así una Administración pública europea como un complejo orgánico que se ocupará de la ejecución de las normas y políticas que se atribuyan directamente a la Comunidad.

En esencia, de aplicación indirecta en la ejecución del Derecho comunitario es sólo el sistema organizativo, que por lo general permanece incardinado en el sistema nacional, mientras el Derecho comunitario funcionaliza progresivamente la actividad de toda administración pública nacional hasta el punto de que se habla de una Administración común europea.

De esta forma la Administración pública europea irá apareciendo de manera progresiva al compás de la evolución de las Comunidades Europeas. Surgirá, pues, una Administración directa propia formada, además de por la Comisión, por los muchos organismos centrales y los organismos indirectos especialmente las agencias europeas encargados de la ejecución del Derecho comunitario.

2.1 Administración central comunitaria

Bajo el término Administración central comunitaria[380] situamos, por un lado, a las instituciones que conforman el poder ejecutivo de la Unión Europea y, por otro, los órganos y organismos creados por el Derecho derivado para la realización de actividades administrativas encomendadas de manera directa a la Unión Europea.

A la cabeza de esta Administración pública, pero sin que se entienda en clave jerárquica, se sitúan las instituciones dotadas de poder ejecutivo, esto es, la Comisión y el Consejo. Además, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ambas instituciones, y por lo que al poder ejecutivo hace referencia, deben situarse en el mismo plano, ya que la Comisión ha resultado reforzada pues ahora no recibe el poder ejecutivo por delegación, sino que le corresponde originariamente, salvo en los supuestos específicos debidamente justificados y en los previstos en el artículo 291 TFUE, que corresponde al Consejo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24 y 26 TUE.

La Comisión, desde el punto de vista de poder administrativo de la Unión Europea, está integrada por tres niveles jerárquicos: las Direcciones Generales[381] (DG) y los Servicios asimilados[382]; las Direcciones y las Unidades y Servicios especializados.

[380] FUENTETAJA PASTOR, define a la Administración pública europea como "función de ejecución del Derecho Europeo llevada a cabo por las Instituciones (Consejo y Comisión), órganos (Banco Europeo y Banco de Inversiones) u organismos (Agencias europeas) que forman parte del poder público europeo". FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Principios de Derecho de la Unión Europea, 2ª Ed., Colex, Madrid, 2005. Pág. 258. Véase también: Moreno Molina, José Antonio. "El derecho comunitario como impulso de la formación de un derecho Administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración pública. Noticias de la Unión europea. Número, 169, 1999.

[381] Las Direcciones Generales se ocupan de un área concreta y está dirigida por un Director General, que es responsable ante uno de los Comisarios. Su existencia responde a criterios materiales, siendo responsables cada una de una política determinada. Las DG son las que conciben y elaboran las propuestas legislativas de la Comisión.

[382] Los Servicios asimilados son órganos administrativos de funciones más generales o que afectan a la Comisión en su conjunto. Son, «una especie de cajón de sastre donde se incluyen un heterogéneo conjunto de entidades administrativas de orígenes y naturaleza diferentes».

En la actualidad son 42 las Direcciones generales y Servicios asimilados que existen. Las Direcciones Generales y los Servicios asimilados, en principio, están divididos en Direcciones y éstas, a su vez, en Unidades que son la estructura administrativa básica. Además, para responder a realidades concretas, el Presidente podrá crear funciones y estructuras específicas encargadas de cometidos precisos y determinará sus atribuciones y modalidades de funcionamiento[383].

Puede afirmarse, pues, que la estructura administrativa de la Comisión responde a un modelo piramidal jerarquizado.

Muchas de las actividades de carácter jurídico, técnico o científico asumidas por la Unión Europea, y con la finalidad, por una parte de no aumentar la burocracia comunitaria y, por otra, de llevar a cabo una descentralización geográfica, se han encomendado a Agencias europeas que constituyen órganos públicos autónomos en la estructura administrativa de la Unión o, dicho en otros términos, que conforman la Administración institucional de la Unión.

Debido a su heterogeneidad y a sus regímenes jurídicos las podemos agrupar en las categorías siguientes, siguiendo a Jesús Angel Fuentetaja Pastor:

a) Agencias reguladoras. Se caracterizarían, de una parte, porque sus funciones se encaminan directamente a la operatividad de determinados ámbitos del mercado interior y, de otra, porque pueden adoptar decisiones individuales que producen efectos jurídicos vinculantes para terceros.

b) Agencias de asistencia científica y técnica. Recopilan datos y preparan información de carácter técnico y científico en sus respectivos ámbitos específicos de actuación (Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesión). Pueden

[383] Artículo 21 y 22 del Reglamento interno de la Comisión, aprobado por Decisión de la Comisión, 2010/138/UE-Euratom, de 24 de febrero de 2010 (DO L 55, de 5 de marzo de 2010.

servir como medios de coordinación y cooperación entre órganos nacionales y supra- nacionales, así como implicar a representantes de los sectores afectados.

c) Agencias de gestión, que son aquellas que desempeñan tareas administrativas, bien para ayudar a la gestión ordinaria de otras Agencias en cometidos específicos, bien para la ejecución de programas comunitarios.

d) Agencias europeas que actúan en el seno de las políticas intergubernamentales de la Unión Europea.

Por su parte, la web oficial de la Unión Europea las clasifica en tres categorías:

– Agencias y organismos reguladores

– Agencias y organismos del Euratom

– Agencias ejecutivas.

Las primeras son órganos especializados y descentralizados en apoyo de los Estados miembros y de los ciudadanos entre las que se encuentran:

– las agencias sectoriales, que son organismos de Derecho público, con personalidad jurídica propia y establecidas por disposiciones de Derecho derivado para llevar a cabo tareas muy concretas de carácter técnico, científico o de gestión.

– las Agencias de Política Común de Seguridad y Defensa, que desempeñan tareas muy concretas de carácter técnico, científico o de gestión en estas materias y que son la Agencia Europea de Defensa (EDA), el Centro de Satélites de la Unión Europea (EUSC) y el Instituto de Estudios de Seguridad de la Unión Europea (ISS).

– las Agencias de cooperación policial y judicial en materia penal, que ayudan a los Estados miembros a luchar contra la delincuencia organizada internacional y que son la Escuela Europea de

Policía (CEPOL), la Oficina Europea de Policía (EUROPOL) y la Unidad de Cooperación Judicial de la Unión Europea (EUROJUST).

Las Agencias y organismos Euratom son creadas, como fácilmente se puede deducir, para apoyar los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Estas agencias son: la Agencia de Abastecimiento de Euratom (ESA) y la Empresa Común Europea para el ITER y el Desarrollo de la Energía de Fusión (Fusion for Energy).

Las Agencias ejecutivas, que con un criterio más acertado, las incluye entre las unidades administrativas descentralizadas de la Comisión junto con las Oficinas Europeas, las Oficinas de Representación y el Servicio Exterior, son organizaciones creadas de conformidad con el Reglamento del Consejo 58/2003, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios (DO L 11, de 16 de enero de 2003), para encomendarles determinadas tareas relacionadas con la gestión de uno o más programas para un período o tiempo concreto[384].

El Tratado de Lisboa aporta, al menos, tres novedades que merecen ser destacadas. En primer término, la nueva competencia de la Unión Europea para llevar acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en el ámbito de la cooperación administrativa. En segundo lugar, las nuevas normas que presiden la Administración directa de la Unión y, singularmente el artículo 298 TFUE. Y, por último, el reconocimiento de las normas sobre ciudadanía administrativa que forman parte de la Carta Europea de Derecho Fundamentales y consagradas, por tanto, a nivel de Derecho originario[385].

[384] Sobre estas agencias, vid, FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. "Las agencias ejecutivas de la Comisión Europea, RDUE, número 6, 2004, pp. 123-159.

[385] CALONGE VELASQUEZ, A. "El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria", en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010. P. 29.

Por primera vez un Tratado de la Unión Europea hace una referencia expresa a la Administración pública europea.

2.2 Concepto de Administración pública europea

Podemos llegar a la conclusión de que el Derecho derivado, como hicieran básicamente los Tratados constitutivos, se ha ocupado de la noción de Administración pública nacional que, en cuanto sea de interés para el Derecho comunitario, era una noción imprecisa y que ha sido elaborada, sobre todo, por la jurisprudencia del TJCE, que ha evitado cualquier reconstrucción del problema en términos generales, en relación a la finalidad de las disposiciones singulares del Derecho comunitario que han versado sobre la materia, y, por ello, en unos casos ha centrado el concepto de Administración pública en la noción de potestad pública y de responsabilidad en la satisfacción del interés general, mientras que en otros ha preferido centrarse en las características de la actividad desarrollada por los sujetos en cuestión, esto es, ha presentado una noción funcional teniendo presente el efecto útil de las normas que sobre el particular se ha referido.

En consecuencia, predominaba una noción extremadamente variable de Administración pública, que depende esencialmente de la necesidad de asegurar la más amplia aplicación del Derecho comunitario.

La realidad que hoy configura la Administración pública comunitaria se define, según muy bien ha explicado Schmidt-Assman, «un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y europeas que trabajan en común" o, dicho en otros términos –utilizados también por el mismo autor citado– como «una asociación o un conjunto interrelacionado que comprende los dos niveles, y ello en el plano del control, de la acción y de la información»[386].

[386] SCHMIDT-ASSMAN, E. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. Innovación y reformas en el derecho administrativo". Javier Barnes (editor), Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006. P. 114.

En efecto, pese a que siga vigente el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario e, incluso, reforzado por la introducción del principio de subsidiariedad y su definición con el Protocolo nº 2 adjunto al TFUE, lo cierto es que la ejecución directa se ha ido extendiendo conforme la Unión Europea ha ido ampliando su ámbito competencial, lo que ha motivado que se dote de una Administración pública directa encargada de la gestión de las nuevas competencias.

La Administración pública europea no es hoy únicamente, y en virtud del principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario, el conjunto de órganos y servicios nacionales encargados de la ejecución del Derecho comunitario, es decir, pública comunitaria los órganos y servicios de la Unión encargados de la ejecución del Derecho de la Unión. Administración, esto es, lo que algún autor ha denominado la «Administración comunitaria central».

Si bien, la base de esta Administración pública europea lo constituyen las Administraciones públicas nacionales y la Administración comunitaria central, lo cierto es que tanto una como otra conforman ese conjunto interrelacionados de Administraciones públicas del espacio comunitario y la segunda cada día es más amplia y está adquiriendo mayor importancia. No se trata, además, de espacios separados y mucho menos estancos, sino que se interrelacionan para la consecución de los objetivos de la integración dando lugar a lo que se denomina el fenómeno de la coadministración.

La definición de qué es Administración pública debe intentarse, desde las dos realidades que ésta presenta. De un lado, debe resaltarse su faceta subjetiva-institucional, es decir, se trata de analizar la Administración pública en cuanto estructura jurídico-organizativa. Y, de otra parte, hay que poner de manifiesto su vertiente objetiva o funcional, esto es, la naturaleza jurídica del poder público administrativo[387]. Como ha señalado el pro-

[387] CALONGE VELASQUE, A. "El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria", en Revista de derecho de la Unión Europea, número, 19, 2, semestre 2010. P. 23, 24 y 29.

fesor Gallego Anabitarte, «La Administración pública es tanto un concepto orgánico como un concepto funcional, y esto es patrimonio de todo el Derecho administrativo europeo».

Podemos, pues, definir la Administración pública europea, en sentido subjetivo, como el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión; y, en sentido objetivo como función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos.

III
ADMINISTRACION PUBLICA EN EL SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA Y EL DERECHO COMUNITARIO

El Sistema de la Integración Centroamericana fue constituido el 13 de diciembre de 1991, mediante la suscripción del Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) o Protocolo de Tegucigalpa, el cual reformó la Carta de la ODECA, suscrita originalmente en San Salvador, El Salvador, el 14 de octubre de 1951; entró en funcionamiento formalmente el 1 de febrero de 1993. La República de El Salvador es la sede del SICA.

La creación del SICA fue respaldada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución A/48 L del 10 de diciembre de 1993, quedando el Protocolo de Tegucigalpa debidamente inscrito ante la misma. Esto permite que sea invocado internacionalmente y, además, le permite a los órganos e instituciones regionales del SICA relacionarse con el Sistema de las Naciones Unidas.

El Sistema se diseñó tomando en cuenta las experiencias anteriores para la integración de la región, así como las lecciones

legadas por los hechos históricos de la región, tales como las crisis políticas y los conflictos armados y los logros de instancias y entidades previos al SICA, hoy parte de la organización. Con base en esto, y sumadas las transformaciones constitucionales internas y la existencia de regímenes democráticos en Centroamérica, se estableció su objetivo fundamental, el cual es la realización de la integración de Centroamérica, para constituirla en una Región de Paz, Libertad, Democracia y Desarrollo, sustentada firmemente en el respeto, tutela y promoción de los derechos humanos[388].

El SICA participa de una doble naturaleza jurídica. Desde el ámbito del Derecho Internacional Público es una organización internacional convencional en sus relaciones con otros Estados u organizaciones internacionales. En ese sentido, el SICA puede celebrar convenios, adquirir empréstitos, participar en juicios, realizar su derecho de delegación activa o pasiva ante organizaciones o Estados, es responsable internacionalmente y conserva su personalidad jurídica como sujeto de derecho internacional. En este aspecto, la vida jurídica del SICA ha llevado en su proceso de formación el cumplimiento de los requisitos del Derecho internacional, mediante la suscripción del Tratado, la ratificación de los Estados nacionales y su depósito posterior ante la Secretaría de la Organización de Naciones Unidas[389].

Desde al ámbito interno del proceso de integración, para los siete países miembros, se trata de una organización de carácter comunitario o de integración, con objetivos y propósitos propios.

El Protocolo de Guatemala (1993), como el Tratado de San Salvador (1995), establecen una serie de Órganos, instituciones y comités consultivos, a los cuales le son atribuidas funciones y

[388] CONTRERAS, Gerardo. ¿Por qué surge el SICA como elemento de integración centroamericana? Revista Estudios, (28), 2014.P. 1 y 2.

[389] GUERRERO MAYORGA, Orlando. Derecho comunitario. Concepto, naturaleza y carácter. Anuario de derecho constitucional latinoamericano. UNAM. 2005.

competencias específicas en los procesos de formación de la normativa que llamaremos "comunitaria". Por ello, el derecho comunitario se integra al derecho interno de cada país, y es de obligatorio acatamiento, tanto para los Estados que se obligan, como para los particulares cuando derivan derechos y obligaciones de las normas comunes, tanto prevista en los tratados originarios, como en los actos derivados, de las resoluciones y reglamentos que competen a los Consejos de Ministros de cada sector[390].

En los protocolos de Tegucigalpa y Guatemala; y, en el Tratado de San Salvador, no hay una referencia a una Administración pública centroamericana, sino que los Estados miembros del SICA, deben de ser los gestores del derecho comunitario.

En el derecho administrativo europeo, la administración de la Unión Europea, como hemos analizado, ejerce la función ejecutiva a través de: 1. Instituciones: (Consejo y Comisión), órganos (Banco Europeo y Banco de Inversiones) u organismos (Agencias europeas), que conforman el poder público europeo.

Al ser el SICA un calco del derecho comunitario europeo, debió tipificar de esa manera el poder público centroamericano. Sin embargo, en su artículo 8 del protocolo de Tegucigalpa, nos habla de "órganos e instituciones de integración, los que gozarán de autonomía funcional en el marco de una necesaria y coherente coordinación intersectorial que asegure la ejecución eficiente y el seguimiento constante de las decisiones emanadas de las Reuniones de Presidentes".

Los órganos, son las instituciones de la Unión Europea; y las instituciones los órganos. Existe en el Protocolo y en el Tratado una impresión conceptual, que se refleja en la formación de las Instituciones, órganos y organismos del modelo comunitario centroamericano.

[390] SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto y ULATE, Enrique Napoleón, Manual de derecho comunitario centroamericano. Segunda Edición. El Salvador. 2013.

Sin embargo, las instituciones (órganos) del Sistema de integración centroamericana, tomando como modelo el derecho comunitario europeo, son las siguientes:

1. **La reunión de presidentes.** Órgano supremo que dirige y define la política Centroamericana. La Reunión de Presidentes, llamada también Cumbre de Presidentes es el órgano intergubernamental supremo, al igual que el Consejo Europeo, se reúne dos veces al año, y debe adoptar sus decisiones por consenso. Es el Órgano que define y dirige la política Centroamericana y establece las directrices principales para la integración de la región, la coordinación y armonización de las actividades de los órganos e instituciones.

2. **El Consejo de Ministros.** Las decisiones son de obligatorio cumplimiento por los Estados Miembros. Sectoriales e intersectoriales de los diversos subsistemas, integrados por los respectivos Ministros competentes, y que tienen facultades para dictar actos normativos comunitarios obligatorios y directamente aplicables, que generan derechos y obligaciones para los Estados miembros como para los particulares. De ese modo, el Consejo constituye un órgano supranacional, encargado de impulsar la política económica y social que conduzca a la integración regional.[391]

   Al Consejo le corresponde adoptar los actos normativos comunitarios, entre ellos reglamentos de carácter vinculante y de aplicación directa en los Estados partes, que lo convierten, por ahora, en el Órgano con competencias normativas por excelencia. Los actos normativos que puede emanar el Consejo son Resoluciones, Reglamentos, Acuerdos y Recomendaciones.[392] Es importante indicar, el concepto de reglamento contenido en tales disposiciones constituye prácticamente

[391] Protocolo de Tegucigalpa, 1991, art. 18-19, Protocolo de Guatemala, 1993 art. 55, Tratado de Integración Social Centroamericana, 1995, art. 17.

[392] Art. 55 Protocolo de Guatemala, art. 17 Tratado de Integración Social.

una copia literal del artículo 249, párrafo segundo, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que expresa: « El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Siendo así, la norma centroamericana debe ser interpretada y aplicada a la luz de su precedente inmediato, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica dentro del Derecho comunitario, es decir, la eficacia directa e inmediata de tales actos normativos y su obligatoriedad y supremacía frente a normas de derecho interno. En este sentido, la Corte Centroamericana de Justicia en reiteradas sentencias que siguen una línea sistemática, material y evolutiva de las normas de la integración, otorgando a las normas comunitarias las características de efecto directo y aplicación inmediata.

3. **La Secretaría General del SICA.** La Secretaría General del SICA es un órgano permanente y en el ejercicio de sus competencias establecidas en el artículo 26 del Protocolo de Tegucigalpa, le da la necesaria continuidad al Sistema de la Integración Centroamericana.

   La Secretaría General actúa como secretaría permanente de la Reunión de Presidentes de conformidad al artículo 26 literal g) del Protocolo de Tegucigalpa, por lo tanto, cumplirá sus funciones propias de secretaría en cada Reunión de Presidentes y trabajará de forma conjunta con la Presidencia Protempore, en el cumplimiento de las atribuciones.

   Es competencia de la Secretaría General la de ser ente coordinador de las diferentes Secretarías; velar por el cumplimiento de las decisiones presidenciales y de los Consejos de Ministros; y, llamar la atención por falta de cumplimiento de las decisiones a otros órganos del Sistema.

4. **El Comité Consultivo:** integrado por el sector empresarial, laboral, académico y otras fuerzas vivas representativas de la sociedad civil.

5. **El Parlamento Centroamericano,** como Órgano de planteamiento, análisis y recomendación. Sistema de la Integración Centroamericana, y por tanto un órgano comunitario, integrado por diputados elegidos directamente por los Pueblos centroamericanos, que representan y expresan la voluntad de la región. Aunque solo cuenta con facultades políticas de tipo propositivo, deliberativo y de consulta, juega un papel democratizador muy importante (CCJ 14-02-00).

6. **La Corte Centroamericana de Justicia** (Órgano jurisdiccional), el Órgano Superior de Control. .

7. **El Comité Ejecutivo.** Encargado de asegurar la ejecución y cumplimiento de las decisiones. Está integrado por un representante de cada Estado, asumen un carácter de imparcialidad e independencia y, en el ejercicio de sus funciones, actúan en nombre de la Comunidad. Evidentemente, las funciones del Comité, encargado de garantizar la ejecución eficiente de las políticas y el cumplimiento de las disposiciones del Tratado constitutivo, nos permiten afirmar la imparcialidad e independencia de sus miembros una vez nombrados[393].

El Comité Ejecutivo del SICA aprobó su reglamento de funcionamiento interno en el año 2012. Ya en el ejercicio de sus funciones ha aprobado tres reglamentos de funcionamiento interno y siete resoluciones para el fortalecimiento institucional de los Consejos de Ministros y sus secretarías[394].

[393] Criterio que ratifica también la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ, 27-11-00).

[394] El Comité Ejecutivo tiene como atribuciones (PT, art. 24 párrafo 3):

a) Asegurar la ejecución eficiente por intermedio de la Secretaría General, de las decisiones adoptadas en la Reunión de Presidentes;

b) Velar porque se cumplan las disposiciones del presente Protocolo y de sus instrumentos complementarios o actos derivados. Esta facultad le permitiría al Comité Ejecutivo iniciar (de oficio o a petición de un Estado miembro) los procedimientos administrativos correspondientes para constatar el incumplimiento por parte de un Estado miembro, de las normas comunitarias, y en caso de constatar dicho incumplimiento, iniciar directamente causas de responsabilidad ante la Corte Centroamericana de Justicia, previa mediación y búsqueda de solución de la controversia planteada;

Este órgano debe funcionar de modo permanente y debe ser totalmente independiente de los Estados, para que represente a la Comunidad Centroamericana.

Por ser un Órgano de carácter permanente, se estableció que las reuniones las realice una vez por semana y, extraordinariamente cuando sea convocado por su Presidente. La Presidencia sería rotativa, y le correspondería al representante del Estado sede de la última reunión ordinaria de Presidentes.

En ejercicio de sus competencias, el Comité Ejecutivo ha adoptado en el año 2012, varias resoluciones con temas relacionados a la organización y adecuado funcionamiento de los órganos de la integración, en particular: 1.) La integración de todos los países de los tratados, en los distintos sectores, mediante la ratificación de instrumentos por parte de los Estados que no lo han hecho; 2.) Se está exigiendo la acreditación de los Ministros para integrar los Consejos conforme a la legalidad comunitaria; 3.) Ha instruido a la Secretaría General para que reglamente la adopción de actos normativos y abra libros de acreditación de los Consejos; 4.) La obligación de los Consejos de remitir todos los actos normativos a la Secretaría General; 5.) La obligación de publicar los actos normativos en una Gaceta Oficial si cumplen las formalidades legales de capacidad jurídica y formalidad de los actos.

c) Establecer las políticas sectoriales y presentar por conducto de su Presidente, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, las propuestas que sean necesarias en concordancia con las directrices generales emanadas de las Reuniones de Presidentes;
d) Someter, por conducto de su Presidente, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, el Proyecto de Presupuesto de la organización central del SICA;
e) Proponer al Consejo, el establecimiento de Secretarías Órganos subsidiarios que estime convenientes para el efectivo cumplimiento de los objetivos del SICA;
f) Aprobar los Reglamentos e Instrumentos que se elaboren por las Secretarías u otros Órganos Secretarías del SICA;
g) Revisar los informes semestrales de actividades de la Secretaría General y otras Secretarías y trasladarlos, con observaciones y recomendaciones, a los Consejos de Ministros respectivos;

Se está fortaleciendo la institucionalidad de las Secretarías, solicitando a los Estados el reconocimiento, como persona jurídica de sujeto de Derecho y obligaciones, mediante la suscripción de acuerdos sedes en cada uno de ellos. Igualmente se está exigiendo a las Secretarías de los Consejos de Ministros el envío a la Secretaría General, sus respectivos reglamentos internos de organización y funcionamiento, para su respectiva aprobación por el Comité Ejecutivo, en aquellos casos que no lo hayan hecho[395].

De acuerdo a Salazar Grande, "el Comité Ejecutivo está llamado a ser integrado por funcionarios eminentemente comunitarios de forma permanente, debe ser un órgano colegiado, técnico, que asesore al Consejo de Ministros especialmente nombrado y que se le otorguen competencias de iniciativa normativa, cuando menos en las materias que le sean definidas por los tratados complementarios, de acuerdo al interés comunitario del ámbito material a regular. También debería dotársele de suficiente poder real y efectivo para realizar sus funciones.

El Comité Ejecutivo debería trabajar de la mano con los diferentes Consejos con los cuales también tendría funciones de asesoría y de iniciativa normativa[396].

El PARLACEN, adoptó varias resoluciones relativas a la entrada en funcionamiento del Comité Ejecutivo. Entre ellas: RESOLUCION AP/7-CLXXII-2005, del 26 de mayo del 2005, RESOLUCION AP/5-CLXXV-2005, del 29 de setiembre del 2005 y por último la RESOLUCIÓN AP/4-CCXXXI-2011, adoptada el 1 de julio del 2011, y en la cual resolvió: "UNICO: Proponer a la Reunión de Presidentes de los Estados parte del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), a realizarse el próximo

[395] Ver resoluciones del Comité Ejecutivo, No. 1-2012, 2-2012, 3-2012, 4-2012, 5-2012 y 6- 2012 del 19 de marzo del 2012.

[396] SALAZAR GRANDE, Cesar Ernesto y ULATE, Enrique Napoleón. Manual de derecho comunitario centroamericano. Segunda Edición. El Salvador. 2013.

22 de julio en la República de El Salvador, la conformación e instalación del Comité Ejecutivo del SICA, como lo establece el Protocolo de Tegucigalpa, en sus artículos 23 y 24.

A diferencia de la Comisión Europea, el Comité Ejecutivo no presenta rasgos de independencia sus decisiones se toman en forma colegiada imputándose éstas al órgano y son asumidas por su integrantes en forma colectiva. No tiene órganos especiales, sino que la Secretaría General del SICA es el aparato administrativo intermedio entre el Comité Ejecutivo y los subsistemas del SICA. Las competencias normativas, son muy pobres y únicamente hacen referencia a la aprobación de los Reglamentos e instrumentos que se elaboren por la Secretaría u otros órganos del SICA[397].

IV
A MODO DE CONCLUSIÓN

Los fundadores de las Comunidades Europeas y del Sistema de integración centroamericano, no previeron la existencia de una Administración pública europea y centroamericana. Establecieron el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario en virtud del cual serían los Estados miembros y, más en concreto, sus Administraciones nacionales quienes se encargarían de ejecutar las disposiciones emanadas de las instituciones comunitarias o, si se quiere expresar en otros términos, serían los aparatos administrativos de los Estados miembros.

En un inicio, el concepto de Administración pública comunitaria, fue producto de la elaboración de la jurisprudencia del TJCE. El Tratado de Lisboa por primera vez hace una referencia expresa a la Administración pública europea.

[397] VALLE GONZÁLEZ, Alfonso. Derecho comunitario. Unión Europea y el sistema de integración centroamericana. Fondo Editorial de lo jurídico. Managua, Nicaragua, 1997. Pág. 51.

En base a esta realidad, y este es el aporte original de este trabajo, trato de definir la Administración pública europea, en sentido subjetivo, como el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión; y, en sentido objetivo como función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos.

En Centroamérica, al igual que en Europa en un inicio, las Administraciones de cada Estado, es la encargada de ejecución del derecho comunitario. Sin embargo, no se ha construido una Administración pública central, como en Europa. Asimismo, no están presentes organismos, agencias especializadas y descentralizadas en apoyo de los Estados miembros, por lo tanto no existe una Administración comunitaria central.

Por tal motivo, al no existir una Administración comunitaria centra, no es posible, definir que entendemos por Administración pública y derecho administrativo centroamericano comunitario..

LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTATIVO DE EL SALVADOR. ALGUNOS COMENTARIOS

I
LA FALTA DE UNA LEY REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL SALVADOR

Una de las más marcadas deficiencias con las que se encontraba el ordenamiento jurídico-administrativo salvadoreño era, sin duda, la carencia de una norma que regulara de forma general el procedimiento administrativo. Así lo venía poniendo de manifiesto ya desde hace tiempo la doctrina administrativa, que había destacado la necesidad de que se aprobará un texto legal que cumpla esa función.

Henry Mejía escribía: "el derecho administrativo salvadoreño lamentablemente, aún no cuenta con una ley de procedimiento administrativo uniforme. Esto genera confusión y dificultades, tanto a la Administración como a los administrados al momento de aplicar la normativa administrativa pues estos se enfrentan con una dispersión legislativa[398]".

[398] HENRY MEJIA. Manual de derecho administrativo. Editorial Cuscatleca. 1 edición. San Salvador. El Salvador. Pág. 206. Ricardo Mena, expresaba: "En El Salvador por asombrosa omisión no existe en la actualidad una ley general de procedimientos administrativos, si no

Esto quedo atrás, ya que la tan esperada ley de procedimiento administrativo que se aprobó el día 13 de febrero del año 2018.

La ley de procedimiento (Decreto 856) se presenta como una pieza clave en el Estado de Derecho y del Estado social de Derecho, 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.

El procedimiento administrativo es un instrumento adecuado para dinamizar el avance del Estado. Las reglas esenciales del procedimiento están llamadas a desarrollar un papel fundamental en el proceso de modernización de la sociedad y de su Administración en el Salvador.

Pero la ley de procedimiento, también es 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 del Salvador.

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.

que cada organismo administrativo tiene asignado a través de su ley orgánica o reglamentos internos el trámite a seguir para cada caso en concreto". Génesis del Derecho Administrativo en el salvador. Primera Edición. San Salvador, El Salvador, C.A. 2005 Pág. 86.

La ley de procedimiento, presenta la primera generación de procedimiento administrativo que se inspira abiertamente en el esquema judicial, civil o penal, en función de la decisión a adoptar. La mimetización del modelo judicial se extiende tanto a las fases o secuencias en que se articula el procedimiento —iniciación, instrucción, y terminación— y a los principios que, aunque en forma más simplificada, las rigen, como al modelo imperativo que lo preside y que no es sino una expresión del ejercicio de autoridad.

La segunda generación de procedimientos surge, como explica Javier Barnes[399], con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX, y tiene por objeto la aprobación de normas administrativas infralegales —reglamentos ejecutivos o independientes, planes territoriales o urbanísticos, circulares de organismos reguladores o agencias independientes, ordenanzas locales, etcétera—. Teóricamente, el procedimiento reglamentario se habría de construir sobre la imagen del proceso legislativo[400].

Dentro de esta generación, pueden citarse dos tipos característicos: los procedimientos de elaboración de disposiciones reglamentarias y aquellos otros que tienen por objeto la gestación del planeamiento urbanístico y territorial.

La ley salvadoreña integra esta segunda generación de procedimiento. Anteriormente ya lo había hecho el proyecto de ley del régimen jurídico de procedimiento administrativo, procedimiento administrativo común y derecho de los ciudadanos de Nicaragua, que en cierta forma, lo retoma el Decreto 856, con pocas variaciones.

[399] JAVIER BARNES. Tres generaciones del procedimiento administrativo. Revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad católica de Perú. Núm. 67 (2011).

[400] HENRY MEJIA. Manual de derecho administrativo. Editorial Cuscatleca. 1 edición. San Salvador. El Salvador. Pág. 209.

La ley de procedimiento de el Salvador, no incorpora, elementos de procedimiento de la tercera generación que no hace referencia necesariamente a un proceso lineal, secuencial y sucesivo que conduce a una decisión, como sucede tradicionalmente en la primera generación. De entrada, puede tratarse de procedimientos completos, de procedimientos compuestos o escalonados en los que intervienen diversas administraciones nacionales y supranacionales, de componentes aislados, de un principio, de un derecho, y un larguísimo etcétera.

No es nuestra intención realizar el comentario particularizado de los 168 artículos que conforman la ley de procedimiento de el Salvador. Nuestro objetivo se limita a hacer unos comentarios a algunos artículos que hemos los consideramos importante para la implementación de esta ley; y que pertenecen a la primera generación de procedimiento administrativo

II
DEFINICIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Denominamos como procedimiento administrativo a la serie ordenada de actos que sirve de cauce formal a la actividad administrativa[401]. En dicho sentido se ha pronunciado la doctrina, 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.

Nótese que se trata de una pluralidad de actos dotados de un sentido unitario, en cuanto vienen dirigidos a la resolución de

[401] 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". "Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, iniciación, ordenación e instrucción", en La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Directores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón. Tecnos. Madrid, 1993. Pág. 214.

un determinado asunto; pero sin que cada uno de esos actos pierda su sustantividad propia[402]. El procedimiento se presenta, por ello como una unidad, pero una unidad compuesta de elementos múltiples susceptibles de ser individualizados[403].

El procedimiento administrativo debe ser diferenciado del expediente administrativo, pues aunque es frecuente que ambos términos sean utilizados como sinónimos[404], hacen referencia a dos realidades distintas y claramente diferenciables[405]. 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[406].

[402] Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; 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". Curso de derecho administrativo. Madrid España. II. Pág. 448.

[403] 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". Elementos de Derecho Administrativo, 2a. reimp. de la 2a. edición, México, Editorial Limusa, 2003. Pág. 202.

[404] 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 J. M. 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". Contratación administrativa. BOSCH. Barcelona, 2000. Pág. 148.

[405] Como señala F. GONZÁLEZ NAVARRO, "las voces <<procedimiento>> y <<expediente>> deben ser diferenciadas técnicamente". En la obra escrita conjuntamente con J. GÓNZALEZ PÉREZ: Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. Civitas. Segunda edición, 1999. Pág. 33.

[406] Gráficamente señala GONZÁLEZ NAVARRO que "el expediente no es otra cosa que la materialización del procedimiento, el procedimiento <<hecho papel>>". Comentarios a la Ley de Régimen... Pág. 33. E. VICENTE define el expediente como "el soporte documental del procedimiento administrativo". En la obra colectiva Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Marcial Pons. Madrid, 1995. Pág. 89. M. FERNÁNDEZ FONTECHA lo define como "la materialización documental del procedimiento". En Derecho de los contratos públicos. Coordinador: B. Pendás García. Praxis. Barcelona, 1995. Pág. 47. Para S. FERNÁNDEZ RAMOS expediente es "la plasmación documental (...) del procedimiento administrativo". El derecho de acceso a los documentos administrativos. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 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". Estudios sobre... Pág. 192.

Así lo establece claramente la normativa salvadoreña que define el expediente como "el conjunto de documentos ordenados de documentos y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamentos a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla".

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).

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 adecuada a 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[407]. Sin embargo, la Administración

[407] 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". Principios de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Pág. 55.

debe estar condicionada a seguir un cauce adecuado para dar satisfacción a los intereses que sirve[408], 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[409].

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[410].

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 todo caso, sin que pueda eludirse su realización por acuerdo entre la Administración y los interesados[411].

[408] 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". Panorama general del Derecho administrativo Uruguayo", en GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ (dir.), El Derecho Administrativo Iberoamericano, Granada, INAP/UIM. Pág. 706.

[409] 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". Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa.Pág. 267.

[410] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Págs. 442-447. FLAVIO ESCORCIA: Derecho administrativo. Pág. 199. MORELL OCAÑA: Curso de... II. Pág. 214. PAREJO ALFONSO, en Manual de... Págs. 440-441.

[411] 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". Curso de... I/1 (1992). Pág. 271.

III
LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO

Los principios del procedimiento administrativo son un conjunto de reglas básicas, que conforman un sustrato axiológico esencial que sirve de base de las reglas reguladoras de éste y sirven como criterios interpretativos de las mismas[412].

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[413].

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.

[412] 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 hermeneútica 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 vacio legal, suplen o <<llenan>> esa <<ausencia de normas>> procedimentales, mediante su utilización supletoria, en pro de la plenitud del procedimiento administrativo". Estudios de… Pág. 141.

[413] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "la utilidad -, aún más, la auténtica necesidad- de un intento dirigido a aislar los grandes principios 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". Curso de... II. Pág. 462.

Allan Brewer-Carías, ha apuntado, que con la Ley del Perú de 2001 se produjo un avance fundamental en este proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo, al precisar en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios general del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, que se enumeran a título enunciativo y no taxativo: principio de legalidad; principio del debido procedimiento; principio del impulso de oficio; principio de razonabilidad; principio de imparcialidad; principio de informalismo; principio de presunción de veracidad; principio de conducta procedimental; principio de celeridad; principio de eficacia; principio de verdad material; principio de participación; principio de simplicidad; principio de uniformidad; principio de predictibilidad; principio de privilegio de controles posteriores.

Una enunciación similar, de carácter exhaustivo se puede encontrar en la Ley de Bolivia de 2002, en la cual el artículo 4 enumera e incluso define los siguientes principios a los que debe sujetarse la Administración Pública:

a) Principio fundamental: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;

b) Principio de autotutela: La Administración Pública dicta actos que efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;

c) Principio de sometimiento pleno a la ley: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;

d) Principio de verdad material: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;

e) Principio de buena fe: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo;

f) Principio de imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;

g) Principio de legalidad y presunción de legitimidad: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;

h) Principio de jerarquía normativa: La actividad y actuación y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;

i) Principio de control judicial: El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables;

j) Principio de eficacia: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;

k) Principio de economía, simplicidad y celeridad: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;

l) Principio de informalismo: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;

m) Principio de publicidad: La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que ésta u otras leyes la limiten;

n) Principio de impulso de oficio: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público;

o) Principio de gratuidad: Los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales en favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca; y,

p) Principio de proporcionalidad: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.

El proyecto de ley nicaragüense, "régimen jurídico de las Administraciones públicas, procedimiento administrativo común y derecho de los ciudadanos", redactada en el año 2010, produjo un progreso, ya que no solamente introdujo nuevos principios, sino que los definió, entre ellos:

1. Principio del procedimiento debido: Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento administrativo debido, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del derecho administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

2. Principio de razonabilidad y proporcionalidad: Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen

obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deban tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido; a tal efecto, el medio restrictivo, habrá de ser útil para alcanzar el fin que persiga, necesario, por no existir un medio alternativo menos restrictivo e igualmente eficaz en la consecución del fin; y, proporcionando en sentido estricto, porque no genere más restricciones o gravámenes que beneficios para el interés general.

3. Principio de presunción de veracidad: En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

4. Principio de uniformidad.- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

5. Principio de Buena Fe y Ética: En la relación de los particulares con las Administraciones Públicas se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo. Todas las personas al servicio de la Administraciones públicas deberán de actuar con rectitud, lealtad y honestidad;

6. Principio de protección de la intimidad: Las personas al servicio de las Administraciones públicas, que manejen datos personales respetarán la vida privada y la integridad de las personas de acuerdo con el principio del consentimiento, prohibiéndose, el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas.

7. Principio de colaboración de las Administraciones Públicas con los ciudadanos: Los órganos de la Administración Pública deberán de actuar en estrecha colaboración con los particulares, procurando garantizar su adecuada participación en el desempeño de la función administrativa, brindando información y las aclaraciones que necesitan. Asimismo, apoyar y estimular las iniciativas de los mismos y recibir sus sugerencias e informaciones.

8. Principio de participación: Los órganos de la Administración Pública deberán garantizar la participación de los administrados, así como la de las asociaciones que tengan por objeto la defensa de sus intereses en la toma de decisiones que les afecta.

9. Principio de resolución: Los órganos administrativos tendrán el deber de pronunciarse en los términos previstos en esta ley, sobre asuntos de su competencia que les sean planteados por los administrados.

10. Principio de oralidad. En la instrucción del procedimiento y en la audiencia del interesado el procedimiento podrá ser oral siempre que ello facilite al ciudadano la defensa de sus intereses o permita ofrecer una mejor información a la Administración a los efectos de adoptar la decisión pertinente

Una de las característica principales de las leyes de procedimiento administrativo del Perú, Bolivia y el proyecto de Nicaragua,

es la enumeración en el propio texto de las leyes, el conjunto de principios generales que sirven, para que el juez contencioso, no tenga que deducir o interpretar, sino aplicar, para un mayor control de la actividad de la Administración pública.

En ese sentido, la ley Salvadoreña, no produjo ningún avance en esta materia, lo cual es criticable, ya que contaba con antecedente formidables.

Los principios que enumera la ley Salvadoreña, se encuentran en el artículo 3, que a continuación comentamos.

3.1 Principio de legalidad.

Implica que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Está sometida plenamente al ordenamiento jurídico.

Los órganos de la Administración Pública deberán actuar con respeto a la Ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas las mismas. Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario.

3.2 Principio de proporcionalidad

Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos

que deban tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido; a tal efecto, el medio restrictivo, habrá de ser útil para alcanzar el fin que persiga, necesario, por no existir un medio alternativo menos restrictivo e igualmente eficaz en la consecución del fin; y, proporcionando en sentido estricto, porque no genere más restricciones o gravámenes que beneficios para el interés general.

El Decreto número 856 dice: "Las actuaciones administrativas deben de ser cualitativamente aptas e idóneas para alcanzar los fines previstos".

3.3 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.

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.

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.

Sin que esto suponga, obviamente, la desaparición de las formas en el procedimiento administrativo, que el administrado deberá de cumplir, como es lógico, sino su valoración como elementos puramente instrumentales, que han de ser exigidos de forma flexible.

3.4 Principio de eficacia procesal

Este principio se tiene que compatibilizar con la necesidad de otorgar tutela suficiente a los derechos de los administrados.

3.5 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[414].

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 éste la posibilidad de tutela del mismo, que deberá asumir, en consecuencia, la propia Administración[415].

[414] DANÓS ORDÓÑEZ: Panorama general... Pág. 553. DELGADILLO: Elementos de... Págs. 208-209. ESCUIN PALOP: Curso de... Págs. 221-222. FLAVIO ESCORCIA: Derecho administrativo. Pág. 200. LÓPEZ OLVERA, M. A.: "Los principios del procedimiento administrativo", en Estudios en Homenaje a D. Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo. Coordinadores: D. Cienfuegos Salgado y M. A. López Olvera. Págs. 185-186. Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; 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". Curso de... II. Pág. 467.

[415] 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 normalmente la paralización del procedimiento". Panorama general... Pág. 553.

3.6 Economía

Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias, optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que será el que corresponda de acuerdo con la dotación y personas de medios materiales disponibles. De acuerdo al principio de economía, el funcionamiento de las Administraciones Publicas estará guiado por el uso racional de los recursos disponibles.

3.7. Coherencia

De acuerdo con la definición aportada en el artículo 3, inciso 7 del Decreto 856, este principio se refiere al precedente administrativo, ya que dice: "Las actuaciones administrativas será congruentes con los antecedentes administrativos".

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

El Derecho administrativo salvadoreño 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.

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, y así lo establece artículo 3, inciso 7 del Decreto 856, en su último párrafo: "salvo que por las razones que se expliciten por escrito y se motiven adecuadamente, sea pertinente en algún caso apartarse de ellos".

3.8 Principio de verdad material

Este principio significa que las Administraciones Públicas investigarán la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, y deberá ajustarse a la verdad material que resulte de los hechos, aun cuando no hayan sido alegados.

3.9 Buena fe

En la relación de los particulares con las Administraciones Públicas se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo. Todas las personas al servicio de la Administraciones públicas deberán de actuar con rectitud, lealtad y honestidad.

3.10 Los sujetos del procedimiento administrativo

3.10.1 Capacidad para ser parte

El artículo 66 de la ley de procedimiento (Decreto 856), establece que la capacidad para ser parte en el procedimiento adminis-

trativo se regirá por el derecho común, o sea el Código Civil y de Comercio de El Salvador.

El ordenamiento jurídico impone dos requisitos básicamente para que cualquier persona pueda ser parte interesada en un procedimiento administrativo: la capacidad, jurídica y de obrar, y la legitimación.

En relación a la capacidad, pocas especialidades presenta el Derecho administrativo respecto a las normas civiles, si no es precisamente para ampliar su campo de acción. En efecto, se reconoce capacidad a los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad o tutela. La regla es coherente con la naturaleza misma del Derecho administrativo y con su carácter antiformalista.

Pero además de capacidad, para ser parte en un procedimiento se requiere una aptitud especial: la legitimación.

3.10.2 Legitimación

El artículo 65 del Decreto 856, nos dice quienes están legitimados en el procedimiento administrativo. El inciso 3, lo amplia notablemente a las asociaciones, fundaciones, grupos de afectados y entidades análogas, cuando pretendan la defensa de los derechos e intereses de sus miembros, de acuerdo con los fines para los que hubieran sido creadas o según lo determine la mayoría, en el caso de los grupos de afectados, lo que es muy loable de acuerdo a las tendencias actuales del procedimiento administrativo.

La legitimación, se refiere a 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[416], que se traduce, como regla general, en ostentar un interés propio en el mismo[417], como lo estable el inciso 1 del artículo 65 del Decreto 856.

Si bien, excepcionalmente, el ordenamiento jurídico reconoce acción pública, otorgando legitimación a cualquier persona, con independencia de que le afecte personalmente o no la cuestión que se discute en el procedimiento[418].

Fuera de los supuestos excepcionales de acción pública, que no lo establece el Decreto 856, 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[419], nosotros consideramos que la diferenciación entre uno y

[416] 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". Interesados. Pág. 279.

[417] 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". Curso de... II. Pág. 224.

[418] Como señala J. M. 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". "La acción popular", en La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario. Editorial Bosch. Barcelona, 2003. Pág. 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". Principios de... II. Pág. 665.

[419] En tal sentido J. M. BAÑO LEÓN, que considera que "la distinción carece de sentido. (...) tras la peticiónes 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". "Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración", en La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Directores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón. Tecnos. Madrid, 1993. Pág. 93.

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[420].

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 procedimiento. 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[421].

La concurrencia o no de interés legítimo debe ser examinada de forma amplia, 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[422].

[420] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Págs. 33-36. PARADA VÁZQUEZ: Derecho... I. Pág. 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". En Manual de... Pág. 449. Señalan PIÑAR MAÑAS; 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". Interesados. Pág. 280.

[421] 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". En Manual de... Págs. 449-450.

[422] SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 663.

Esto ha servido a una parte de la doctrina para defender que se ostentan en estos casos auténticos derechos subjetivos, que para ser diferenciados de los derechos subjetivos típicos califican como derechos subjetivos reaccionales[423]. Si bien dicha 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[424].

[423] En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA; 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 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". Curso de... II. Págs. 53 y 51. De acuerdo con esta tesis: GONZÁLEZ NAVARRO: Derecho Administrativo... III. Pág. 638.

[424] 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". Curso de... II. Pág. 225.

Téngase en cuenta que ese interés legítimo no tiene por qué 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 individualizable en un sujeto o sujetos determinados, sino que afectan a una pluralidad de personas[425], por ejemplo, en el inciso 3 del artículo 65 del Decreto 856.

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[426]. 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[427], 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 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

[425] 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 a 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". Nuevas tendencias en... Pág. 96.

[426] PARADA VÁZQUEZ: Derecho... I. Pág. 225.

[427] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; 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". Curso de... II. Pág. 482.

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[428].

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[429].

[428] GÓNZÁLEZ PÉREZ, en Comentarios a... I. Pág. 870.
[429] GÓNZÁLEZ PÉREZ, en Comentarios a... I. Pág. 891.

3.10.3 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[430].

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 administrado puede por sí sólo, sin necesidad de asistencia jurídica alguna, iniciar y participar en un procedimiento administrativo. Así lo establece el artículo 67 del Decreto 856.

Todo ello, sin perjuicio, obviamente, de acudir asesorado por un técnico en Derecho cuando lo estime oportuno.

IV
FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En el procedimiento administrativo se suelen distinguir tres grandes fases: iniciación, desarrollo o instrucción y terminación[431].

[430] GONZÁLEZ NAVARRO: Derecho Administrativo... III. Pág. 639.

[431] 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". Derecho Administrativo... III. Pág. 665.

4.1 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, articulo 64 de la ley de procedimiento administrativo (Decreto 856).

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, inciso 2 del artículo 64 del Decreto 856.

Si bien comenzara 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[432], 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

[432] Señala R. 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". Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Marcial Pons. Madrid, 1993. Pág. 281.

dicha pretensión, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico; mientras que la segunda 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[433].

Se debe entender, por tanto, que la petición encuentra su fundamento en el artículo 18 de la Constitución de el Salvador: "Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto".

En el Decreto 856, pareciera, que hace una distinción en el artículo 5, al establecer que "la comparecencia de los ciudadanos en las oficinas públicas solo será obligatoria por disposición legal. En ese sentido, para la presentación de solicitudes, peticiones o cualquier escrito dirigido a la Administración, no será necesaria la comparecencia del interesado". Sin embargo, en los artículos 10, 64, 71, 73, nos habla de peticiones, lo que de la lectura del texto sugiere que para el legislador son sinónimo, creando cierta confusión; y, se contradice con el texto constitucional.

La solicitud encuentra su fundamento en el principio de legalidad, que obliga a la Administración al cumplimiento de la ley y el Derecho.

La iniciación de oficio tendrá lugar mediante la adopción de un acuerdo de iniciación por parte de la Administración, inciso 1 del artículo 64 del Decreto 856. 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

[433] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Pág. 95. FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., en la obra escrita conjuntamente con F. Garrido Falla: Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas. Civitas. Madrid, 1993. Pág. 264. MARTÍN MATEO: Manual de... Págs. 288-289. MORELL OCAÑA: Curso de... II. Pág. 227.

de este tipo[434]. 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 siguientes: una decisión adoptada *motu propio* por el órgano competente, la solicitud de otro órgano público o la denuncia o petición del administrado.

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[435]. 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, inciso 3 del artículo 64, Ley de procedimiento administrativo (Decreto 856), en la que conviene que nos detengamos un momento,

[434] FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: "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. Editorial Carperi. Madrid, 1993. Pág. 283.

[435] 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 como antecedente para iniciar la misma". Acto administrativo. Procedimiento... Pág. 168.

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[436]. Como puede verse, a diferencia de la solicitud, que determina 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[437].

La denuncia no tiene por sí misma virtualidad para convertir a la persona que la realiza en interesado[438]. 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 excepcionales en que concurren causas específicas que lo dotan de una especial importancia, que lo transforma en un acto de trámite cualificado[439].

[436] 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". Derecho Administrativo... III. Pág. 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". De las disposiciones... Pág. 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, a su juicio, debiera dar lugar a la iniciación del procedimiento". Principios de... II. Pág. 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". Curso de... II. Pág. 226.

[437] GONZÁLEZ NAVARRO: Derecho Administrativo... III. Pág. 668.

[438] JIMÉNEZ CRUZ, J. M.: "Iniciación, ordenación e instrucción", en Administraciones Públicas y ciudadanos. Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona, 1993. Pág. 531. MORELL OCAÑA: Curso de... II. Pág. 226. ENTRENA CUESTA: Curso de... I/1 (1992). Págs. 279-280.

[439] PARADA VAZQUEZ: Derecho... I. Pág. 235. FERNÁNDEZ MONTALVO: De las disposiciones... Pág. 285.

4.2 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[440].

4.3 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[441].

El decreto número 856, no contiene ningún párrafo referente a las alegaciones como lo hace la ley española del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre) en su artículo 76: Alegaciones.

"1. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y

[440] FANLO LORAS: Disposiciones generales... Pág. 234. Señalan VILLAR PALASÍ; 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". Principios de... II. Pág. 135.

[441] 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". Derecho... I. Pág. 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". Principios de... II. Pág. 85. Para BOQUERA OLIVER las "alegaciones son las razones y datos que los interesados presentan a la Administración en apoyo de sus pretensiones". Estudios sobre... Pág. 208. VILLAR PALASÍ; VILLAR EZCURRA entienden que "son los datos de hecho o de derecho aportados por los particulares interesados en el procedimiento". Principios de... II. Pág. 136.

aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

2. En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

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)[442].

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[443].

4.4 Informes

En la ley Salvadoreña de procedimiento administrativo, no existe un capítulo sobre los informes, como ley española del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015, de 1 de octubre), sino que estan dispersas en diversos artículos.

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 aseso-

[442] FANLO LORAS: Disposiciones generales... Pág. 235.

rar al órgano decisor al respecto, contribuyendo al acierto de su decisión[444].

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[445].

Entendemos, por tanto, que no tiene sentido distinguir entre los conceptos de informe y dictamen, que consideramos términos sinónimos[446].

[443] SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 85.

[444] En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que señalan 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 acuerdo". Curso de... II. Pág. 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". Derecho... II. Pág. 240. GONZÁLEZ NAVARRO entiende que informe es el "acto de la Administración público 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". Derecho Administrativo... III. Pág. 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". Disposiciones generales... Pág. 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". De las disposiciones... Pág. 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". Estudios sobre... Pág. 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". Curso de... II. Pág. 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". Curso de... I/1 (1992). Pág. 290.

[445] VILLAR PALASÍ; VILLAR EZCURRA: Principios de... II. Pág. 138.

[446] 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". Derecho Administrativo... III. Pág. 790.

Una parte de la doctrina les niega el carácter de acto administrativo, en cuanto no constituyen elementos de juicio[447].

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[448].

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[449].

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 optativos, que obligan a éste únicamente en que se formule en ellos oposición a la toma de la medida de que se trate, viniendo a funcionar como la interposición de un veto[450].

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[451].

[447] 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". Derecho... II. Pág. 240.

[448] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Págs. 493-494. SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 89. MORELL OCAÑA: Curso de... II. Pág. 232.

[449] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Pág. 494. SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Págs. 90-91.

[450] SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 90.

[451] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Pág. 494. SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 91. PARADA VÁZQUEZ: Derecho... II. Pág. 240.

Los informes no son impugnables por separado, sólo podrán serlo conjuntamente con la resolución que pone fin al procedimiento[452].

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[453].

Si son informes preceptivos, sin embargo, parece que se debe considerar que se trata de un vicio de forma con transcendencia anulatoria[454]. 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[455].

Tratándose de informes vinculantes pocas dudas puede plantear que se debe sancionar en todo caso su omisión con la invalidez del acto[456].

[452] 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". Derecho... II. Pág. 240.

[453] 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". Principios de... II. Pág. 90.

[454] SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 90.

[455] 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". Principios de... II. Pág. 90.

[456] En tal sentido, SANTAMARÍA PASTOR, que considera que es un vicio de nulidad por defecto de la competencia para decidir. Principios de... II. Pág. 91.

4.5 Prueba

El artículo 106, del Capítulo V del Decreto 856, dice sobre la prueba: "Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán probarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y será aplicable, en lo que procediere el Código Procesal Civil y Mercantil.

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[457].

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[458].

[457] 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". Disposiciones generales... Pág. 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". Estudios sobre... Pág. 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". Curso de... I/1 (1992). Pág. 293.

[458] 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". Derecho Administrativo... III. Pág. 725.

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[459].

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[460].

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[461].

[459] PARADA VÁZQUEZ: Derecho... II. Pág. 241. GONZÁLEZ NAVARRO: Derecho Administrativo... III. Págs. 742-744.

[460] GONZÁLEZ NAVARRO: Derecho Administrativo... III. Págs. 744-747.

[461] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; 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". Curso de... II. Págs. 495-496. Véase también en el mismo sentido, SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 93.

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[462].

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[463].

4.6 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[464]. 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[465].

[462] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Págs. 496-497.

[463] PAREJO ALFONSO, en Manual de... Pág. 462.

[464] 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". Derecho... I. Pág. 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". Iniciación, ordenación... Pág. 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". De las disposiciones... Pág. 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". Principios de... II. Pág. 87.

[465] 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 una decisión más justa y objetiva, mediante una consulta previa y abierta a toda clase de alegaciones y sugerencias". De las disposiciones... Pág. 302.

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[466]. 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[467].

Nótese que va dirigido a cualesquiera sujetos que quieran acudir a dicho trámite, con independencia de que sean o no interesados en ese procedimiento[468]. De lo que se deriva su total intranscendencia respecto a la asignación de la condición de interesado, esto es, ni el hecho de presentarse al mismo no otorga tal condición; ni la no presentación por parte de quien ya tiene esa condición de interesado le priva del mismo[469].

Su naturaleza es la de un acto administrativo de trámite, no constituye un procedimiento independiente[470].

No se trata de un acto imprescindible en todo procedimiento, dependerá de la naturaleza de cada concreto procedimiento. Debiéndose entender necesario en aquellos procedimiento es los que existe un conjunto indeterminado de interesados que sea preciso escuchar y en aquellos en que por su transcendencia social o la importancia de los intereses públicos en juego merezca la pena escuchar cualquier posible opinión que se pueda formular[471].

[466] CAMPO CABAL, J. M., en Manual de... Pág. 278.
[467] DANÓS ORDÓÑEZ: La participación... Pág. 159.
[468] PARADA VÁZQUEZ: Derecho... I. Pág. 239. JIMÉNEZ CRUZ: Iniciación, ordenación... Pág. 562. FANLO LORAS: Disposiciones generales... Pág. 243. FERNÁNDEZ MONTALVO: De las disposiciones... Pág. 303.
[469] MARTÍN MATEO: Manual de... Págs. 294-295. JIMÉNEZ CRUZ: Iniciación, ordenación... Pág. 565.
[470] JIMÉNEZ CRUZ: Iniciación, ordenación... Pág. 562. FERNÁNDEZ MONTALVO: De las disposiciones... Pág. 303.
[471] JIMÉNEZ CRUZ: Iniciación, ordenación... Pág. 563. FERNÁNDEZ MONTALVO: De las disposiciones... Págs. 202-203.

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[472].

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 la resolución que ponga fin al procedimiento y a dar una respuesta motivada a la persona que las presentó[473].

Siendo la información pública un acto de trámite, la respuesta dada por la Administración a las alegaciones formuladas por los comparecientes al trámite no será impugnable ni en vía administrativa, ni en vía contencioso-administrativa[474].

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[475].

La realización de este trámite no suple la necesidad de realizar el trámite de audiencia al que inmediatamente nos vamos a referir. Si bien, si se asiste al trámite de información pública,

[472] FERNÁNDEZ MONTALVO: De las disposiciones... Pág. 303.

[473] JIMÉNEZ CRUZ: Iniciación, ordenación... Pág. 567. FERNÁNDEZ MONTALVO: De las disposiciones... Pág. 303.

[474] MESEGUER YEBRA, J.: El trámite de información pública en el procedimiento administrativo. Editorial Bosch, Barcelona, 2001. Pág. 21.

[475] 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". De las disposiciones... Págs. 303-304

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[476].

En el artículo 16, que se refiere a Derechos de las Personas Frente a la Administración en el inciso 3 dice: "Al acceso a la información pública, archivos y registros, así como al expediente administrativo, de conformidad con lo establecido en la Ley de Acceso a la Información Pública y el ordenamiento jurídico aplicable."

4.7 Trámite de Audiencia al Interesado

El trámite de audiencia al interesado aparece definido en el Capítulo VI, artículo 110**:** "La Administración Pública, una vez que haya instruido los expedientes e inmediatamente antes de la resolución o, en su caso, del informe de los órganos consultivos, pondrá las actuaciones a disposición de los interesados para su consulta y les concederá un plazo común, no superior a quince días ni inferior a diez, para que hagan sus alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Se podrá prescindir del trámite de audiencia, cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que los aducidos por el interesado".

[476] 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". Curso de... I/1 (1992). Pág. 292.

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 defender su posición.

4.8 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[477].

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 de respuesta a las mismas. Se distingue, por ello,

[477] GONZÁLEZ NAVARRO: Derecho Administrativo... III. Pág. 824. MORELL OCAÑA: Curso de... II. Pág. 235.

aunque hay quien se manifiesta en contra[478], entre un modo normal de terminación el procedimiento (mediante resolución sobre el fondo) o anormales (sin que se dicte esa resolución).

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.[479]

4.9 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 estricto, a la que viene a resolver las cuestiones planteadas en ese procedimien-

[478] 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". Principios de... II. Pág. 99.

[479] En tal sentido A. 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". "Procedimientos administrativos: finalización y ejecución", en La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Directores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón. Tecnos. Madrid, 1993. Pág. 249.

to[480]; 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 la problemática que se ventila en el procedimiento por existir motivos que lo impiden (renuncia, desistimiento, caducidad, etc.)[481].

No existiendo causa que impida dictar sobre 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*[482].

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 conocimien-

[480] 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". Finalización del... Pág. 583. Por su parte, J. 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". La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo. Bosch. Barcelona, 2000. Pág. 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)". Curso de... II. Pág. 235. VILLAR PALASÍ; VILLAR ESCURRA entienden por tal "el acto definitivo que pone fin al procedimiento, conteniendo el pronunciamiento de la Administración". Principios de... II. Pág. 142.

[481] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Pág. 503.

[482] MARTÍN MATEO: Manual de... Pág. 295.

to 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[483].

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[484].

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 indirecto de desanimar al administrado a recurrir y que sería, en consecuencia, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva[485].

[483] GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: Curso de... II. Págs. 504-505. BOQUERA OLIVER: Estudios sobre... Pág. 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". Finalización del... Pág. 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 tema 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". Principios de... II. Pág. 103.

[484] SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 103.

[485] SANTAMARÍA PASTOR: Principios de... II. Pág. 104.

LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN Y DERECHO DE LOS CIUDADANOS

I
CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Partamos de algunas definiciones. García de Enterría la ha definido la sanción administrativa como: "mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, que consiste en privarle de un bien o de un derecho, generalmente en la imposición de una obligación de pago de una multa. La administración pública persigue el castigo de los particulares que han infringido disposiciones administrativas."[486].

[486] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004). Curso de derecho administrativo, II, 9ª ed. Madrid: Civitas. Pág. 163

Bermejo Vera la ha calificado como: "una resolución administrativa de gravamen que disminuye o debilita –incluso elimina– algún espacio de la esfera jurídica de los particulares, bien porque se le priva de un derecho, bien porque se le impone un deber u obligación, siempre como consecuencia de la generación de una responsabilidad derivada de la actitud de los mismos"[487].

Carretero Pérez y Carretero Sánchez se refiere a ella como "un mal jurídico que la Administración inflinge a un administrado, responsable de una conducta reprensible antecedente"[488].

Por su parte, para Suay Rincón la sanción administrativa es la "irrogación de un mal: la sanción administrativa es, como se sabe, un acto de gravamen, un acto, por tanto, que disminuye o debilita la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho (interdicción de una determinada actividad, sanción interdictiva), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (condena al pago de una suma de dinero: sanción pecuniaria)"[489].

En opinión de Gamero Casado, la sanción administrativa consiste en "la privación, restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos del sujeto responsable de la infracción, precisamente como reacción –castigo– a la comisión de la misma"[490].

De acuerdo a estos esclarecimientos, la Administración Pública tiene atribuida por las leyes la competencia para imponer determinadas sanciones cuando se ha producido una infracción administrativa.

[487] BERMEJO VERA, José (1999). Derecho Administrativo, parte especial, 4ª ed. (p. 81). Madrid: Civitas

[488] CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo (1995). Derecho administrativo sancionador, 2ª ed. Madrid: Editoriales reunidas. Pág. 172.

[489] SUAY RINCÓN, J. Sanciones Administrativas. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España. Pág. 221.

[490] GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2005). Manual básico administrativo, 2ª ed. Madrid: Tecnos. Pág. 365.

La potestad sancionadora de la Administración es una manifestación del denominado *ius puniendi* (derecho a castigar) del Estado, como también lo es la imposición de penas por parte de los Tribunales penales cuando se cometen delitos.

II
LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL PROYECTO DE LEY

En Nicaragua, esta materia ha sido regulada de forma particular en cada norma jurídica, ya que no existe una ley que regule los principios que rigen esta materia[491].

Sin embargo, hace algunos años se elaboro el Proyecto de ley del Regimen 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.

[491] KARLOS NAVARRO. Derecho Administrativo Nicaraguense. Editorial Porrua. Mexico. 2011.

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 Capitulo I; TITULO VI, se estableció la parte concerciente a la potestad sancionadoras de las Administraciones publicas, la cual voy a presenter un panorama general del Proyecto de ley.

III
POTESTAD SANCIONADORAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, EN EL 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[492].

[492] 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

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 cómo 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[493] 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.

[493] Codigo tributario de Nicaragua. Ley No. 562, Aprobada el 28 de Octubre del 2005. Publicado en La Gaceta No. 227 del 23 de Noviembre del 2005

IV
PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

4.1 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.

4.2 Debido procedimiento

Los órganos administrativos aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

4.3 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.

4.4 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.

4.5 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.

4.6 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.

4.7 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.

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.

V
PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

5.1 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.

5.2 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.

5.3 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.

5.4 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.

VI
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.

VII
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.

VIII
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.

IX
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.

X
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.

XI
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.

XII
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.

XIII
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 formalizarán 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.

XIV
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.

XV
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.

XVI
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.

XVII
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.

Artículo 139. Audiencia

1. 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.

2. Salvo en el supuesto contemplado por el artículo 133.2 de esta Ley, 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, por el interesado de conformidad con lo previsto en el artículo 124 y en el punto 1 del artículo 136 de la presente Ley.

3. 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.

4. 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, inclui-

rán 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.

ejecutiva. 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.

ESTUDIOS SOBRE DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

LA FORMACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN NICARAGUA. UN ANÁLISIS COMPARADO CON LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA.

I
INTRODUCCIÓN

Solo desde la Historia se puede comprender el presente. Es, por ello, necesario, un detallado análisis del proceso de formación de los servicios públicos en Nicaragua, o mejor dicho, del fracaso de dicho proceso. Pues únicamente desde su comprensión se puede entender muchas de las carencias que sufre el sistema de provisión de prestaciones esenciales de este país.

En realidad, hablar de servicio público es tomar partido por una determinada tradición jurídica, la concepción propia de la Europa continental, que con raíces en el Derecho francés, ofrece un conjunto de soluciones al problema del suministro por parte de los Poderes Públicos de los servicios imprescindibles para el correcto desarrollo social. No es la única opción posible, pues hay también otras orientaciones que ofrecen una distinta respuesta a este problema, de entre las que merece la pena desta-

carse especialmente la doctrina americana de las *public utilities*.

El objetivo de este estudio no es, sin embargo, determinar las virtudes de uno u otro modelo, sino demostrar que, dadas las peculiares circunstancias históricas que acompañan el proceso de formación del sistema prestacional nicaragüense, no se consolido propiamente un modelo de provisión de servicios públicos, ni en la línea del Derecho europeo ni del americano. No faltan, obviamente, actuaciones aisladas, más o menos afortunadas, ni tampoco loables intentos de construir una red de servicios públicos homologables al de los países más avanzados, que llegó a alcanzar notables avances en los periodos de mayor desarrollo económico del país.

Sin embargo, la profunda crisis en la que cayo en los primeros años del siglo XX, acrecentada por las funestas consecuencias de la intervención americana, van a quebrar esa evolución, que se estaba produciendo ya con un retraso histórico considerable. Las consecuencias serán auténticamente trágicas, pues no sólo van a privar a Nicaragua del disfrute de una red desarrollada de servicios públicos, con todo lo que eso supone, sino que además van a impedir la consolidación de un modelo propio de servicios públicos, lo que va a provocar una errática evolución posterior, que se ver agravada por la inestabilidad política y social características de la problemática y convulsa Historia de este Estado.

Frente a ello, el modelo europeo parte de una sólida construcción conceptual, la doctrina del *service public* francesa y sus distintas variantes en otros países. La exitosa formación de esta tradición jurídica va a tener un carácter decisivo, pues va a dotar a la evolución histórica posterior de la materia de una línea de continuidad. Los cambios drásticos, incluso los producidos en los momentos más trágicos de la Historia Europea, como la Guerras Mundiales o la Guerra Civil Española, no van a impedir ese desarrollo lineal, pues van a generar simples mutaciones

de las concepciones tradicionales, que no rompen su unidad conceptual.

Hay un enorme contraste, como se verá, en el devenir histórico de la problemática del servicio público europeo y la del nicaragüense. Pues, mientras que el primero tiene un claro desarrollo lineal, con severos cambios, lógicamente, para adaptar la institución a la cambiante realidad histórica, pero siempre dentro con una idea de continuidad; el segundo se desarrolla en un marco de confusión notable, dando bruscos bandazos de una concepción a otra (no es infrecuente ver en un mismo momento histórico, servicios organizados al modo europeo y otros al modo americano), que dan en conjunto la sensación de un mero agregado de soluciones jurídicas, carentes del más mínimo criterio común.

II
LA DIMENSIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO

El servicio público puede presumir como pocas instituciones jurídicas de ser una realidad histórica. Factor que no proviene de su antigüedad, pues a diferencia de otras figuras legales como el contrato, cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, la que nos ocupa tuvo su génesis en tiempos relativamente recientes (desde la interpretación más generosa posible se le podría dar como mucho una edad de aproximadamente un siglo y medio).

El verdadero elemento del que procede su dimensión histórica es su estrecha relación con el contexto social, político y económico en el que opera. Ello ha hecho que el servicio público no sea una realidad única o uniforme, sino una figura plural, que varía con el contexto histórico y resulta, en consecuencia, difícilmente definible.

No hay, verdaderamente, un concepto del servicio público, sino una infinidad de ellos. Hay quien ha dicho que hay tantas concepciones del servicio público como autores se han ocupado del tema[494], nosotros diríamos más bien que hay tantas concepciones de servicio público, como formas de concebir la Sociedad y el papel del Estado.

El servicio público es el instrumento a través del cual los poderes públicos se aseguran de que llegan a los ciudadanos y a la Sociedad en su conjunto las prestaciones o servicios imprescindibles para su correcto desenvolvimiento. Esto supone que su concreta configuración va a depender de dos variables, que comportan además un margen importante de discrecionalidad política: la determinación de que servicios son imprescindibles y la fijación de las condiciones mínimas en las que es exigible que lleguen a los ciudadanos.

De esta forma, nuestra institución se inserta de lleno en el proceso político[495], con todo lo que ello implica. JEZE, uno de sus padres creadores, decía que cada generación tiene derecho a definir su propio sistema de servicios públicos[496]. Afirmación difícilmente discutible, pues dada la importancia que va a tener en las condiciones de vida del ciudadano y en el nivel de desarrollo de cada Sociedad, se convierte en una de las decisiones políticas básicas, sobre la que la ciudadanía debe poder decidir.

Como consecuencia de lo anterior, el servicio público ha sido objeto de mutaciones drásticas cuando se han producido transformaciones relevantes en la forma de concebir el Estado, dando lugar a sus celebres <<crisis>>, desde las que algunos postularon su defunción. En realidad, dichas crisis no eran más que la

[494] ALESSI, R.: I mezzi dell'azione amministrativa. Zanichelli Editore. Bolonia, 1957. Pág. 25.
[495] VILLAR EZCURRA, J. L.: Derecho Administrativo Especial. Civitas. Madrid, 1999. Pág. 179.
[496] JEZÉ, G.: Principios Generales del Derecho Administrativo. Traducción de la tercera edición francesa (1930), realizada por J. N. San Millán Almagro. Editorial Depalma, 1949. Vol. III. Pág. 8.

muestra más evidente de que el servicio público es una realidad histórica, un elemento que es en cada momento propio de su tiempo, y que fuera de él pierde su sentido, haciéndose precisa su revisión[497].

El examen de su evolución histórica viene marcado, por todo lo dicho, por la evolución del Estado. Por lo que tendremos que distinguir en nuestro análisis tres grandes partes, que vienen fijadas, a su vez, por los grandes cambios vividos por éste: la primera etapa, en la que el servicio público hace su aparición, es la del Estado Liberal de Derecho; una segunda etapa, de la de su definitiva consolidación, viene unida a la construcción del Estado Social, y, por último; una tercera etapa, en la que nos encontramos, de crisis y redefinición, viene condicionada por la crisis del Estado Social y la consolidación de lo que algunos han llamado Estado Regulador.

Ciertamente este esquema encuentra series disfunciones si se desciende a las características concretas que ha asumido en cada concreto país. Hay, como es sabido, una notable distancia entre la evolución histórica experimentada por Francia, España o Italia, por poner algún ejemplo. Diferencias que, obviamente, tienen sus consecuencias en el régimen jurídico de los servicios públicos. Pero no interesa a un estudio como el nuestro un examen tan pormenorizado, pues la línea de investigación propuesta nos va a proporcionar unas conclusiones lo suficientemente representativas, con la ventaja, además, de una mayor claridad, que facilitará notablemente el contraste con la situación nicaragüense.

[497] Como apunta J. C. CASSAGNE, la historia del servicio público "demuestra que 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 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. Pág. 446.

III
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SERVICIO PÚBLICO EN EUROPA

3.1 El servicio público y el Estado liberal

Presupuesto imprescindible para la existencia de servicio público es la existencia de una intensa intervención del Estado en la vida social. Ese contexto aparece por primera vez, aunque a primera vista pueda parecer contradictorio, con la consolidación del Estado Liberal de Derecho.

Es de sobra conocida la ideología abstencionista que inspiraba este modelo de Estado, construido desde un enconado rechazo a la intervención de los poderes públicos en la vida económica, y desde una confianza casi ilimitada en la bondad de la competencia y del mercado.

Sin embargo, este dato nos conduciría a conclusiones erróneas en la materia que nos ocupa si no se tuviera en cuenta otro factor: el pensamiento liberal parte de una radical separación entre Derecho público y Derecho privado[498], expresión de una no menor escisión entre el Estado y la Sociedad Civil[499]. Desde esta consideración el Estado queda al margen de los intercambios y las relaciones económicas privadas, que se rigen, conducidos por la mano invisible del mercado, por sí mismos.

Cosa distinta ocurre fuera de ese mundo privado, en la vida pública. En este ámbito la exigencias de la burguesía liberal demandan la consolidación de un Estado fuerte, de una potencia

[498] GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S.: El Derecho administrativo privado. Montecorvo. Madrid, 1996. Pág. 344.
[499] ALONSO UREBA, A.: La empresa pública. Montecorvo. Madrid, 1985. Págs. 57-58.

y entidad impensable, en realidad, en tiempos anteriores[500], que responde a distintos objetivos según el momento.

En una primera etapa, para reducir y eliminar los últimos residuos de la Sociedad agraria y estamental, propia del Antiguo Régimen, sustituyéndolos por una de nuevo cuño, comercial e industrial, en la que la posición en la escala social viene marcada por el dinero, y no por la cuna y la propiedad de la tierra.

En momentos posteriores, una vez que la burguesía ha consolidado definitivamente su triunfo social, fusionándose en gran medida con las clases dirigentes de momentos históricos anteriores, y desde posiciones ya netamente conservadoras, en el sentido más estricto del término, para reprimir los cada vez más relevantes y molestos movimientos sociales y sindicales.

No es ciertamente ésta una etapa de gran expansión de los servicios públicos, que impide, obviamente, la ideología abstencionista imperante, pero si se produce, sin embargo, la definitiva consolidación de algunos de los más significativos e importantes servicios públicos, que por diversos motivos se hacen imprescindibles a la clase burguesa.

Un primer bloque de servicios públicos que se consolidan en este momento son los grandes servicios económicos (ferrocarril, telégrafo, correo, etc.), cuya aparición viene impuesta por dos grandes razones. Por un lado, porque son imprescindibles para la construcción de la Sociedad industrial y comercial con la que soñaban los liberales burgueses: sin transportes, sin comunicaciones, evidentemente no hay desarrollo de los intercambios económicos a gran escala.

[500] FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: La formación histórica de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. (1845-1868). Civitas. Madrid, 1998. Págs. 56-77.

Pero su constitución en este momento no puede entenderse sin la concurrencia de otro factor decisivo: son servicios en los que se produce un indiscutible fallo de mercado, esto es, el mercado no ofrece una solución satisfactoria para los mismos. Pues el interés público, como acabamos de ver, demanda su existencia, pero el empresario privado no está interesado en prestarlos. Sólo queda, entonces una solución, el Estado debe asumir la responsabilidad de potenciar las condiciones que permitan su creación.

El propio ADAM SMITH, padre teórico del liberalismo económico, acoge expresamente esta tesís, al señalar que el Estado tan sólo tiene tres deberes que cumplir, primero, "el deber de proteger a la sociedad de la violencia e invasión de otras sociedades independientes. Segundo, el deber de proteger, en cuanto sea posible, a cada miembro de la sociedad frente a la injusticia y opresión de cualquier otro miembro de la misma, o el deber de establecer una exacta administración de la justicia. Y tercero, el deber de edificar y mantener ciertas obras públicas y ciertas instituciones públicas que jamás será del interés de ningún individuo o pequeño número de individuos el edificar y mantener, puesto que el beneficio nunca podría reponer el coste que representarían para una persona o un reducido número de personas, aunque frecuentemente lo reponen con creces para una gran sociedad"[501].

Esa intervención estatal sigue pautada, por supuesto, a los dogmas abstencionistas propios del momento, y trata de limitarse al mínimo posible, lo que determina la utilización de un delicado y hábil instrumento jurídico, la concesión, mediante la que el Estado se hace titular y responsable último de estos servicios, pero abandonando su gestión económica a empresarios particulares.

[501] SMITH, A.: La riqueza de las naciones. Traducción de C. Rodríguez Braun. Alianza. Madrid, 1994. Pág. 660. Este texto hace que H. LAUFENBURGER formule la siguiente pregunta: "¿No queda esbozada así, en toda su complejidad infinita, la noción del servicio público por el fundador o precursor del liberalismo?. Intervención del Estado en la vida económica. Segunda edición en español, traducida de la primera edición francesa de 1939 por Gabriel Franco. Fondo de Cultura económica. México, 1945. Pág. 28.

El segundo bloque de servicios públicos que nacen en este momento como tales, son los servicios sociales básicos (educación, sanidad y beneficencia). En este caso su aparición es un simple resultado indirecto, en buena medida no querido, del fortalecimiento del poder estatal.

Como ya habíamos visto, el Estado Liberal requiere de un Estado fuerte, que liquidara la estructura estamental de poder del Antiguo Régimen. Para ello, era preciso eliminar el poder de los grupos intermedios que se situaban entre el Estado y la Sociedad Civil, particularmente la Iglesia. La realización práctica de este propósito va a destruir y hacer desaparecer el viejo aparato asistencial, fundamentalmente eclesiástico, y el individuo se queda sólo frente al Estado, acentuándose su dependencia respecto al mismo.

Con ello, se ha generado un vacío de poder que el Estado se ve obligado a llenar, asumiendo las actividades educativas, sanitarias y benéficas antes desarrolladas por otros sujetos[502]. En algunos casos, de forma muy deficiente, empeorando notablemente la situación de las clases más desfavorecidas.

Factor al que se une en el caso del servicio educativo la necesidad de controlar ideológicamente dicha actividad que, en cuanto decisiva para la formación de la mentalidad y modo de pensar, se hace preciso arrebatar a la iglesia, a fin formar al nuevo ciudadano en los nuevos postulados políticos sobre los que se construye el nuevo orden social.

Se puede decir que la problemática de los servicios públicos arranca del siglo XIX[503]. Si bien este arranque se produce exclu-

[502] VILLAR PALASÍ, J. L.: "Concesiones administrativas", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix. Pág. 690.

[503] LÓPEZ PELLICER, A.: Lecciones de Derecho administrativo II. Murcia, 1989. Págs. 131-132.

sivamente en el mundo de los hechos, en cuanto existen actividades que se organizan como lo que hoy llamaríamos servicios públicos, pero falta una auténtica construcción teórica de los mismos[504]. Ciertamente es posible encontrar por todas partes referencias a dicho término, de muy profusa utilización, pero sin que se asocie a ellas un significado técnico preciso[505]. Hay que esperar aun algún tiempo para ver que a este término se le asocie un significado preciso.

Es concretamente a principios del siglo XX, en Francia, cuando el servicio público se convierte en teoría[506], por la confluencia de tres de las mayores manifestaciones del genio jurídico que ha visto el Derecho Administrativo. Por un lado, la ingente obra de M. HAURIOU[507], decano de la Escuela de Toulouse; por otro, la no menos valiosa aportación de la Escuela de Burdeos, encabezada por dos insignes nombres del Derecho, DUGUIT[508] y JEZE[509]; y entre ambos, con una labor oscura, pero decisiva, la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado.

[504] ROLDÁN MARTÍN, A.: "Los nuevos contornos del servicio público", en Derecho administrativo económico. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000. Págs. 20-21.

[505] 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.

[506] AUBY, J. M.; DUCOS-ADER, R.: Grands services publics et entreprises nationales I. PUF. París, 1969. Págs. 13-14.

[507] La obra de M. HAURIOU presenta una cierta complejidad, pues a lo largo de su extensa producción científica es frecuente encontrar notables cambios y rectificaciones, muy expresivos del temperamento inconformista de su autor, siempre preocupado por perfeccionar sus tesis. Es, por ello, conveniente para su correcto conocimiento leer las distintas ediciones de sus Précis de Droit administratif et de Droit public general. Muy útil, y con la ventaja de estar traducida al español, es la excelente recopilación de su obra, traducida por J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado: Obra escogida. Madrid, IEA, 1976.

[508] La obra cumbre de L. DUGUIT, donde aparecen recogidas todas sus grandes teorías es Traité de Droit Constitutionnel. Tercera edición, 1927. También representativa de su obra, y traducida al español, Las transformaciones del Derecho público y privado. Traducida por A. G. Posada y de Ramón Jaén y C. G. Posada. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1975.

[509] La obra clave de JÈZE son los Principios Generales..., antes citados. También se puede consultar, Cours de Droit public. Marcel Girard, París, 1926.

Todos ellos van a construir una tesis por la que se resquebrajan los postulados teóricos del Estado liberal. Esta primera versión doctrinal del servicio público actúa como un puente entre este modelo de Estado y el naciente Estado Social. A medio camino entre ambos asumirá en muchos aspectos una ideología progresista, y en ocasiones incluso netamente social, evidente sobre todo en la obra de DUGUIT[510]; pero sigue operando desde la estructura ideológica liberal, marcada por la existencia de una neta separación entre Derecho público y Derecho privado[511], elemento que acabará provocando su crisis y transformación.

Sus mayores logros son, sin duda, por un lado, el haber introducido la actividad de gestión o prestación en el campo de la actividad administrativa propiamente dicha, haciendo uso a tales efectos de los privilegios de poder público. Superando de esta manera la vieja distinción entre actos de autoridad y de gestión, en virtud de la cual la Administración actuaba como poder público, y por lo tanto con los privilegios propios de dicha autoridad, sólo cuando desarrolla las funciones regalianas (actividad fiscal, defensa y orden pública), lo que dejaba al margen de dichos poderes a los servicios públicos.

Por otro lado, a través de ella se opera la transformación del Estado de un simple instrumento de poder y dominación hacia una herramienta al servicio de los ciudadanos, que deja de justificarse por tanto en cualesquiera argumentos de autoridad, para legitimarse únicamente por las finalidades que por su acción persigue, en definitiva, por su labor de servicio al público[512].

[510] La influencia de este elemento social, construido sobre la idea de solidaridad social sigue siendo fuente de inspiración en el momento presente. Véase en ese sentido, la llamada de L. MARTÍN REBOLLO, a la obra de Duguit, no como una vuelta a las viejas técnicas del servicio público tradicional, sino "a la idea larvada que en ellas se albergaba, que no es otra que la idea de solidaridad social plasmada en el Estado que debe asumir las necesidades e intereses colectivos". "De nuevo sobre el servicio público: planteamiento ideológico y funcionalidad técnica", en Revista de Administración Pública 100-102, enero-diciembre de 1983. Págs. 2496-2502.

[511] DE LAUBADÈRE, A.: Manuel du Droit administratif. París. LGDJ. Tercera edición, 1951. Págs. 29-30.

[512] CHEVALLIER, J.: Le service public. PUF. París, 1987. Pág. 15.

De la confluencia de ambos factores nace una nueva manera de concebir el Poder Público, que deja de ser una autoridad que manda, para convertirse en un mero instrumento al servicio del ciudadano, cuya satisfacción y defensa es la única justificación de su existencia.

Su mayor error fue no superar la vieja distinción entre Derecho público y Derecho privado[513], y una cierta fe ciega, en algunos casos, en la bondad de los procedimientos de Derecho público. Para la doctrina clásica francesa, la existencia en determinadas actividades de un interés público especialmente intenso debe provocar que se sujeten éstas a un régimen público, y sean servidos por un sujeto público. De esta manera el servicio público viene caracterizado por tres factores: interés público, régimen o procedimiento de servicio público y sujeto público, elementos que consideran indisociablemente unido.

El paso del tiempo, sin embargo, mostrara el error de este planteamiento, a medida que se extiende la intervención pública en la vida social y económica, alcanzando a actividades muy diversas, algunas de clara naturaleza económica, se hará evidente que el Derecho público no siempre es la vía más adecuada para realizar esa intervención. Haciéndose frecuente, por ello, el recurso al Derecho privado, y a la gestión mediante sujetos privados, para la prestación de servicios públicos, lo que supone el derrumbamiento de la doctrina tradicional acuñada por la Escuela de Burdeos y HAURIOU[514], es el momento en que se produce la celebre "crisis del servicio público"[515].

[513] RIVERO, J.: "Hauriou et l'avènement de la notion de service public", en L'evolution du Droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre. Sirey, 1956. Págs. 43-46.

[514] CHENOT, B.: "La notion de service public dans la jurisprudence économique de Conseil d'Etat", en Etudes et Documments 1950. Págs. 78-81.

[515] La obra cumbre al respecto es, sin duda, DE CORAIL, J. L.: La crise de la notion juridique de service publique en Droit administratif français. París. LGDJ, 1954.

3.2 El servicio público y el Estado Social

Como acabamos de ver, la consolidación del Estado Social y la multiplicación de la actividad de los poderes públicos que traerá consigo va a acabar con la separación entre Derecho Público y Derecho Privado propia del Estado liberal[516], y, con ello, va a cuestionar severamente la tesis tradicional del servicio público. En un primer momento, la doctrina quiso ver en esa crisis la muerte del servicio público, que deja de ser considerada como la noción central del Derecho Administrativo, auténtica piedra angular de la que se derivan todas las teorías administrativas, para pasar a ser una noción confusa a la que se le niega incluso toda validez jurídica[517].

Tan radical juicio proviene del error de confundir lo que era la simple superación de una versión del servicio público, que el tiempo había dejado anticuada, con la propia validez de una noción a la que aún le quedaba mucho que decir. No habrá que esperar demasiado, sin embargo, para que ese planteamiento comenzase a ser superado, pues muy pronto, empezaron a oírse voces que le devolvieron su papel central, si bien, obviamente, remozada y renovada, de acuerdo a lo que exigían los nuevos tiempos[518].

[516] Como señala Á. SÁNCHEZ BLANCO, la "intervención pública en la economía ha provocado la ruptura de la formulación liberal, que creó su propio Derecho mediante la técnica de mercantilizar el Derecho privado, y que pretendió reducir el Derecho estatal a la condición de supletorio y dispositivo, con reconocimiento de la primacía de las reglas convencionales emanadas de la autonomía privada". El sistema económico de la Constitución española. Civitas. Madrid, 1992. Pág. 33.

[517] WALINE, M.: Droit administratif. Sirey. París, 1959. Págs. 71-72.

[518] Dos obras centrales deben ser destacadas al respecto. LATOURNERIE, R.: "Sur un Lazare juridique: bulletin de santé de la notion de service public; agonie, convalescence ou jouvence", en Études et Documents 1960. Págs. 76-143. DE LAUBADÉRE, A.: "Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français", publicado originariamente en Actualité Juridique. Droit Administratif 1961, nosotros citamos por la reproducción de este mismo artículo en Pages de doctrine Vol. II. LGDJ, 1980. Págs. 220-235.

Esta nueva concepción de nuestra institución se separa de la anterior por dos grandes notas. En primer lugar, el servicio público ya no comprende la globalidad de la actividad administrativa, como se había pretendido en el periodo anterior. La tesis que entendía que el servicio público comprendía la totalidad de la acción administrativa no fue nunca totalmente aceptada, pues siempre hubo autores que la cuestionaron[519]. El representante más ilustre de esta corriente crítica es, sin duda, HAURIOU, que frente a la visión monista que impone la tesis amplia del servicio público, defendió la existencia de una dualidad en la acción administrativa, en la que el servicio público, esto es, la actividad de gestión, convive con el poder público, esto es, la actividad de autoridad.

A pesar de estas críticas, no obstante, a partir del celebre *Arrêt Blanco*[520], o más bien, a partir de la interpretación que del mismo hicieron los miembros de la Escuela de Burdeos, se impuso en líneas generales la consideración del servicio público como llave maestra que fijaba el ámbito de la administrativo.

Dicha concepción, cuestionable ya en el momento de su vigencia, era claramente insostenible en el marco fijado por el Estado Social. Con la consolidación de este modelo de Estado, se impone una visión del Poder Público como principal garante del buen funcionamiento de las relaciones sociales que, en consecuencia, debe desarrollar una decidida intervención en todos los aspectos de la vida social[521], lo que exige, entre otras cosas, la no existencia de límites a su modo de intervención.

[519] Así, por ejemplo, BERTHÉLEMY, H.: "Défense de quelques vieux principes", en Melanges Maurice Hauriou. Sirey. 1929. Pág. 818.

[520] Arrêt del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, Blanco.

[521] 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.

Esta mutación supone una profunda ruptura de las tesis tradicionales, pues no se trata tan sólo de reconocer la dualidad puesta de manifiesto por el Maestro de Toulouse, sino de una fractura mucho mayor. Pues, ahora, junto al Estado gestor, que desarrolla la actividad de servicio público, y al Estado autoridad pública, que desarrolla la actividad de poder público, aparece también el Estado empresario, que erige y gestiona empresas públicas, y el Estado promotor, que realiza la actividad de fomento.

En definitiva, se consolida un tipo de Estado que no admite limitaciones a su modo de actuación, y cuya actividad no encuentra, en consecuencia cabida en una interpretación amplia del servicio público.

Como consecuencia de ello el servicio público ya no puede ser esa vieja noción totalizadora, comprensiva del conjunto de la actividad administrativa, sino tan sólo una forma más de actuación administrativa.

La segunda nota, que encuentra su razón de ser en las mismas razones que la anterior, es que el servicio público ya no puede regirse en todo caso por el Derecho administrativo y ser prestado por un sujeto público, sino que en ocasiones va a estar sujeto al Derecho privado, en su totalidad o en parte, y puede que quien lo preste no sea una Administración pública, sino una persona privada.

Debe tenerse presente que la tan aireada crisis del servicio público fue sólo una crisis teórica, un cuestionamiento de las notas tradicionales en las que se había asentado esta noción, pero no una crisis fáctica, pues, en realidad, el desarrollo del Estado Social trajo consigo una multiplicación, en número y en variedad, de los servicios públicos.

Esa multiplicación va a determinar que el Derecho administrativo no sea siempre la forma más adecuada de prestarlos, pues

en ocasiones se trata de actividades de naturaleza económica (servicios industriales y comerciales), con los que el régimen administrativo, excesivamente rígido para tales fines, no casa demasiado.

Ahora bien, estas transformaciones van a dificultar notablemente la definición de nuestra institución, que se ve privada de dos de sus notas más características (la sujeción a un régimen de Derecho administrativo y su realización por un sujeto público). De esta forma, de las notas definitorias clásicas sólo pervive su vinculación con el interés general, elemento insuficiente, pues toda actividad pública, por definición, se realiza en atención a una finalidad pública[522].

Se hace preciso, entonces, fijar nuevos criterios que doten al servicio público de una identidad propia, que permita su diferenciación respecto a las demás actividades administrativas. Con carácter general, se encuentra ese criterio en la existencia de una especial vinculación con la Administración. Tesis que, como puede verse, deja un margen importante de imprecisión, pues no es fácil determinar cuando ese vínculo es lo suficientemente intenso, como para que se pueda hablar de servicio público.

Merece la pena destacar en tal sentido, la teoría española de la *publicatio*. Esta doctrina considera que una actividad es servicio público cuando su titularidad es asumida por los poderes públicos, generando un monopolio *de iure*, esto es, sólo la Administración tiene un derecho originario a desarrollarla, lo que supone que, en principio, esa actividad está vedada a los sujetos privados, que sólo podrán llevarla a cabo si los Poderes Públicos le confieren deciden encomendarle su gestión a través de un acto for-

[522] Como señala G. VEDEL, "se hacía extremadamente difícil decir dónde comenzaba y dónde terminaba el concepto de servicio público, ya que toda actividad de interés general, incluso estando confiada a particulares, podía ser un servicio público, cuando la Administración ejercía sobre ella un control más o menos directo o le aportaba una subvención". Derecho Administrativo. Traducción de la sexta edición francesa (1976) de J. Rincón Jurado. Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 72.

mal (concesión), sin que esto le atribuya un derecho propio a su realización, pues tan sólo les atribuye la facultad de gestionar un servicio que sigue perteneciendo a la Administración.

Esta tesis siempre encontró obstáculos insuperables. Particularmente nunca pudo explicar la existencia de servicios sociales, como la educación, que no constituía monopolios de *iure*, pues los sujetos privados tenían un derecho originario a desarrollarla, lo que determinaba la existencia, junto a la actividad de servicio público, una actividad privada concurrente (en el caso de la enseñanza, junto al sistema público de enseñanza, convivían centros privados de enseñanza, que no se integraban en ésta).

A pesar de ello, probablemente porque ofrecía una notable seguridad jurídica, en cuanto hacía fácilmente identificable cuando una actividad era servicio público, esta tesis se impuso, con carácter general, hasta tiempos muy recientes[523]. Siendo cuestionado tan sólo de forma muy marginal[524].

3.3 Las nuevas coordenadas del servicio público: privatización, liberalización y desregulación[525].

A partir de los años 70, como es sabido, se va a desencadenar una gran crisis económica que pone en cuestión las formas de actuación propias del Estado Social o de Bienestar[526]. Esta ma-

[523] Véase, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La actividad industrial y mercantil de los municipios", en Revista de Administración Pública 17, mayo-agosto de 1955. Págs. 116-119. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: "Aspectos de la Administración Económica", en Revista de Administración Pública 12, septiembre-diciembre de 1953. Págs. 11-22.

[524] Una postura en contra de la definición de la idea de servicio público desde el concepto de publicatio. DE LA CUETARA, J. M.: La actividad de la Administración. Tecnos. Madrid, 1983. Págs. 134-135.

[525] A este tema se ha referido uno de nosotros con mayor detalle en los libros: SENDÍN GARCÍA, M. A.: Hacía un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. SENDÍN GARCÍA, M. A.: Regulación y servicio público. Comares. Granada, 2003.

[526] GARCÍA COTARELO, R.: "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", en Derecho y economía en el Estado Social. Editores: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera. Tecnos. Madrid, 1988. Pág. 26.

nera de concebir el Estado entra, con ello, en crisis y, como ya sabemos, esto trae siempre consigo una crisis de la noción de servicio público que le acompaña. De nuevo, como en etapas históricas anteriores, hubo quien vio en este proceso la desaparición definitiva de nuestra institución[527]. Sin embargo, el tiempo se ha encargado de negar la certeza de este juicio, y hoy es lugar común la consideración de que el servicio público sigue gozando de buena salud, si bien de nuevo sometido a una profunda revisión que lo ha adaptado a los nuevos tiempos[528].

Los motivos de esta crisis del Estado Social son diversos, pero se pueden señalar fundamentalmente los siguientes: el abultado tamaño del sector público, que amenaza con desbordar su capacidad; las frecuentes criticas a la eficacia de su actuación, que se considera demasiado costosa y de poca calidad; y la imposición de una ideología favorable al mercado y a la competencia.

El resultado final es una profunda crítica que, sin cuestionar sus fines, pone en duda la adecuación de los medios y procedimientos de actuación propios de este modelo de Estado[529], y se postula la puesta en marcha de un proceso de desregulación, liberalización y privatización que reduzca la intervención pública directa, y devuelva a la empresa privada y el mercado, presuntamente más eficientes, cuando sea posible, la realización de un amplio catalogo de cometidos hasta ahora desarrollados por los poderes públicos[530].

[527] MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: "La nueva regulación económica en España", en la obra colectiva El nuevo servicio público. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 209.

[528] MUÑOZ MACHADO, S.: Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Civitas. Madrid, 2004. Págs. 1130 y sigs.

[529] SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: "Garantías Jurídico-Públicas y Estado Regulador: reflexiones al hilo de las últimas medidas de liberalización económica", en Persona y Estado en el umbral del siglo XXI. Málaga, 2001. Pág. 806.

[530] En tal sentido, señala G. ROTH que los Estados se encuentran desbordados por la amplia gama de actividades que desarrollan, y postula la devolución de éstas a los sujetos privados, concentrándose el Estado en aquellas funciones que sólo él puede desarrollar. The private provisión of public services. Oxford University Press, 1987. Pág. 5.

El efecto fundamental de este proceso va a ser una notable disminución de la prestación de servicios y realización de actividades económicas por parte del Estado, que cede esas labores a los sujetos privados, y asume ahora la posición de un regulador, que controla y dirige la actividad económica y la prestación de los servicios públicos, desde fuera, sin implicarse en su prestación directa.

Esta nueva concepción de la intervención pública supone también una notable transformación en la forma de concebir los servicios públicos. Al igual que ocurre con la idea de Estado Social, nadie cuestiona sus fines, de tal forma que su prestación a todos los ciudadanos sigue siendo concebida como una finalidad irrenunciable, pero si que se cuestiona de forma severa sus medios[531].

De esta forma, en línea con los postulados ideológicos imperantes, se consolida un sistema de servicios públicos que actúe desde el mercado y la iniciativa privada, dejando al sector público el papel de regulador.

Esto ha llevado a que algunos de los más importantes y tradicionales servicios públicos (suministro de energía eléctrica, correo, telecomunicaciones, etc.), tradicionalmente configurados como monopolios públicos, que el Estado gestionaba directamente o a través de un empresario privado que actuaba como concesionario, esto es, como simple gestor de un monopolio público; pasa a convertirse en mercados en los que actúan en un régimen competitivo empresarios, bien públicos o privados, pero que actúan en todo caso como un empresario privado, en persecución de beneficios económicos[532].

[531] DE LA QUADRA SALCEDO, T.: "Constitución y modelo económico liberalizador", en Cuadernos de Derecho Público 9, enero-abril de 2000. Págs. 40-41.

[532] De tal forma que, como señala M. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, "la idea de monopolio publico se aleja en cierto modo de nuestro concepto. No quiere esto decir que se produzca su completa desaparición del campo de los servicios públicos. Pero cabe decir que ha perdido su papel protagonista. 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". "Prologo", al libro de M. A. Sendín García: Hacía un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. Pág. XXI.

Esto no supone que el Estado renuncie a su intervención sobre estos sectores, pero lo hace por una vía diferente: es ahora un simple regulador que vigila y controla esos mercados para asegurarse que operan conforme a las exigencias del interés público[533]. Esa intervención se traduce, además, en lo esencial, en lograr que exista en esos mercados auténtica competencia, que se entiende será la mejor forma de asegurar una correcta satisfacción de los intereses generales[534]. Sólo cuando la competencia no es posible, o no permite una optima prestación del servicio público, se produce la imposición a los empresarios privados de obligaciones puntuales de servicio público.

Pero nótese que en estos supuestos ya no es posible una calificación global de la actividad como servicio público, sino que tan sólo se consideran como tal algunas prestaciones[535]. Generándose, por tanto, mercados en los que conviven prestaciones que tienen el carácter de servicio público, con otras que desarrolla en régimen de libertad de empresa la iniciativa privada.

De esta forma se ha producido una radical transformación del servicio público del Estado Social, caracterizado fundamentalmente por su carácter monopolístico y por la intervención pública directa; en una nuevo servicio público, caracterizado por ser prestado en mercados en parte competitivos, sometidos tan sólo a obligaciones puntuales de servicio público y prestado por empresarios que actúan en persecución de un simple interés económico.

[533] CASSESE, S.: La nuova constituzione economica. Laterza. Roma, segunda reimpresión de la segunda edición, 2001. Pág. 90. DE LA CRUZ FERRER, J.: La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico (Con la colaboración de Eva Pérez Fernández). Marcial Pons. Madrid, 1999. Pág. 119.

[534] MORELL OCAÑA, L.: "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos 50 años", en Revista de Administración Pública 150, septiembre-diciembre de 1999. Págs. 380-381.

[535] JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994), en Revista Española de Derecho Administrativo 84, 1995. Pág. 594.

IV
LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE SERVICIOS PÚBLICOS NICARAGÜENSE

El 24 de junio de 1823 se instauró la Asamblea Nacional Constituyente, en la ciudad de Guatemala[536]. Una de las primeras medidas de los diputados fue declarar la anexión a México como "hecho violento y tiránico", siendo ésta anulada de hecho y de derecho. El 1 de julio de 1823 fue proclamada la independencia general y absoluta de España y de México, y se escogió el nombre de Provincias Unidas del Centro de América[537]. Las dos tareas eran difíciles. Ninguna de las cinco provincias había organizado su gobierno y pasarían por lo menos tres años hasta que promulgaran sus respectivas constituciones[538].

Hay que esperar al 22 de noviembre de 1824 para que se apruebe la Constitución de la República Federal de Centroamérica, calco imperfecto de la Constitución de Estados Unidos[539], y fru-

[536] Escribe CHAMORRO ZELALA: "Once meses antes de su promulgación, el poder Ejecutivo Provincial había publicado las bases de la Constitución Federal, la cual –según el presagiaba-... la creación de nuevo ordena social, los más análogos a las luces y los deseos y disposición actual de las provincias unidas de centroamérica". Historia de la Federación de la América Central. (1823-1840). Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1951. Pág. 67. La Asamblea Nacional Constituyente emitió 137 Decretos, 11186 Ordenes y más de 748 Actas. ALVÁREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid. España, 1958. Págs. 80 y 81.

[537] En el Decreto de independencia de la Asamblea Constituyente de 1 de julio de 1823, se lee: 1. Que las expresadas provincias, representadas en esta Asamblea, son libres e independientes de la antigua España, de México y de cualquier otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo, y que no son ni deben ser el patrimonio de persona ni de familia alguna. 2. Que en consecuencia, son y forman nación soberana, con derecho y aptitud de ejercer y celebrar cuantos actos, contratos y funciones ejercen y celebraren los otros pueblos libres de la tierra. 3. Que las provincias sobredichas, representadas en esta Asamblea (y las demás que espontáneamente se agreguen de las que componían el antiguo reino de Guatemala), se llamarán por ahora, y sin perjuicio de lo que se resuelva en la Constitución que ha de formarse, "Provincias Unidas del Centro de América". ALVÁREZ LEJARZA: Las Constituciones... Pág. 317.

[538] ESGUEVA, A.: Conflicto y paz en la historia de Nicaragua. Taller de Historia. Núm. 7. IHCA. Managua, Nicaragua, 1977.

[539] VALLE, R. H.:Historia de las ideas Contemporáneas en Centroamérica. Fondo de Cultura Económica. México. Primera edición, 1960. Pág. 265.

to de influencias diversas que van desde el enciclopedismo francés al Constitucionalismo ingles, pasando pro el propio liberalismo español[540]. En ellas se fusionan ideas ilustradas con otras procedentes de la tradición colonial centroamericana, como la preservación constitucional de la religión católica. A pesar de lo cual, se puede afirmar que se construye sobre la base del liberalismo ilustrado.

El resultado final de este proceso constitucional será la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado, del mercado incipiente centroamericano.

Este nuevo orden de cosas que da garantizado por una Constitución fundada en los principios de legalidad y división de poderes; el respeto de la propiedad, la libertad de comercio e industria y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejercito y la policía. Sistema que responde, por tanto, al ideario ilustrado y liberal. El correo queda a cargo del Congreso de la República y no se hacía referencia a los municipios.

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano, con algunas mínimas variantes, se reducía a la defensa nacional, el 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 a la fuerza pública (ejercito, policía), lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y a asegurar la preservación de la libertad.

[540] GARCÍA BOSCH, C.: Las ideologías europeístas.

En términos similares se pronunciará, poco más tarde, la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826. En ella se establece: "Para dar la ley fundamental, que asegure la felicidad y prosperidad del Estado, que consiste en el perfecto goce de los derechos del hombre y del ciudadano, que son: la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad". En el preámbulo de la Constitución de 12 de noviembre de 1838, primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez fracasada la Federación), se eliminan los conceptos de libertad, seguridad e igualdad y solamente se hace mención a una mejor felicidad y prosperidad.

El 11 de mayo de 1835 se dicta el primer reglamento para el gobierno interior de los departamentos. En este reglamento se establece que los municipios estarán a cargo de la construcción y composición de calles y caminos (art. 39), creación de rastro público (art. 40), prevención de enfermedades y epidemias (art. 43), cuidado y limpieza de las fuentes y lavaderos públicos (art. 45), construcción y conservación de caminos rurales y ornato (art. 46), cuidado y mejora de todas las escuelas de primeras letras y demás establecimientos de educación (art. 50) y seguridad y orden público (art. 52). Las competencias de los municipios, como puede verse, no diferían de las contempladas en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta ley estará en vigor 63 años (hasta 1893).

De este modo, se instaura una Constitución inspirada en el modelo liberal norteamericano, en donde el poder se estructura a partir del mercado, y éste, a su vez, posibilita y articula política y socialmente las distintas estrategias de acumulación capitalista y, por otro, tenemos una ley municipal que sigue esencialmente el modelo español. Esta superposición de estructuras evidenciaba una débil legitimidad de las instituciones liberales, la vulnerabilidad económica, la tendencia a la concentración de la riqueza y el aumento de la pobreza y la marginalidad.

Después de la independencia de España, y una vez promulgada la Constitución Federal, Centroamérica cae en un Estado de anarquía política y social[541]. Resultando imposible improvisar una nueva burocracia, especialmente por el gran número de analfabetos y el reducido contingente de personas capacitadas para esos cargos.

En su intento por organizar el Estado Centroamericano, las élites asumieron la corriente ideológica de la ilustración europea, negándose las creencias y tradiciones. Todo ello provoco que la mayor parte de la población del país, dividida en indios y mestizos, no mostrara interés por la construcción de un Estado-Nación, que se estaba realizando desde el modelo europeo y estadounidense.

Si a ello se suma la falta de un mercado interno[542], el carácter monoexportador de la economía, la existencia de múltiples centros de poder local, el entrecruzamiento de la Iglesia y el Estado en la Administración estatal, y la carencia de una aparato estatal que tuviera poder y consenso para hacer efectivas las leyes, podemos fácilmente concluir que el esfuerzo liberal de organizar la vida política e institucional en la región centroamericana conforme patrones institucionales y económicos distintos a los heredadso por la colonia fue un fracaso.

Todo ello hacía, como el lector ya habrá sin duda deducido, imposible el establecimiento y articulación de un sistema de servicios públicos similar al que existía en ese momento en Europa.

[541] A. CRUZ señala que en el "siglo de la independencia Nicaragua cayó en un Estado de desorden público". Nicaragua: Surgimiento del Estado-Nación, 1798-1858, de E. BRADFORD BURNS.

[542] Señala LANUZA que en 1871 todos los caminos eran muleros exceptuando el que unía a las ciudades de Chinandega a Granada y los cercanos a algunos pueblos, que eran carreteros. "La formación del Estado nacional en Nicaragua: Las bases económicas comerciales y financieras entre 1821 y 1873", en Economía y sociedad en la construcción del Estado en Nicaragua. ICAP. San José, Costa Rica, 1983. Pág. 25.

4.1 Los servicios públicos durante el periodo conservador

Fracasado el proyecto de la Federación Centroamericana, transcurrió el periodo conservador, que aspira a ser un gobierno fuerte y centralizado, que sin pretender al orden colonial ni al dominio español, está también contra el dominio institucional que los liberales trataron de imponer por la fuerza. Así lo reflejó rotundamente la Constitución de 1858.

Los conservadores comprendían que el progreso sólo se podía lograr por medio de la introducción de las infraestructuras y los servicios públicos básicos, como el telégrafo, el buque de vapor, la locomotora y la educación pública.

Especial interés se daba al aspecto educativo, que se contemplaba como instrumento esencial para el cambio del Estado[543]. Para lograr ese objetivo se fundaron los institutos nacionales de León y Granada y el colegio de señoritas[544], asimismo, por el decreto legislativo de 3 de abril de 1879, se mandó establecer dos universidades públicas en las ciudades de León y Granada[545].

A partir de 1879 la educación se declara obligatoria. En el Reglamento de Instrucción Primaria se puede leer que la "instrucción primarias es gratuita i obligatoria" (art. I)[546]. Se estable-

[543] El Presidente del Consejo General don F. Guzmán dirá: "Si para todo pueblo que desea hacerse un lugar entre las naciones civilizadas, la instrucción de las masas es de suma trascendencia, para nosotros e cuestión de ser ó no ser. Fuera de que ella es la base de todo adelanto social, el lugar que ocupamos el nuestro Continente, que por su posición en el Globo y sus especiales condiciones topográficas está llamado a ser, en época no muy lejana, el punto á donde se dará cita una numerosa inmigración cosmopolita, nos obliga á elevar cuanto antes, por medio de la enseñanza, la condición social de nuestras masas, si no queremos exponerlas al destino inevitable de las razas incultas al contacto de las civilizadas". La Gaceta, 1 de marzo de 1879.

[544] La Gaceta, 22 de marzo de 1861.

[545] La Gaceta, 25 de febrero de 1888.

[546] Reglamento de Policía de la Republica de Nicaragua decretado por el Poder Ejecutivo en 25 de octubre de 1880, mandado a reimprimir por el señor Ministro de Policía Dr. Venancio Montalbán conteniendo las reformas y adiciones incluidas en la sexta edición oficial de 1914 y las adiciones, reformas y derogaciones en el lapso de 1914 a diciembre de 1919. Séptima Edición Oficial. Topografía Nacional. Managua. Cap. XVI, págs. 42-43.

cieron también impuestos en los departamentos con el fin de "llenar el déficit del presupuesto de la enseñanza primaria"[547]; y se fundaron escuelas nocturnas de instrucción primaria para los artesanos, por ejemplo en Masaya[548].

El Estado era considerado el garante de proporcionar a la población la educación necesaria para el progreso. El Reglamento de Instrucción Primaria establecía. "El Estado que tiene el derecho de castigar el crimen por el bien de la sociedad, debe tenerlo para evitarlo, destruyendo sus causas, i como la ignorancia es una de ellas, puede i debe perseguirla, sustrayendo de su imperio á las jeneraciones que se levantan"[549]. El 4 de marzo de 1871 por un decreto se crea la Biblioteca Nacional, la primera biblioteca pública de Nicaragua.

Para los conservadores era también de vital importancia el progreso material, garantía del orden y la paz. En esta etapa se establecieron y mejoraron las caminos[550], el servicio de agua por cañería, el cable submarino, el telégrafo, el teléfono[551] y sobre todo el ferrocarril[552].

[547] La Gaceta, 25 de febrero de 1880.

[548] La Gaceta, 5 de septiembre de 1880.

[549] La Gaceta, 14 de noviembre de 1877.

[550] Véase, VELÁZQUEZ PEREIRA: La formación del Estado en Nicaragua. Banco Central de Nicaragua. Managua, Nicaragua, 1992. Pág. 31.

[551] Véase VELÁZQUEZ PEREIRA: La formación de... Pág. 82. El teléfono comenzó a instalarse en 1879 entre tres ciudades: León, Managua y Granada.

[552] El 17 de febrero de 1873, bajo la presidencia de D. 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 E. MEIGGS KEITH para la construcción de una 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 instalo la comunicación lacustre entre el Momotombo y Managua para la salida rápida del café, el primer rublo de exportación en esa época. VELÁZQUEZ PEREIRA: La formación de... Págs. 25-26. "El transporte viario en Nicaragua", en Revista Conservadora. Vol. 2, núm. 11. Agosto de 1961. Pág. 24.

También durante este periodo se insertaron nuevos cultivos y se ampliaron otros como el añil, cacao, algodón, tabaco, caña de azúcar y café, poniéndose así el embrión de una economía agroexportadora, como producto de la demanda del mercado internacional.

La incorporación al mercado mundial de la economía nacional trajo como resultado que el desarrollo económico del país dependiera de las condiciones, cuotas, precios y oscilaciones inducidas por las economías centrales que gobernaban el mercado mundial.

Desde la introducción del café en Nicaragua y su exportación al mercado internacional, se modifica la estructura total del país, generando cambios drásticos en el uso de la tierra y, con ello, avances en los servicios públicos, especialmente en el transporte y las comunicaciones. Al mismo tiempo se multiplica el transporte fluvial y lacustre y se acondicionaron los puertos del Pacífico por medio de la construcción de un complejo de facilidades portuarias en Corinto. Los servicios telefónicos y telegráficos se extendieron sobre el territorio en esa misma década.

De esta forma, la inserción del café aceleró el progreso que avanzaba paulatinamente, dando como consecuencia directa, la formación del embrión de lo que sería el Estado Nicaragüense.

Las obras públicas que se realizan en este período se hacen con el propósito de dotar de infraestructuras al país, y están estrechamente relacionadas con los fundamentos del sistema social y económico. No se utiliza en este momento, ni posteriormente, el concepto de servicio público, sino el de obra pública, como sinónimo de satisfacer una necesidad, o de ejecutar algo, o en todo caso, de una necesidad pública del Estado. Los contratos que celebra el Estado con las compañías extranjeras tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública, y en este momento no son contratos administrativos, sino civiles.

4.2 La revolución liberal y el servicio público

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General J. SANTOS ZELAYA. Puso en marcha un conjunto de reformas congruentes con el medio y las necesidades, pero contradictorias y frustradas, debido a que sí, por una parte, significaron un intento serio de modernizar el Estado, y el país, por otro, no lograron establecer un orden político estable ni un progreso económico duradero[553].

Con la promulgación de la "Libérrima", en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo, y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas.

Durante este período se desarrollaron notablemente el ferrocarril, el transporte lacustre, el correo, el teléfono y el telégrafo[554].

En lo que respecta a la educación, el gobierno liberal rompe la abstención de la Constitución Federal, y la exclusión de la Constitución conservadora, ya que garantiza la libertad de aprender y de enseñar como medio para hacer posible "la libre enseñanza. La que se costeé con fondos públicos será laica y la primaria será, gratuita y obligatoria"[555]. Pero, además, debido a la separación de la Iglesia y el Estado, se acentúa la tendencia secularizadora de la educación, que va a ser considerado un asunto público cuya tutela y promoción corresponde al Estado[556]. Los servicios de beneficiencia no están contemplados en la Constitución, al igual que los de la salud.

[553] 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". Interpretación del desarrollo social en Centroamérica. San José, Costa Rica, 1972. Pág. 63.

[554] RENE VARGAS: Historia del siglo XX... Págs. 108 y sigs.

[555] ALVÁREZ LEJARZA: Las constituciones de Nicaragua... Pág. 563.

[556] Véase ARELLANO, J. E.: Brevísima Historia de la Educación en Nicaragua. Managua. Instituto Nicaragüense de Cultura Hispánica, 1997. RODRÍGUEZ ROSALES, I.: La educación durante el liberalismo en Nicaragua: 1893-1909. Managua. Hispamer, 1998.

La nueva Constitución le dedicó un Título entero (XVIII), compuesto por once artículos, al gobierno municipal. Dentro de las atribuciones de la municipalidad estaba el nombrar a los agentes de policía, seguridad y orden; asimismo legislar sobre policía, higiene e instrucción pública (art. 145).

El 15 de junio de 1894, se promulgó una Ley Orgánica de Municipalidades, que constaba de diecisiete Títulos y noventa y seis artículos. Dicha ley establece sobre el servicio público, que las Juntas de Regidores, podrán formar juntas de beneficencia, fundar y administrar hospitales, cementerios, casas de asilo de maternidad, de educación, museos, paseos públicos; dar licencias de toda clase de obras o instituciones de utilidad pública o de beneficencia; Organizar y reglamentar debidamente el servicio del alumbrado público; organizar y reglamentar espectáculos públicos, la caza y la pesca; enajenación de los bienes por motivos de utilidad pública (art. 23, inciso 9, 10, 11, 12 y 13). Entre las atribuciones del Alcalde estaban las de conservación de caminos y demás obras de utilidad pública.

La consolidación de la estructura de tierras ociosas basadas en el café, promovió que se llevaran a efecto una serie de obras de infraestructura, apertura de caminos, vías férreas, modernizaciones portuarias, comunicaciones telegráficas, tendentes a facilitar un desarrollo capitalista apoyado en la potencialidad de las exportaciones cafeteras[557].

En lo político se consolida el Estado liberal y permitió la legitimación de un Estado centralizado, pero al mismo tiempo excluyente. En lo económico, se construyo un modelo agroexportador dependiente, basado en dos cultivos de exportación: el café y el banano.

[557] WHEELOCK ROMAN: Nicaragua: Imperialismo y dictadura. Editorial de Ciencias Sociales. Ciudad de la Habana. Cuba, 1980. Pág. 26.

Todo estos logros quedaron, sin embargo, relegados cuando comienzan las presiones exteriores en torno al canal interoceánico y por las constantes ambiciones de extender su poder en Centroamérica.

El general ZELAYA interfiere en los asuntos políticos de Guatemala, El Salvador y Honduras, llegando a invadir este último país. Los países centroamericanos, en busca de una solución y con el temor de ser invadidos, acuden a Estados Unidos[558]. Por todo ello, el citado general se había convertido en una causa de intranquilidad en Centroamérica y al enfrentarse a Estados Unidos por el canal cae del poder en 1909, comenzando a partir de aquí a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción de 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 y vapores de Gran Lago, fueron desnacionalizados, 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[559]. Asimismo, la concesión canalera fue vendida a un precio bajísimo, que nunca llegó a manos del Estado, al ser directamente utilizada como pago de la deuda externa. La energía eléctrica y los teléfonos quedaron bajo control del capital extranjero[560].

[558] WALTER KNUT: "El somocismo: Del protectorado a la revolución", en Encuentros con la historia. Primera edición. Universidad Centroamericana, 1995. Pág. 331.

[559] BELLI: "Prolegómenos para una historia económica de Nicaragua de 1905 a 1966", en Revista del Pensamiento Conservador 146. Pág. 3.

[560] EVANS, T.. La transformación neoliberal del sector público. CRIES. Managua. Nicaragua. Pág. 182.

De este modo, 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.

Como puede verse, el proceso de consolidación de un sistema de servicios públicos sufre desde sus orígenes en Nicaragua de dos males considerables: acumular una notable retraso histórico y haberse realizado al margen de toda construcción teórica. Estas ya importantes rémoras se ven agravadas por la intervención extranjera, que reduce a la nada los denodados intentos del periodo liberal en ese sentido.

Todo ello determina que este proceso se salde con un considerable fracaso. Un importante obstáculo para el desarrollo, que sumado a la inestabilidad social y política del desarrollo histórico nicaragüense, va a determinar una notable carencia en el sistema de provisión de los servicios esenciales, y una total indefinición del sistema, que oscilará hacia diferentes modelos según las circunstancias del momento, de forma brusca y contradictoria. Condenando en numerosas ocasiones a la destrucción de todo lo avanzado en etapas anteriores, para conducirse por un nuevo sistema, que casi nunca dará los frutos deseados.

PRIVATIZACIÓN, LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN. UN NUEVO MARCO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN IBEROAMÉRICA

I
INTRODUCCIÓN

No cabe duda que la regulación de los servicios públicos es un tema de máxima actualidad en el momento presente. Desde hace ya algunos años hemos asistido a un profundo proceso de revisión de los conceptos y técnicas utilizadas tradicionalmente para el suministro de prestaciones esenciales a los ciudadanos, que ha tenido, además, amplias repercusiones doctrinales.

Este proceso ha sido enjuiciado de forma muy diversa. Positivamente por algunos[561], negativamente por otros[562]. Difícilmente

[561] WOEHRLING, J. M.: "Reflexions sur le renoveau du service public", en La Revue Administrative 269 (octubre de 1992. Págs. 395-396.

[562] En dicha línea F. SOSA WAGNER, que considera que "el derecho administrativo, frente a tanta interesada y precipitada <<desregulación>>, dispone de un rico muestrario de fórmulas que permiten a las entidades públicas seguir conservando la autoridad en la prestación de los servicios sin mengua de su eficacia". La gestión de los servicios públicos locales. Madrid. Civitas. Sexta edición, 2004. Pág. 25.

podía escapar a ese halo polémico un proceso que ha tenido como auténtico eje la privatización y la desregulación, punto, como es de sobra conocido, extremadamente sensible, tanto desde el punto de vista político como social, por lo que difícilmente permanece en el ámbito de lo indiferente.

Aunque no se pueden hacer planteamientos maximalistas, pues cada zona geográfica tiene sus peculiaridades, más o menos marcadas, podemos hablar de un fenómeno de clara relevancia multicultural. Partiendo en sus orígenes, como tantas otras cosas, de los Estados Unidos, en los que se manifiesta a partir de los años setenta a través de un importante movimiento desregulador[563], se ha extendido lenta pero progresivamente a Europa y Latinoamérica[564].

Se trata de una realidad que alcanza a países, como puede verse, de orbitas muy diferentes. Por un lado, porque afecta a naciones inmersas en realidades sociales y políticas muy diferentes. Pocas dudas de las enormes diferencias que existen entre el contexto socio-político iberoamericano y el norteamericano o el europeo.

[563] VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; y HARRINGTON, J. E.: Economics of Regulation and Antitrust. Cuarta reimpresión de la segunda edición de 1995. MIT Press. Massachusetts, 1998. Pág. 15. BREYER, S.: "Regulation and Deregulation in the United States: Airlines, Telecommunications and Antitrust", en Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States. Editada por G. Majone. St. Martín Press. New York, 1990. Pág. 15.

[564] Apunta J. C. CASSAGNE, que se "trata de un fenómeno común a la casi totalidad de los países de Europa y de América Latina". "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en Administración Pública y Economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización. INAP. Madrid, 2001. Pág. 12. ROZAS BALBONTÍN destaca que en "la década de 1990, la industria latinoamericana de servicios de infraestructura registró una destacada transformación estructural, que se extendió por las telecomunicaciones, la energía, los servicios sanitarios y el transporte. En la mayoría de los países latinoamericanos se puso término a los monopolios estatales y se estimulo la participación de agentes privados en mercados que hasta entonces habían estado reservados a empresas estatales, derogándose buena parte de las barreras a la entrada que habían obstruido el ingreso de los privados. Asimismo se procedió a privatizar las principales empresas de cada sector y se pusieron en práctica marcos institucionales y legales de regulación". "Competencia y conflictos regulatorios en la industria de telecomunicaciones en América Latina", Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y de la Administración Pública, 7 (2002, octubre 8-11, Lisboa).

Pero también porque afecta a familias jurídicas diferentes, en las que el tema de la prestación de los servicios esenciales a la Comunidad se había resuelto de forma diferente. Sin descender a realidades muy particularizadas, hay una diferencia notable entre los países que utilizaban la técnica del servicio público, de rancio abolengo en el Derecho francés, de aquellos que seguían la tradición americana de las *public utilities*, basadas en mecanismos de regulación.

Para los primeros se puede decir que el nuevo proceso ha supuesto una transformación más profunda, pues se han visto obligados a convivir con una realidad la de regulación económica, estrictamente desconocida, que es ahora la base sobre la que se construye el nuevo sistema de provisión de servicios esenciales. Lo que trae consigo, además, la importación de un sujeto (las agencias reguladoras), antes extraño, y que asume ahora un papel marcadamente protagonista en el nuevo servicio público[565].

Menos novedoso es este proceso para la tradición jurídica estadounidense, donde la regulación económica tiene ya una acreditada y muy documentada tradición en la materia. Si bien, ello no supone que el cambio también para ellos haya sido drástico, pues se ha producido una notable evolución desde una regulación tradicional, que venía a tener, como más tarde detallaremos un carácter sustitutivo de la competencia, para asumir ahora primordialmente un papel promotor de esa competencia.

[565] Como señala M. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, la "regulación constituye un tema clásico de estudio para la doctrina americana, pero totalmente extraño a nuestra vieja Europa, al menos hasta tiempos muy recientes. Su lenta llegada se ha visto compensada, sin embargo, por una triunfal entrada, en apenas unos años ha recorrido el largo tránsito que va de ser una desconocida a convertirse en una verdadera diva, rindiendo a la doctrina jurídica a sus pies. No cabía otra posibilidad, pues esta apresurada importación obliga necesariamente a nuestra doctrina a apresurar el paso, a fin de consolidar la base doctrina que toda cuestión jurídica, más si alcanza una posición tan crucial como la que nos ocupa, precisa en todo caso". "Prologo", al libro Sendín García, M. A.: Regulación y servicio público. Editorial Comares. Granada, 2003. Pág. XV.

Un estudio global, como el que estamos emprendiendo, de ese proceso en un marco tan amplio como lo es la Comunidad Hispana, no deja de ser una utopía. Por un lado, por el marcado carácter internacional de este proceso, ya reseñado, que impide que se realice al margen de su evolución internacional, en buena medida promotora del cambio en una América Latina, siempre muy influenciable por la evolución de un contexto internacional, que desgraciadamente condiciona a veces en exceso su autonomía de decisión.

Ello hará que este estudio comience con un estudio general del citado proceso, para descender luego al estudio de las peculiaridades que se presenta el contexto iberoamericano.

Más dificultades ofrece un segundo elemento. El insuperable obstáculo que supone dar un tratamiento unitario a una realidad tan compleja y multiforme como lo es la América latina de hoy en día. Cierto es que hay algunas características comunes, que son en último término las que justifican y hacen necesario este tipo de estudios, pero también no es que las diferencias entre unos países y otros es notable[566]. No es ni mucho menos la misma la realidad chilena, que la nicaragüense o que la mexicana. Las peculiaridades y diferencias son muchas, y las conclusiones y soluciones no pueden, por tanto, ser las mismas.

Aunque sea adelantar parte de las conclusiones, si queremos aprovechar la afirmación anterior para dejar sentada una cuestión. Este estudio no va a realizar un análisis del nuevo modelo de regulación en búsqueda de un juicio de conjunto, positivo o negativo. En nuestra opinión, una conclusión de esa naturaleza es rigurosamente inútil.

[566] En tal sentido, señala O. A. BATTISTÓN BARRIONUEVO que si "hubiese un único modelo de regulación la tarea del regulador sería fácil; el problema es que hay distintas trayectorias, distintas alternativas, distintos plazos, distintas etapas, y valorar el uso de los distintos instrumentos para esos plazos y etapas es lo que define la complejidad y el desafío de la regulación en nuestros países. Tenemos claro adónde vamos, el problema es como se adecuan estos escenarios a cada uno de los países a los que pertenecemos". "Modelos de regulación en Iberoamérica", en AHCIET. En términos similares, SIFONTES, D.: "Regulación económica y agencias regulatorias independientes: una revisión de la literatura".

La opción por un nuevo modelo de prestación de servicios esenciales, no otra cosa en la tan traída y llamada regulación económica, es una realidad que encuentra justificación en factores diversos, de mayor o menor peso. Pero no es una pócima mágica que venga a resolver los problemas existentes en la materia, ni una aplicación demoníaca que traiga sobre los ciudadanos todos los males de este mundo.

Es, simplemente, una nueva solución técnica, que si trae alguna ventaja especial es la de adaptarse mejor que otras a los nuevos tiempos. Pero que fuera de ello, como prácticamente todo en este mundo, producirá efectos nocivos o positivos dependiendo del acierto con que se haga uso de ello.

Aunque es pronto para sacar muchas conclusiones (el proceso de liberalización no ha mostrado aún, al menos a nuestro juicio, todavía claramente sus efectos), creemos que en la situación actual asoma ya esta conclusión.

Los resultados de estos procesos han demostrado efectos muy diferentes en los distintos países en los que se han implantado. Siendo especialmente reseñable un hecho que no siempre se tiene debidamente en cuenta: esta disparidad no es sólo el fruto de la aplicación de fórmulas diversas, más o menos acertada. Pues en muchos casos la utilización de formas idénticas arrojan resultados totalmente contrarios. La respuesta a esta aparente contradicción resulta evidente, el éxito de estas nuevas soluciones depende en gran medida de su adecuada adaptación al contexto en el que esta llamada a operar.

Esta constatación nos parece especialmente relevante en un medio tan sensible a este tipo de situaciones como lo es Latinoamérica. Un ámbito en el que, muy a nuestro pesar, existe una amplia tradición en la adopción mimética de formas y soluciones jurídicas foráneas[567],

[567] 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 estratégicas". "Descentralización en Colombia", en El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica. Ediciones Universidad de Salamanca, 2003. Pág. 93.

sin pasarlas por el tamiz de la problemática propia, no siempre homologable a aquella para la que se creo, que genera un riesgo considerable, en ocasiones trágico, de inadaptación de estas soluciones.

Es ésta, en nuestra opinión, una de las grandes contradicciones de esta honorable parte del planeta. En la que es muy frecuente encontrar soluciones técnicas excelentes, de inmensa calidad jurídica, diseñadas como un traje de alta costura, excelentemente acabado, pero hecho a la medida de un cuerpo distinto al que lo va a vestir.

Este modesto estudio que emprendemos sin más dilación, parte de estas premisas, y no pretende, por tanto, ofrecer un sistema global, que pretenda tener validez para su aplicación a los distintos países de Iberoamérica, sino que trata tan sólo de ofrecer una visión de conjunto sobre la regulación económica, que descubra las notas fundamentales que marcan la peculiaridad latina, y que ofrezca un catalogo de las soluciones técnicas esenciales que sirven para construir un sistema de regulación de servicios públicos. Teniendo siempre presente que ese conjunto de técnicas no son más que una suerte de cajón de sastre, con el que los juristas de cada concreto país deben construir un modelo conforme a sus concretas necesidades y peculiaridades.

II
DE LOS MODELOS TRADICIONALES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A LA CREACIÓN DE MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS: EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN

La garantía pública del suministro de prestaciones es un proceso que discurre paralelo a la formación y progresivo fortalecimiento del Estado moderno. Siempre nos ha parecido que la

mejor forma de explicar las razones de esta evolución es hacer referencia a la celebre doctrina de la *daseinvorsorge* acuñada por FORSTHOFF.

Sin necesidad de un examen detallado de dicha tesis, por lo demás de sobra conocida, se puede inferir del pensamiento del autor alemán que, a medida que avanza el proceso de progresiva especialización y división del trabajo, característico de las sociedades modernas, el individuo es cada vez más un ser dependiente de los demás, en cuanto se limita a realizar su labor propia, su parte de aportación a la Sociedad, despreocupándose, por lo demás, del resto de elementos de los que depende su subsistencia, que le serán suministrados por el resto del cuerpo social.

En este contexto, la Administración se convierte en el elemento responsable de vigilar un correcto funcionamiento de ese orden de cosas. De tal forma que el ciudadano confía en su buen hacer para garantizar una correcta satisfacción de los elementos de los que depende su procura vital[568].

Dentro de esa función de tutela del buen desenvolvimiento de las relaciones sociales asumen una especial relevancia lo que podemos denominar como servicios o prestaciones esenciales. Prestaciones especialmente relevantes para el individuo y el grupo social, en cuanto son elementos especialmente importantes para su supervivencia y desarrollo vital (educación, sanidad, transportes, correo, etc.).

El Estado esta especialmente obligado respecto a dichas prestaciones, asumiendo especiales labores de tutela respecto a ellas, en cuanto se hace presente en las mismas un interés público especialmente intenso.

[568] Dicha tesis se puede encontrar en FORSTHOFF, E.: El Estado de la Sociedad Industrial (1971). Traducido por L. López Guerra y J. Nicolás Muñíz. Madrid, IEP, 1975. Págs. 28-29.

Esta especial protección estatal se hace especialmente relevante en aquellos casos en que la valoración del interés público presente en esos sectores no es percibido en la misma medida por el mercado. De tal forma que el libre funcionamiento de la iniciativa privada no va a dar una respuesta satisfactoria a esas necesidades.

En estos casos se produce lo que se conoce técnicamente como un "fallo de mercado", esto es, un supuesto en el que el mercado no da una respuesta adecuada a las necesidades de la Sociedad[569]. La solución dada tradicionalmente a este problema era la entrada en escena de la intervención pública, que va a venir en auxilio del interés público, corrigiendo ese deficiente funcionamiento del mercado.

Este tipo de problemas se produce de forma frecuente, por lo demás, en los servicios esenciales. Fundamentalmente por dos motivos. El primero de ellos, es que estos sectores son en muchos casos monopolios naturales, esto es, sectores en los que un único empresario va a ser normalmente más eficiente que varios. Cuando así ocurre, la solución más satisfactoria para el interés público va a ser, por tanto, la gestión monopolística.

Sin embargo, no cualquier monopolio va a lograr ese resultado, pues el monopolista, al no estar sujeto a los rigores de la competencia, lo normal es que tienda a abusar de su posición privilegiada (en cuanto es el único oferente y ello le permite fijar las condiciones sin temer a la competencia), lo que probablemente determine que no opere en las condiciones que interesan al interés público. La solución pasa necesariamente por una intervención pública que obligue al monopolista a actuar en las condiciones más adecuadas para la Sociedad.

[569] BURKARD, E.: "L'État regulateur en Europe", en Revue Française de Science Politique 49-2, abril de 1999. Pág. 207. BALDWIN, R.; CAVE, M.: Understanding Regulation. Oxford, 2002. Pág. 9.

El segundo factor que determina la necesidad de intervención pública es la existencia de relevantes valores o intereses no económicos en estos sectores, en el sentido de no rentabilizables por el prestador del servicio, pero extremadamente deseables para la Sociedad. Esos elementos no van a ser tenidos en cuenta a la hora de tomar sus decisiones por un empresario privado, en cuanto su satisfacción no le proporciona beneficio alguno.

Esos intereses o valores son, por lo demás, de diversos tipos. Así, en primer lugar, la conveniencia de ofertar esos servicios a todos los posibles usuarios en las mismas condiciones. Un empresario no estaría en muchos casos dispuesto a ello, pues la prestación a algunos usuarios sería excesivamente costosa (por ejemplo, prestación de algunos servicios a pequeños núcleos de población), por lo que estaría dispuestos a suministrarlos sólo a un precio muy alto, o simplemente no querrían suministrarlo.

Se produciría, entonces, el fenómeno conocido como *descreme*, esto es, el posicionamiento del empresario en el sector rentable del mercado, olvidándose de los demás. Problema fácilmente soluble, sin embargo, mediante una regulación pública que imponga la compensación de los beneficios obtenidos en la parte rentable, con las perdidas obtenidas en la parte no rentable[570].

Otro tipo de beneficios sociales no rentalizables serían las importantes repercusiones indirectas que un buen sistema de prestación de servicios públicos trae consigo. Un buen sistema educativo no sólo favorece una mejor educación de los ciudadanos, sino que permite la formación de trabajadores más preparados, ciudadanos más conscientes, cívicos e integrados, etc.; un buen sistema de transportes o de comunicaciones, no sólo facilita la circulación de bienes y personas o de comunicación, sino que potencia un mayor desarrollo económico una mayor

[570] COOPER, PH. J.: Public Law and Public Administration. Mayfield Publishing Company. Palo Alto. California, 1983. Págs. 249-250.

cohesión territorial, etc. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero es innecesario, basta con dejar claro que este tipo de beneficios serán ignorados por el empresario, al que sólo le interesa obtener beneficios[571].

Por último, debemos citar la necesidad de continuidad en la prestación del servicio, sin la cual, dado el carácter indispensable de los servicios públicos, se producirían importantes daños sociales[572]. Piénsese por ejemplo en la situación caótica que produce un cese prolongado en el suministro de energía eléctrica. Mantener esa continuidad en la prestación genera, sin embargo, en muchos casos cuantiosos costes, que el empresario privado no está dispuesto a asumir, por que no le van a ocasionar rentabilidad. Caso paradigmático es el del suministro de energía eléctrica, este tipo de energía, en cuanto no es almacenable requiere de instalaciones muy costosas para garantizar el suministro en las épocas de mayor consumo del año. Pero esas instalaciones no se van a rentabilizar fuera de esas épocas del año, por lo que van a permanecer inutilizadas[573]. Sin una intervención pública que obligue a realizar esa inversión en infraestructuras, probablemente éstas no se llevarían a cabo.

La forma en que se reaccionaba contra estos fallos de mercado variaba notablemente según el sistema jurídico. Sin necesidad de entrar en una delimitación muy detallada, de todo punto innecesaria, se pueden distinguir dos grandes sistemas de solución de este problema: el sistema de regulación de *public utilities* tradicional (propio de los Estados Unidos) y el sistema europeo del servicio público (de origen francés, pero de amplia tradición en otros países como España o Italia).

[571] DE LA CRUZ FERRER, J.: Principios de regulación económica en la Unión Europea. IEE. Madrid, 2002. Pág. 85.
[572] BALDWIN; CAVE: Understanding… Págs. 12-13.
[573] GARFIELD, P. J.; LOVEJOY, W. F.: Public utility economics. Prentice Hall. Englewood Cliffs. New Jersey, 1964. Págs. 20-21.

En ambos sistemas se daba una nota común, que va a ser, precisamente, el elemento que va a variar con la puesta en marcha del proceso de liberalización y desregulación: la intervención pública se concibe como una forma de sustitución del mercado, logrando en un ámbito en que éste no iba a producir los efectos beneficiosos que a éste se le asocian, la solución más conveniente al interés público.

Nótese que en ambos casos, con esa acción estatal se va a generar una situación de no mercado. Si con carácter general se considera que el mercado va a ofrecer la solución óptima para el bien social. En estos sectores hay un fallo de mercado y ese efecto no se produce, por lo que el poder público va a fijar las condiciones en que se va a desenvolver esa actividad, teóricamente de acuerdo con lo que más interesa a la colectividad.

A partir de aquí, los dos sistemas se disocian notablemente. Pues en el sistema estadounidense esa intervención se realiza en los términos más respetuosos posibles con la actividad empresarial; mientras que en el sistema europeo se realiza desde una orbita claramente publicista[574].

Eso hace que en sistema de *public utilities* lo normal es que de la prestación del servicio se encargue un empresario privado, limitado en su acción obviamente por la actividad reguladora de los poderes públicos, pero que no deja por ello de ser empresario privado, que busca la obtención de un beneficio empresarial. La acción pública directa mediante la empresa pública es claramente marginal[575].

[574] Como señal H. MAIRAL, las "diferencias entre los modelos francés y norteamericano se deben, en gran medida, a un distinto enfoque cultural. El pensador francés, desconfía del mercado y pone su fe en el Estado, posición exactamente inversa a la que mantiene, por lo general el norteamericano". "La influencia de los Derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público del Derecho administrativo argentino", en Documentación Administrativa 267-268, septiembre de 2003-abril de 2004. Pág. 364.

[575] GARFIELD; LOVEJOY: Public utility… Pág. 1. PHILLIPS, Ch. F. (Jr.): The economics of regulation. Richard D. Irwin, Inc. Homewood. Illinois, 1965. Pág. 5.

En el sistema de servicios públicos, sin embargo, el suministro directo de las prestaciones por parte de los poderes públicos es un supuesto usual. E incluso cuando se opera a través de un empresario privado, esto lo hace sujeto a una rígida regulación pública[576]. De tal forma que, aunque éste siga siendo en último término un empresario que persigue un beneficio, su acción aparece más limitada que en el modelo americano, porque en esencia es un simple gestor de un servicio público, que opera en las condiciones fijadas por los poderes públicos.

Eso marca una notable diferencia en la forma en que se desarrolla esa intervención. En el supuesto americano se articula a través de una regulación externa, en la que su acción es limitada desde fuera por un poder público que desde el exterior trata de encauzar su acción empresarial hacia el interés público.

En el supuesto europeo la regulación es interna. En el sentido de que son los propios poderes públicos quienes fijan las condiciones de prestación, limitándose el empresario tan sólo a gestionar el servicio en los términos fijados por esa regulación, que opera, pues, no como una limitación desde el exterior, sino como una auténtica decisión interna del *dominus* de la actividad, que no es el empresario, sino la propia Administración[577].

Esta distinción prolonga sus efectos al ámbito organizativo. En el modelo norteamericano la intervención pública se articula normalmente a través de unas entidades peculiares (Agencias o Comisiones Reguladoras), caracterizadas esencialmente por estar dotadas de una especial autonomía respecto al Gobierno y la Administración General y por ser órganos especializados.

[576] MAJONE, G.: Regulating Europe. Roudledge. Londrés, 1996. Pág. 10. CANANEA, G.: "La réglementation des services publics en Italie", en Revue Internationale des Sciences Administratives 68, marzo de 2002. Pág. 82.

[577] OBERMANN, G.: "Sector-specific regulation from a public choice perspective with regard to the supply of services of public interest", en Annals of Public and Cooperative Economics 70-2, 1999. Pág. 211.

Frente a ello, en el sistema tradicional europeo esa regulación la lleva a cabo, normalmente los órganos generales de la Administración, directamente dependientes del Gobierno y de los órganos superiores de la Administración burocrática[578].

Este estado de cosas va a comenzar a variar de forma notable a partir de los años setenta. En ese momento comienza a manifestarse en Estados Unidos un proceso de desregulación que, respondiendo a diferentes causas que luego analizaremos, va a tener especial fortuna no sólo en este país, sino también en la mayor parte del mundo. Pues va a extenderse durante los años ochenta a Europa y, lo que es más importante para nosotros, también a Hispanoamérica.

Aunque la plasmación de este proceso va a variar notablemente en cada concreto ordenamiento jurídico, se puede considerar que sigue una línea en cierto modo coincidente, que ha logrando, incluso, una aproximación bastante mayor entre las tradiciones del servicio público y la de la regulación de las *public utilities*[579].

El punto esencial de este nuevo modelo es la sustitución de la intervención pública por la instauración de condiciones competitivas. Para entender esto hay que tener en cuenta que durante los últimos años se ha realizado un análisis más realista de esa intervención, descubriéndose ahora también sus deficiencias. Aparecen ahora, junto a los fallos de mercado, los fallos de no mercado, esto es, las deficiencias e inconvenientes que la regulación o acción estatal sobre la economía genera[580].

[578] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: "Reflexión preliminar", al libro Lasheras, M. A.. La regulación económica de los servicios públicos. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 5.

[579] LASHERAS, M. A.: La regulación económica de los servicios públicos. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 1.

[580] WOLF, CH.: Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas. Traducción de J. J. F. Cainzos, de la segunda edición inglesa de 1993. IEF. Madrid, 1995. Págs. 19-30. COHEN, E.: "Régimes écnomiques et régulation du service public", en Le service public en devenir. L'Harmattan, 2000. Pág. 223.

El cambio trascendental que trae consigo este nuevo enfoque, es que ya no basta con demostrar la existencia de un fallo de mercado para justificar que los mecanismos correctores de los poderes públicos se pongan en marcha. Pues se exige que éstos demuestren ahora que van a permitir buscar una solución más favorable[581].

En lo que a nosotros nos interesa, que es el ámbito de la prestación de los servicios esenciales, se llega a la conclusión de que es preferible, en muchos casos, introducir medidas que permitan superar las deficiencias que impiden que un sector funcione competitivamente, que resolver esos fallos de merado mediante los mecanismos de intervención tradicionales.

Esto supone una notable transformación de la forma de manifestarse la acción de los poderes públicos sobre dichos sectores. Pues ya no se trata de generar con esa intervención una situación sustitutiva de un mercado en competencia, que logre una solución adecuada al interés público; sino de lograr establecer auténtica competencia en esos sectores, bajo la premisa de que ésta es el mecanismo más perfecto para regular la actividad económica, también en estos sectores.

No debe entenderse de lo dicho que desaparezca totalmente la acción de los poderes públicos, ésta sigue siendo precisa por dos motivos. En primer lugar, para salvaguardar la competencia, pues sin una correcta acción que encauce ese proceso y proteja la competencia, lo más probable es que el monopolista público sea sustituido por un monopolista privado. En segundo lugar, porque en estos mercados siguen existiendo importantes intereses públicos que deben ser tutelados, pues la iniciativa empresarial probablemente se olvidaría de su satisfacción[582].

[581] DE LA CRUZ FERRER: Principios de regulación... Pág. 170.

[582] DESDENTADO DAROCA, E.: La crisis de identidad del Derecho administrativo; privatización, huída de la regulación pública y Administraciones Independientes. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 164-168. LAGUNA DE PAZ, J. C.: "Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario", en Revista Española de Derecho Administrativo 88, octubre-diciembre de 1995. Págs. 503-506.

Estas transformaciones suponen un considerable tránsito, tanto desde el modelo de regulación americano como desde los sistemas publicistas característicos de los países europeos y latinoamericanos.

Sin embargo, debe tenerse claro que el nuevo sistema en notablemente más novedoso para éstos últimos que para los juristas norteamericanos. La nueva forma de intervención pública, por más que asuma caracteres peculiares, no deja de revestir la forma de mecanismos de regulación. Pocas dudas hay de la gran tradición que existe en Estados Unidos en el estudio de esta materia, sin embargo, estrictamente desconocida tanto para la mayor parte de los juristas europeos y latinoamericanos.

Buena prueba de ello es que se hable con más acierto entre estos últimos de privatización o liberalización, para eludir el término desregulación. Éste vocablo puede ser empleado sin ningún tipo de pudor por los norteamericanos, que mediante el nuevo sistema han reducido la intensidad de la regulación a la que sometían estos sectores.

Sin embargo, es poco adecuado para Europa e Iberoamérica, donde en realidad lo que se ha llevado a cabo es una eliminación de los mecanismos tradicionales de intervención sobre estos sectores, basados con más o menos peculiaridades, casi siempre en la tradición del servicio público, por medidas de regulación. Ello determina que, en realidad, aquí, puede que haya disminuido la intensidad y rigor de la intervención pública, pero, sin embargo, en sustitución, se ha intensificado la regulación de los sectores afectados. Por lo que, de forma a nuestro juicio más correcta, se habla preferentemente de re-regulación o neorregulación o simplemente de regulación[583].

[583] Véase al respecto, MONTERO PASCUAL, J. J.: "Titularidad privada de los servicios de interés económico general", en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Págs. 1220-1221. BAUBY, P.: "Dérégulation et re-regulation: les transformations du service public de l'électricite", en Le service public en devenir. L'Harmattan, 2000. Pág. 199.

Esto supone que, de la noche a la mañana, en Europa y Latinoamérica nos hemos encontrado con una realidad desconocida y extraña, la regulación, que pasa a jugar un papel esencial en nuestros sistemas jurídicos. No viene sola, además, pues junto a ella se presentan unos sujetos, los entes o comisiones reguladoras, no más conocidas para nosotros[584], que en cuanto encargados de poner en marcha esa regulación, han asumido un papel principal en nuestro Derecho.

Como era de esperar, la regulación y las entidades reguladoras se han convertido en tema de moda entre nuestra doctrina científica. Los estudios de todo tipo, publicaciones, cursos y masters sobre la materia se han multiplicado. Si bien no deja de ser, al menos en nuestra opinión, cuestionable la capacidad de los operadores jurídicos en algunos países latinoamericanos para hacer frente a una novedad tan rotunda y fulgurante.

Ciertamente los países dotados de estructuras científicas y formativas más sólidas han podido hacer frente a este proceso de forma satisfactoria, contando todos los países afectados con un buen puñado de expertos, bien formados en estas lides. Sin embargo, a nuestro juicio, en algunos estados, cuyo sistema de capacitación y formación es más débil, esa formación se ha logrado sólo entre las élites intelectuales, pero no alcanza a la generalidad de los operadores jurídicos, que, en realidad, son los que hacen funcionar el sistema[585].

Esto supone ya un problema para un buen funcionamiento del nuevo sistema, que se ha introducido, siempre según nuestra opinión, de forma un tanto precipitada, sin preparar las con-

[584] SIFONTES: Regulación económica...

[585] Como señalan JORDANA; SANCHO, "una característica frecuente de la administración pública en América Latina es su dualización; mientras una parte de la burocracia se mantiene escasamente cualificada y eficiente, otra parte muestra un nivel de gran calidad técnica. Esta situación tiende a impedir su desarrollo conjunto como una organización eficaz para solucionar los grandes retos que afrontan estos países". Reforma del...

diciones para su instauración. Se puede decir sin exageración alguna que, en numerosos casos se ha empezado en esta materia la casa por el tejado[586].

Las labores de capacitación van a ser, por ello, en muchos casos, decisivas para una verdadera implantación de esta nueva forma de concebir la intervención pública[587].

Formación que, por otra parte, no compete sólo a los empleados públicos y operadores jurídicos, sino también, y éste es, a nuestro juicio, uno de los elementos fundamentales para un buen funcionamiento del sistema, a los usuarios. La articulación de mecanismos de información y reacción por parte de éstos, para que puedan defender debidamente sus precisiones debe ser un área prioritaria.

Entre tanta medida a favor de la competencia y el buen funcionamiento del mercado, no debe olvidarse que el fin último de todo el sistema sigue siendo una mejor satisfacción de los derechos de los ciudadanos. No deben, por ello, éstos ser un elemento ajeno al sistema, un convidado de piedra, que acaba pagando la factura de la liberalización y privatización, a favor de otros círculo de interesados mejor organizados y atentos.

Mucho nos tememos, sin embargo, que en la práctica así ocurrido en muchos casos. Lo que ha llevado a articular en los últimos tiempos medidas tendentes a dar una mayor protección a estos

[586] En tal sentido, señala E. SARAVIA que la "prisa en llevar adelante los procesos eclipsó la necesidad de análisis previos, de preparación del mercado y, principalmente, de adecuación al marco regulador de la nueva realidad". "Regulación en Argentina y Brasil. Análisis comparativo de los modelos institucionales", en Revista del CLAD Reforma y Democracia. Caracas, nº 30 (octubre de 2004).

[587] Como señalan JORDANA; SANCHO, "la disponibilidad de recursos –humanos y económicos- para realizar las políticas públicas es indispensable, de la misma forma que un gran nivel de preparación técnica y la identificación con los objetivos públicos constituyen un requisito básico para establecer una relación sana entre los órganos públicos y las grandes empresas operadoras. Por otra parte, hay que tener presente que esta circunstancia afecta por igual a todos los organismos públicos con competencias sobre el sector, no sólo al regulador independiente". Reforma del...

últimos, mediante la articulación de medidas de participación y de reclamación efectivas a favor de éstos[588].

Ahora bien, para que esas medidas sean verdaderamente efectivas, debe realizarse un esfuerzo formador del usuario, cuya participación va a estar muy condicionada por la falta de preparación técnica, más en un ámbito tan tecnificado y profesionalizado como lo es el de la regulación. Lo que impone el riesgo de que se produzca una participación meramente formal del administrado, que se limite a ratificar medidas gestadas y tomadas por otros. Legitimándose socialmente, de este modo, decisiones ajenas a una verdadera participación[589].

III
LAS CAUSAS DEL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN Y DESREGULACIÓN. ANÁLISIS PARTICULAR DE DICHA PROBLEMÁTICA EN HISPANOAMÉRICA

Antes de examinar los distintos modelos de regulación, conviene hacer un breve repaso a las causas que están detrás de ese proceso. Podemos distinguir en tal sentido dos grandes bloques de motivaciones. En un primer grupo, podemos situar las causas comunes, esto es, aquellas que han servido de base a la desregulación y la privatización en todo el mundo, y no sólo en América Latina. El segundo bloque hará referencia, por supuesto, a aquellos factores que son peculiares de Iberoamérica.

[588] Así se señaló ya en las "Conclusiones del Grupo de Trabajo sobre servicios públicos", en Administración Pública y Economía. Balance del papel de las Administraciones Públicas tras los procesos de liberalización. INAP. Madrid, 2001. Pág. 69.

[589] BÁRBARA, J. E.: "La participación y el control del usuario en los entes reguladores y de control", en Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública 10 (2005, octubre 18-21, Santiago).

El planteamiento anterior no deja de comportar, a nuestro juicio, una considerable dosis de cinismo. Una verdadera comprensión del proceso privatizador que durante los años noventa ha afectado a Hispanoamérica requiere partir de un dato que aporta una nueva luz a la clasificación anterior: se trata de un proceso eminentemente exógeno, que no endógeno, un proceso que, con alguna excepción como la de Chile (un mundo aparte en esta materia) viene impuesto por factores externos.

Esto determina que, en gran medida, las causas del primer grupo, además de causas comunes, sean las causas teóricas del proceso de liberalización. Un conjunto de factores, reflexionados y articulados desde fuera y aplicados sin más a la realidad hispana, sin parar mientes en determinar si eran razones de peso para trasladar a esta parte del mundo, conclusiones realizadas y pensadas para contextos diferentes.

Con ello no queremos decir que estos factores no sean aplicables verdaderamente a América Latina, que lo son. Pero no son en ningún caso la explicación del proceso en dicha zona. Lo cierto es, se quiera o no, que es un proceso diseñado desde el exterior, articulando sobre argumentos pensados y concretados por fuerzas externas[590].

Las auténticas razones que explican porque se lleva a la práctica este profundo cambio hay que buscarlas más bien en los elementos que determinan la irremisible imposición de este dictamen externo. No son más, en definitiva, que la historia de la necesaria dependencia de la mayor parte de los países latinoamericanos de fuerzas exteriores que condicionan de modo notable su acción.

[590] Se ha señalado, por ello, que no "se ha contemplado en forma previa a los procesos liberalizadores y de privatización para qué tipo de sociedades están destinados, sino que se apeló a formas preestablecidas en países desarrollados cuyas realidades no reflejan la de los países de Latinoamérica". Conclusiones del... Pág. 69.

No se quiere, con ello, descalificar el proceso. Nada más lejos, en realidad, de nuestra intención. Más bien se trata de poner de manifiesto el marco que ha condicionado su plasmación concreta. Un marco que ha traído algunas disfunciones en su realización práctica, que están pesando ahora de forma considerable. Eso hace que, en algunos casos, se haya producido una distorsión notable entre los objetivos declarados, y los verdaderamente perseguidos y alcanzados[591], que hace necesaria la adopción de severas correcciones.

La eterna reforma inacabada de los sistemas públicos de América Latina, ha encontrado un nuevo capítulo, sin duda, en el proceso de liberalización y desregulación. El resultado ha sido un giro, en algunos casos espectacular (piénsese en Nicaragua, que apenas unos años antes estaba experimentado un severo proceso de nacionalizaciones, para pasar casi inmediatamente a un radical movimiento privatizador) hacia una nueva realidad.

Dicho tránsito, la mayor parte de las veces no suficientemente preparado y bastante precipitado, ha generado consecuencias negativas indirectas (podríamos hablar utilizando una terminología de moda de daños colaterales), que proceden más de una incorrecta instauración del sistema, que del sistema mismo.

Este dato descubre una realidad especialmente peligrosa, pues puede llevar a una reacción contra el nuevo modelo de prestación, que lleve a un movimiento de signo contrario. Lo cual sería, en nuestra opinión, un inmenso error, pues agravaría la principal deficiencia que ha aquejado a todo el proceso: la inestabilidad[592].

[591] Señala SARAVIA que, aunque "las exposiciones de motivos que prologaban los actos de transferencia de activos al sector privado desarrollaban argumentos racionales, muchas veces plausibles, las razones eran ideológicas y sus motivaciones no siempre eran publicables". Regulación en...

[592] En tal sentido, señala MARIAL, en referencia a Argentina, que "el debate en derredor del concepto de servicio público es más primario en Argentina que el que se desarrolla en Europa. Un espectro político mucho más apartado en sus extremos que el europeo, hace que algunas alternancias en el poder lleven a replantear las ideas básicas de la política económica, creando así el problema de la <<estabilidad institucional>> (...). De allí que en lugar de enfocar el análisis en temas concretos, perfeccionando así el control sobre los prestadores, se vuelve a discutir el concepto mismo de servicio público para aportar andamiaje jurídico al cambio político". La influencia de... Pág. 363.

Nosotros creemos que el proceso liberalizador se ha vendido como una especie de nuevo bálsamo de Fierabrás, que venía a sanar todos los problemas de los que adolecía América Latina. Sin tenerse en cuenta los importantes cambios que eso suponía y, con ello, los riesgos que todo proceso de cambio comporta. Tres necesidades especialmente imperiosas han sido, a nuestro juicio, especialmente olvidadas: la de formar a los operadores jurídicos sobre el nuevo sistema, la de articular los mecanismos de control de la acción pública y la de establecer medidas efectivas de tutela de los usuarios.

Ello ha permitido, en ocasiones, una desviación de los verdaderos fines, al servicio de intereses puramente privados, que han obtenido un lucro notable en dicho proceso, en detrimento del interés público[593]. Entiéndasenos bien, no queremos valorar negativamente la iniciativa empresarial en dicho campo. De hecho entendemos que la atracción del capital y la iniciativa privados, y en buena parte el extranjero, son uno de los elementos imprescindibles para un buen fin del proceso, y para el necesario resurgir del mundo hispano.

El problema es que se ha creado un marco inestable, que ha permitido un proceso farragoso, sin objetivos claros y no muy transparente. En el que muchos han visto, y han obtenido, una ganancia fácil[594]. Mientras que lo necesario es lograr una inversión estable, que apueste a largo plazo y se comprometa con el desarrollo económico de la zona a medio y largo plazo[595].

---

[593] En tal sentido, señala B. KLIKSBERG, respecto al caso de Argentina, que el proceso de privatización se ha escorado en buena medida, para ofrecer oportunidades de negocio a grupos de poder económico concentrado. "Hacia un perfil de Estado en América latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía", en Revista del CLAD Reforma y Democracia. Caracas nº 32 (junio de 2005).

[594] Señalan M. THWAITES REY; A. LÓPEZ que "privatizar y sacarle funciones de control al Estado resultaron (...) las formas más eficaces para (...) abrir la puerta a negocios rentables y de ínfimo o nulo riesgo empresario". "La debilidad regulatoria como estrategia política", en Revista del CLAD Reforma y Democracia. Caracas, nº 28 (febrero de 2004).

[595] BATTISTÓN BARRIONUEVO ha destacado "la necesidad de generar un entorno de inversiones estables y claras, reglas del juego precisas, para que la inversión se pueda desarrollar dentro de un ámbito con las premisas necesaria para el desarrollo de toda actividad económica". Modelos de regulación...

Estas deficiencias son tanto más peligrosas cuando pueden provocar el efecto de minar la confianza de la ciudadanía en el sistema (mucho nos tememos que en parte ya se ha producido ese proceso[596]), llevando a un nuevo cambio precipitado y radical, que vuelva a situar a América Latina ante una estructura anquilosada y fuera de su tiempo.

Riesgo que se ve agravado por el hecho de que, en gran medida, las empresas prestadoras de servicios públicos se encuentren en manos de capital extranjero, lo que añade un elemento de fervor nacionalista a las tendencias de espectro estatalista[597].

Lo cierto es que, con más o menos deficiencias, la privatización y liberalización han situado a la América Latina en un contexto actualizado, que es el que, guste o no guste, rige el mundo actual, y contra el que difícilmente se puede luchar. Nunca ha sido bueno ir contra corriente. Ahora bien, cosa distinta es que ese proceso se haya seguido correctamente en todos los casos.

No es éste, pensamos, el momento de tirar la toalla, para volver a una realidad trasnochada y agotada, como lo es la de la

[596] KLIKSBERG ha señalado la existencia en América Latina de un cierto desencanto respecto al Estado Mínimo, de tal forma que la ciudadanía no considera que atienda bien a las necesidades sociales. "Los datos indican consistentemente, que se ha pasado de un apoyo inicial significativo a un recelo cada vez mayor que se transforma actualmente en un alto grado de descontento". Según este autor, este clima de descontento se extiende al funcionamiento de las agencias reguladoras y los servicios privatizados. Hacia un perfil de... Por su parte, J. L. KAROL considera que, a "diferencia de una década atrás, el clima de la opinión pública es hoy claramente crítico del proceso de privatizaciones y hostil a las empresas privatizadas". "Tarifas sociales en servicios públicos privatizados: una discusión sobre ciudadanía urbana y financiamiento de los costos de inclusión social en Argentina", en Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del Estado y Administración Pública, 7 (2002, octubre 8-11, Lisboa).

[597] Como señala MARCIAL, respecto a Argentina, que "la mayoría de los prestadores de los grandes servicios públicos argentinos sean empresas de capital extranjero, (...) agrega un importante ingrediente diferencial al debate sobre este tema con relación al que tiene lugar en Europa. La apelación a otorgar herramientas jurídicas al Estado para controlar los apetitos de los capitales privados se vuelve patriótica cuando esto capitales son, además, extranjeros". La influencia... Pág. 364.

intervención pública y el servicio público tradicionales[598]; sino de descubrir las deficiencias del nuevo sistema y corregirlas, tratando de acompasar la teoría a la realidad. Para ello es fundamental revisar las causas teóricas del proceso, y enjuiciar de forma crítica y realista los factores peculiares que han acompañado el proceso en América latina, para aplicar medidas correctoras y lograr los objetivos deseados.

Comenzando con las causas que han llevado al proceso de privatización y desregulación en todo el mundo, debe señalarse el triunfo de un ambiente ideológico favorable a la privatización[599]. Desde hace ya algún tiempo se viene cuestionando la eficacia de la intervención pública, y la necesidad de reducir ésta de forma drástica.

Los argumentos fundamentales en que se basaba esa vertiente crítica son la falta de eficacia del sector público, y el desmesurado tamaño adquirido por éste[600]. Desde dichos postulados se demandaba una restricción de la acción pública a aquellos ám-

[598] Como señala G. ARIÑO ORTIZ que la "vuelta atrás sería un error. Peor el remedio que la enfermedad. El funcionamiento de esas actividades económicas en condiciones de mercado es mucho más eficiente que el modelo público, planificado y monopolizado. Con esto no quiere decirse que la implantación de la regulación para la competencia no suscite problemas o carezca de deficiencias (...). Lo que quiere destacarse es que, aun con sus problemas, el modelo de regulación es el que mejor responde a las necesidades de los consumidores en términos de eficiencia, calidad y seguridad". "Prólogo", al libro de F. J. Villar Rojas. Las instalaciones esenciales para la competencia. Comares. Granada, 2004. Pág. XXI. Más específicamente respecto al contexto latino, se ha postulado que "en lugar de una intervención directa como productor, el aparato estatal debe concentrar sus actividades en la regulación". "Una nueva gestión pública para América Latina", Documentos del CLAD.

[599] SANZ RUBIALES, I.: Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales. Universidad de Valladolid, 2004. Pág. 9. Señala M. AÑORVE BAÑOS que el "saneamiento de las finanzas públicas y la disciplina del gasto público, elevados a categorías míticas por el pensamiento económico en boga, cuestionan la presencia pública global, y postulan una privatización acelerada de los servicios públicos en todos los ámbitos". Servicios públicos municipales. Editorial Porrúa. México, 1998. Pág. XIII.

[600] LÓPEZ-IBOR MAYOR, V.: "La liberalización del sector eléctrico: perspectiva jurídica", en Revista Española de Derecho Administrativo, abril-junio de 1998. Pág. 191. Específicamente respecto a América Latina, J. C. CASSAGNE, que considera que "el fracaso de la empresa pública en Latinoamérica constituye un fenómeno generalizado cuyas fallas se resumen tanto en la ineficiencia de los servicios o actividades que llevan a cabo como en la generación de abultados déficits económicos y financieros siendo, este último, uno de los factores que más ha contribuido a la inflación que padecemos". La intervención administrativa. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1994. Págs. 134-135.

bitos y actividades que sólo a ella corresponden[601], lo que le permitiría concentrarse en la correcta realización de esas actividades[602], dejando las demás a una iniciativa privada y al mercado, presuntamente más eficaces.

A este ambiente privatizador que flotaba en el ambiente, se le añadió un argumento de peso: una importante serie de transformaciones tecnológicas que suponían una importante mutación en la organización y prestación de algunos de los más significativos servicios económicos (y en especial de las telecomunicaciones). Con ellas, surgieron tanto nuevas oportunidades para los negocios empresariales; como nuevas posibilidades para articular y regular estos sectores por parte de los poderes públicos[603].

Con estas modificaciones, unidas al proceso de globalización económica que se ha producido durante los últimos años, se creo un nuevo marco para el ejercicio de esas actividades, que demandaba inversiones considerables, que sólo se han hecho posible en un ámbito liberalizado[604].

[601] Como señala J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, nadie "cree ya 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". El sector público económico gallego. Universidad de la Coruña, 1996. Pág. 8.

[602] ROTH, G.: The private provisión of public services. Oxford University Press, 1987. Pág. 5.

[603] JORDANA, J.; SANCHO, D.: "Reforma del Estado y Telecomunicaciones en América Latina".

[604] Señala BATTISTÓN BARRIONUEVO que "estamos dentro de un proceso de aceleración del proceso de cambio y difusión tecnológica, con lo cual queremos decir que cambio y difusión tecnológica siempre lo ha habido, la característica distintiva es la velocidad con que se están produciendo en este fin de milenio. Convergencias tecnológicas y de los negocios, lo cual se superpone a otra variable que es la globalización no solamente de los mercados sino de los servicios y de los propios operadores que tienen que redefinir sus estrategias a nivel regional y planetario". "Particularmente frente a esto es claro que los sectores de telecomunicación han respondido poniendo en marcha privatizaciones y procesos de liberalización que los agentes han tenido que afrontar de una nueva manera, todo ese nuevo mercado cambiante, complejo que se presentaba, y para eso se han desarrollado unas verdaderas fiebres de alianzas y fusiones, y que todo ese proceso está demandando necesidades de inversiones como probablemente las ha habido en pocos sectores económicos". Modelos de...

En el campo que nos ocupa, en la ocupaban un lugar central los denominados servicios de red, singular importancia tiene que estos avances tecnológicos han permitido deslindar entre la red y los servicios que se prestan en la misma. Con ello, ha quedado destruido una regla que en tiempos se considero inamovible: el carácter de monopolio natural de estos servicios. Si anteriormente el enorme coste que suponía la duplicación de la red, se considero un obstáculo insalvable para introducir en ellos la competencia. En la actualidad, se puede utilizar una misma para prestar a través de ella el servicio en condiciones competitivas por diversos operadores[605].

De este modo, el monopolio natural llega tan sólo a la red, pero no a los servicios prestados a través de la misma y, con ello, queda abierto el camino para transformar estos sectores monopolísticos en mercados competitivos.

Como ya dijimos, la explicación de este proceso en Hispanoamérica responde sólo de forma parcial a estas causas. Por un lado, resulta difícil negar que éste constituye, en gran parte, una respuesta al agotamiento político del estado desarrollista y a la crisis económica generada por la incapacidad de los países latinoamericanos de pagar la deuda externa en 1982.

Pocas dudas cabes que estas motivaciones, que no vienen a ser más que la plasmación y concreción en el mundo latino de los factores antes reseñados, determinaron que las fuerzas políticas y económicas neoliberales, que comenzaron a ganar posiciones en los distintos países de la región, propugnaran la evolución hacia un Estado mínimo y la liberalización de la economía,

[605] PERROT, A.: "Dereglementation et service universel dans les entreprises de reseaux: les enseignements de la theorie economique", en Service public et Communauté Européenne: entre l'intérêt general et le marché. La documentation Française. París, 1998. Págs. 444-445. GLAIS, M.: "Facilités essentielles: de l'analyse économique au droit de la concurrence", en Etudes et Documents 53. Pág. 412.

como única estrategia viable para el logro de la estabilización financiera, el crecimiento económico y el cumplimiento en el pago de la deuda externa[606].

[606] Existe una abundante bibliografía sobre este tema en América Latina, sin embargo, voy a referir los estudios que a mi criterio son más significativos: 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?. 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 nº 9. Caracas, 1997; BULMER-THOMAS, V.: La economía política de Centroamérica desde 1920. Banco Centroamericano de Integración económica. San José, Costa Rica. 1989; CALDERON, F y DOS SANTOS, M. R.: Sociedad sin atajos: Cultura Política, reestructuración y democratización en América Latina. Buenos Aires Editorial Paidos. 1995; CENTRO DE ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS: Transformaciones sociales y acciones colectivas: América Latina en el contexto internacional de los noventa. México. El Colegio de México. 1994; CEPAL.: América Latina y el Caribe: Políticas para mejorar la inserción en la economía mundal. Santiago de Chile. 1994; CEPAL.: América Latina y el Cariba 1980-1995. Quince años de desempeño económico. Santiago de Chile. 1996; CEPAL-UNESC.: Educación y conocimiento: Eje de la transformación productiva con equidad. Santiago de Chile.1992; COOK, M. L (Edi).: Las dimensiones políticas de la reestructuración económica. México. Fondo de Cultura Económica; FORO DEL AJUSCO: Desarrollo sostenible y reforma del Estado en América Latina y el Caribe. Colegio de México.1995; GURRIERI, A.: Los noventa: ¿Desarrollo con equidad?. 1990. FLACSO, CEPAL, San José. 1990; ILPES.: Reforma y modernización del Estado. Santiago de Chile. 1995; ROJAS, M.: La gobernabilidad en Centroamérica. Ajuste, sectores populares y gobernabilidad. San José. FLACSO. Programa Costa Rica. 1995; SOJO, C.: Gobernabilidad en Centroamérica. La sociedad después del ajuste. San José. FLACSO. Programa Costa Rica. 1995; TOMASSINI, L.: Estado, gobernabilidad y desarrollo. Banco Interamericano de Desarrollo, Serie Monográficas, No. 7, Washington D.C. 1993; TORRS-RIVAS, E.: Centroamérica: La democracia posible. San José, Costa Rica. EDUCA-FLACSO. 1987; TORRES RIVAS, E.: El sistema político y la transición a la democracia en Centroamérica. FLACSO, San José Cuadernos de Ciencias Sociales. No.36, 95. 1987; CALDERON, F.: "Hacia un nuevo orden estatal en América Latina. Veinte tesis sociopolíticas y un corolario de cierre", en: América Latina: opciones estratégicas de desarrollo. Editorial Nueva Sociedad. Págs.141-146. 1992; CALDERON, F.: "Gobernabilidad, competitividad e integración social", en Revista de la CEPAL. No. 57. Diciembre. Págs. 43-54. 1995; CEPAL (1995): "Modernización del Estado: resúmenes de documentos", en Serie INFOPLAN. Temas Especiales del Desarrollo. No. 11. Pág. 75. 1995; CALDERON F Y DOS SANTOS, M. R.: "Hacia un nuevo orden estatal en América Latina. Veinte tesis socio-políticas y un corolario de cierre", en Estudios Sociales Centroamericanos, No. 53. Mayo.-Agosto. Págs. 125-150. 1990; DE FRANCO, S y VELAZQUEZ: De Franco Silvio y José Velázquez (1994): "Transiciones democráticas en Nicaragua", en DOMINGUEZ, J Y LINDERBERG.: Transiciones democráticas en Centroamérica. San José. INCAE. Págs. 205-251. 1994; GARCIA-GRANADOS, C.: "Estado y sociedad en el neoliberalismo dependiente", en Revista mexicana de Sociología, No. 4, Año LVI, Octubre-Diciembre. 1994; GERT, R: "Democracia y economía", en Revista de la CEPAL. Abril. No. 43. 1991.

Si bien, no cabe ignorar que este punto suponía una peculiaridad reseñable para el mundo latino, pues la crisis del Estado alcanzaba en esta parte del mundo una gravedad mucho más elevada que la que se daba en otros puntos del planeta[607].

Pero las verdaderas peculiaridades provienen de que, junto a estas causas, coincidentes *mutatis mutandi* con las universalmente esgrimidas para justificar la evolución hacia la privatización y desregulación, hay que barajar otras específicas del mundo latino, que han colaborado de forma definitiva a la tendencia reguladora.

Aparte de la sumisión a lo que podíamos designar como una cierta moda que se extendió rápidamente por toda la región[608], se pueden algunos factores peculiares relevantes. El primero de ellos es, sin duda, la acción de algunos organismos internacionales. No es América Latina, obviamente, el único punto del mundo dónde esa presión por parte de estas entidades se ha producido (el caso europeo es significativo, pues el proceso ha venido auspiciado y dirigido en gran medida por las instituciones de la Unión Europea). Sin embargo, si lo es que en Iberoamérica esa incidencia ha tenido tintes particulares, como consecuencia de la presión ejercida por la deuda externa, que ha dotado a las instituciones internacionales de crédito de un arma decisiva para hacer prevalecer su ideología favorable a la privatización.

[607] Se ha señalado, al respecto, que "la situación inicial de la crisis del Estado, cuya gravedad era mucho mayor que la que existía en el mundo desarrollado. No sólo estos países entraron en una seria crisis fiscal, sino que se enfrentaron al agotamiento del modelo anterior de desarrollo económico (modelo de sustitución de las importaciones). Por otra parte, el problema de la deuda externa se hizo crónico en casi todo el continente. La no resolución de estos problemas estructurales determinó que la década de 1980 estuviese marcada, para la mayoría de las naciones latinoamericanas, por el estancamiento y por altas tasas de inflación". Una nueva gestión...

[608] Señalan JORDANA; SANCHO que "los aspectos de moda organizativa influyeron claramente, ya que la difusión del modelo de agencias autónomas constituía uno de los referentes clásicos de lo que ha llamado la nueva gestión pública de los años noventa". Reforma del... En el mismo sentido, señala SARAVÍA que se privatizo porque era "más moderno". Regulación en...

Mayor o menor puede haber sido el entusiasmo privatizador y desregulador de los países de Hispanoamérica, pero el dictamen internacional favorable a la misma ha tenido, ante la imposibilidad de estos países de rechazar el crédito internacional[609], un carácter vinculante, que ha precipitado de forma irreversible y determinante hacia dicho proceso[610].

En realidad, este efecto en el ámbito de los servicios públicos no es más que la consecuencia más de un movimiento más amplio de reforma del Estado hacia la privatización que no fue, en gran parte, producto de una discusión política interna, sino de un proceso de transformación inducido desde presiones y políticas externas a los países. En otras palabras, se trata de una política de reforma cuya raíz no proviene de las necesidades sentidas y manifiestas de la propia sociedad (empresarios medianos y pequeños, trabajadores urbanos, burócratas, profesionistas, campesinos), sino de una propuesta derivada del acatamiento interno de las recomendaciones del Banco Mundial, de las exigencias del Fondo Monetario Internacional y de las propuestas de lo que se ha llamado el consenso de Washington[611].

[609] EVANS, T.: "Ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe", en La transformación neoliberal del sector público. Lation editores. Managua, 1995. Págs. 2 y 3.

[610] Se ha señalado que "es causa de los procesos de liberalización en Latinoamérica la exigencia de los organismos de crédito internacional, y en general del mundo globalizado, de implementar políticas desregulatorias de los servicios públicos tendentes a mejorar el equilibrio fiscal de los Estados. Esta exigencia reviste particular importancia por cuanto los Estados latinoamericanos no pueden prescindir del crédito internacional dado su alto endeudamiento externo". Conclusiones de... Pág. 68. En la misma línea, apuntan THWAITES REY; LÓPEZ que la "presión de estos organismos (se refieren al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional), que tenían sus propias agendas y recetas bien elaboradas, puso seriamente en cuestión la capacidad del Estado para diseñar una estrategia autónoma". La debilidad...

[611] El consenso de Washington hace alusión al acuerdo sobre política macroeconómica que habrían alcanzado distintos representantes de los organismos multilaterales y miembros de la academia latinoamericanos en la conferencia patrocinada por el Institute for International Economics en Washington en 1989; los 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. Para profundizar véase, entre otros DEL BÚFALO, E. "Las reformas económicas en América Latina", en Revista. Venezolana de Economía y Ciencias Sociales, 2002, vol. 8 nº 2 (mayo-agosto); WILLIANSON, J.: "What Washington Means by Policy Reform" en Latin America Adjustment. How much has happened?, Washington, Institute of International.

A partir de este proceso de reforma, se producirá en la región objeto de estudio un nuevo cambio histórico en el rol del Estado. Desde los años ochenta, y como producto de las políticas liberalizadoras, se tiende a construir en América Latina un Estado informado por los caracteres del denominado Estado mínimo. Con ello, se esperaba que los poderes públicos dejaran de cumplir las funciones y características propias del denominado Estado desarrollista, esto es, se piensa un Estado que abandone su papel de planificador, empresario, distribuidor de la riqueza y mediador de los distintos intereses y conflictos sociales.

En términos muy generales, estas medidas implicaban: a) el saneamiento y estabilización de las finanzas públicas, mediante la reducción del déficit presupuestario y la disminución del gasto público; b) el 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) la 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, tanto en el aspecto exterior como en el interior, mediante la desregulación de la empresa privada, de la competencia y el mercado, y la apertura externa en lo comercial y financiero; g) disminución del aparato estatal y reducción de los gastos públicos, el personal burocrático, las inversiones y actividades productivas y 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 eran, en lo esencial, reequilibrar las cuentas del sector externo (balanza comercial, balanza de servicios, balanzas de capitales), con el fin de liberar divisas que permitan asumir los compromisos de los altos niveles de endeudamiento con los organismos internacionales de crédito y la banca privada internacional.

Téngase en cuenta que para liberar esas divisas era preciso, por un lado, disponer de ahorro. Ello se lograría a partir de la disminución del déficit fiscal, permitiendo contar con nuevos saldos con los que se cancelaría la deuda externa. Operación contable que se lograría: 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.

Por otro lado, es preciso disponer de saldos en la balanza comercial. Para lo que a su vez se requería: a) aumentar las exportaciones para equipara la balanza comercial en relación a las importaciones; b) captar divisas externas a través de la inversión extranjera directa y abriendo el mercado de capitales. Esto último trae consigo una nueva serie de desregulaciones, 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, que suele ser designada comúnmente como "ajuste estructural", se impondrá de forma clara en Latinoamérica.

Algunos autores han destacado que esta debilidad del Estado respecto a los organismos internacionales ha sido, en algunos casos, la coartada para imponer como inexorables determinadas decisiones que no lo eran, sustrayéndolas así del campo de la discusión política[612].

[612] THWAITES REY; LÓPEZ: La debilidad...

El resultado general de esta político presenta evidentes claroscuros. Por un lado, estas políticas de reforma han servido para introducir, asentar y hasta construir un modelo económico y político caracterizado por los excesos privatizadores y una extrema polarización social. Sin embargo, por otro lado, en su conjunto, la reforma del Estado en América Latina ha conseguido reequilibrar las cuentas fiscales.

En lo económico, las privatizaciones de empresas y servicios sociales; la desregulación estatal de precios y de toda la actividad económica (mercado laboral y salarios), y la apertura al comercio exterior, constituyeron los tres pilares de la política económica neoliberal durante los años noventa.

Las privatizaciones acabaron con la función de empresario del Estado y dejaron fuera de su control un gran número de actividades económicas y servicios públicos(comunicaciones, transporte, energía eléctrica, agua potable, etc), antes considerados estratégicos, tanto por su importancia económica como social.

Con ello, se restituyó la confianza empresarial, a la par que se transfirió un ingente patrimonio y recursos productivos a unos pocos grupos económicos, provocando así la emergencia de una poderosa clase política empresarial.

Debe notarse, no obstante que esta reforma del Estado ni ha conseguido, ni en gran parte ha pretendido, implementar políticas de distribución del poder en la sociedad, sino que, más bien al contrario, ha disminuido las esferas de participación y ha tecnificando las decisiones políticas, separando, con ello, en gran medida los aspectos políticos de las necesidades y problemas sociales.

Si se ha conseguido, sin embargo, ciertos avances en torno a la democratización de los sistemas políticos y del conjunto de las instituciones del Estado, quedando descartados, al menos por el momento, los autoritarismos y los regímenes militares. Así como la institucionalización de los derechos ciudadanos y de las organi-

zaciones sociales y de barrio, consolidando regímenes de democracia liberal restringida, en los que formalmente se respetan los derechos civiles y políticos de los ciudadanos a la organización, a la expresión de ideas, a la movilización y participación política, pero cuyo margen de acción tiene como límite no chocar con las políticas económicas y sociales establecidas desde el Estado y desde los organismos financieros internacionales.

A lo dicho hasta el momento debe añadirse un factor estrechamente vinculado al anterior, la necesidad de cancelar la deuda externa, que ha provocado en numerosas ocasiones la adopción de políticas privatizadoras de carácter fiscal, dirigidas a obtener ingresos que permitieran hacer frente a ese monstruo de apetito voraz, que tiene esclavizada a la América latina.

Factor que, además, ha provocado en algunos casos el efecto perverso de impedir una correcta articulación del proceso privatizador, en cuanto se ha emprendido la búsqueda de una fuente de ingresos rápidos, olvidándose de las buenas prácticas privatizadoras[613].

Llegados a este punto la pregunta que se plantea es si se puede llegar a alguna conclusión sobre esta evolución en el campo de los servicios públicos. En nuestra opinión no pueden hacerse juicios definitivos. En primer lugar, porque los efectos del proceso no se han manifestado aún con toda su intensidad. En segundo lugar, porque un ámbito tan amplio como es Hispanoamérica no admite un juicio conjunto. En realidad, la oportunidad que suponía el proceso de privatización y liberalización ha sido aprovechado por algunos países; mientras que en otros no sólo no se ha sacado utilidad del mismo, sino que ha dado lugar, incluso, a un cierto oportunismo de determinados grupos económicos[614].

[613] Véase al respecto, en relación a Argentina, KLIKSBERG. Hacia un perfil de... Señalan al respecto THWAITES REY; LÓPEZ que la "premura por cerrar las cuentas públicas haciéndose de recursos frescos y genuinos llevaron al gobierno a plantearse en la práctica un esquema de <<caja>>, en el que era preciso liquidar cuanto antes todo lo que daba perdidas y reunir, simultáneamente, la mayor cantidad de recursos posibles para hacer frente a la deuda externa e interna. El <<salto hacia delante>> que significaba el amplio plan privatizador fue acicatado, más que por un meditado análisis y estrategia de reconversión productivo con proyección de largo alcance, por necesidades a corto plazo". La debilidad...

En cualquier caso, si se puede concluir, con carácter general, en la necesidad de realizar en los países de la zona un cierto reforzamiento de la posición del regulador, y de incrementar las medidas de tutela de los usuarios, mediante procedimientos efectivos de reclamación y un incremento de la transparencia y participación[615].

Muy particularmente, debe tenerse en cuenta de nuevo aquí el contexto peculiar de la América Latina, en el que existen importantes capas de población en situaciones de extrema pobreza. Dicho colectivo requiere en muchos casos de medidas de tutela específica[616], que impida que queden excluidos del disfrute del servicio. En un proceso de liberalización deficientemente articulado, que no opere las correcciones oportunas vía regulación, existe un importante riesgo de que así ocurra[617]. En algunos ca-

[614] Como señalan JORDANA; SANCHO, refiriéndose a las telecomunicaciones, los "procesos de privatización de las telecomunicaciones en América Latina a lo largo de estos años oscilaron entre la oportunidad y el oportunismo, dependiendo de las coyunturas económicas precisas que los países atravesaban en el momento en que decidieron emprender las iniciativas de privatización. Así, en algunos casos, los condicionamientos negativos fueron tan enormes (deterioro de los servicios, empresas en bancarrota, crisis económicas, etc.), que los países que lo afrontaron difícilmente pudieron implementar estrategias complejas, para aprovechar la oportunidad del momento privatizador e integrar ese proceso con otros objetivos de políticas públicas, dando paso a un cierto oportunismo de algunas mutinacionales del sector. Sin embargo, en numerosos casos si fue posible definir algunas estrategias, con cierto grado de complejidad, para modernizar un sector económico clave para el desarrollo". Reforma del...

[615] En tal sentido, refiriéndose en general a todo Hispanoamérica, Conclusiones... Pág. 69. Véase al respecto en relación a Chile, FERRADA BÓRQUEZ, J. C.: "Los órganos reguladores en el ordenamiento jurídico chileno: institucionalidad y transparencia", en Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública 10 (2005, octubre 18-21, Santiago). Refiriéndose a Argentina y Brasil, SARAVIA: Regulación en...

[616] Recientemente se ha señalado que la "innovación en la gestión estatal para satisfacer las necesidades de los ciudadanos y especialmente de los grupos más vulnerables constituye un desafío singular y urgente". "Asociación entre lo público y lo privado: en busca de la complementariedad", Consenso de Madrid, 23 y 24 de junio de 2005.

[617] Señala al respecto KAROL que la "renegociación constante de condiciones contractuales y el aumento y rebalanceo de tarifas durante toda la década, combinados con la creciente y veloz pauperización de las capas medias y bajas urbanas de los últimos años, elevaron a niveles inéditos los costes de servicios por morosidad y falta de pago y añadieron nuevas dimensiones a la creciente exclusión y desafiliación de vastos sectores de la población". Tarifas sociales en...

sos ese efecto se puede llegar a producir, incluso, por una mejora de los servicios, que puede llegar a suponer un perjuicio para ellos, si va acompañada de una subida de precios, pues les dejaría fuera de la cobertura del mismo[618].

En tal sentido, debe tenerse en este ámbito muy presente la necesidad de garantizar que el acceso al servicio esté al alcance de toda la ciudadanía, y que no se convierta en el privilegio de unos pocos.

IV
LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: DEFINICIÓN Y RASGOS DEFINIDORES

A pesar de la diversidad de estrategias y fórmulas en las que se ha plasmado el proceso de privatización y desregulación en los distintos países[619], se puede decir que se han seguido, en general, tres grandes líneas de actuación: a) la privatización de empresas públicas monopolísticas; b) la eliminación del viejo modelo de intervención público, que eliminaba la competencia, para abrir en parte estos sectores a la competencia; c) la adopción de una nueva forma de intervención pública en estos sectores, basada en mecanismos de regulación[620].

Lejos de constituir actuaciones aisladas, se trata de tres procesos intensamente relacionados, que dan como resultado un nuevo modelo de prestación de servicios públicos, cuya designación no es uniforme, pero que a nosotros nos gusta designar como

[618] Conclusiones... Pág. 69.

[619] Destaca ROZAS BALBONTÍN que "las restructuraciones de los servicios dieron origen a una diversidad de modelos que difieren no sólo de un sector a otro, sino también de un país a otro para un mismo sector". Competencia y...

[620] JORDANA; SANCHO: Reforma del...

"mercados regulados de servicios públicos". Al explicar brevemente porqué, podremos analizar los rasgos esenciales de este sistema.

En primer lugar, debe destacarse que se trata de un conjunto de actuaciones diversificadas pero que confluyen para llegar a un resultado unitario. Privatización, desmonopolización y regulación son tres elementos incompresibles en aislado, que sólo cobran su auténtico sentido desde su conjunción.

El objetivo final del proceso es pasar de un mercado monopolizado a un mercado que funciona en régimen competitivo. Conseguir esa meta es, sin embargo, una operación compleja y delicada, que requiere actuaciones diversas.

La primera de ellas es, obviamente, la eliminación de las barreras que impiden la entrada a ese mercado, pues hasta hace apenas unos años la mayor parte de los grandes servicios de red, eran monopolios públicos. Con ello, se devuelve a ese ámbito la libertad de empresa, reconociendo a la iniciativa privada la facultad de desarrollar esa actividad, pasándose, así, de un sistema en el que no cabía el ejercicio de esa actividad por los particulares, salvo que los poderes públicos transfirieran esa facultad a éste mediante concesión, a un sistema regido por la libertad de entrada, condicionada a la simple obtención de una autorización administrativa previa[621].

Esa desmonopolización viene acompañada necesariamente de una cierta privatización del empresario público encargado hasta ese momento de prestar el servicio. Esa privatización no tiene que ser necesariamente de propiedad, pues cabe perfectamen-

[621] CASSESE, S.: La nuova constituzione economica. Laterza. Roma. Segunda reimpresión de la segunda edición, 2001. Págs. 86-87. BOIX PALOP, A.: "Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción del servicio público", en Revista General del Derecho 680, mayo de 2001. Pág. 3313.

te que el antiguo monopolista siga operando en ese sector sin dejar de ser, por ello, una empresa pública. Pero en cualquier caso implica una cierta privatización, al menos de su forma de actuar, pues lo que no podrá hacer en ningún caso es seguir actuando como un poder público, esto es, fuera de las reglas de mercado.

Podrá, en definitiva, ser un sujeto de titularidad privada o de titularidad pública[622], pero en cualquier caso debe operar pautado a las formas de actuar de la empresa privada, esto es, sujeto a las reglas de mercado y a los rigores de competencia, en igualdad de condiciones respecto a los demás operadores que actúen en el sector.

En la práctica, no obstante, lo más frecuente ha sido que la desmonopolización haya venido acompañado de la privatización del viejo monopolista.

Ello no supone, sin más la conversión de estos sectores en mercados competitivos. Pues sobre ellos van a pesar diversas dificultades que van a hacer difícil que ese objetivo se consiga.

La primera de ellas es la persistencia en el mercado del viejo monopolista que, por más que se haya visto transformado en un operador más del mercado, va a tratar de mantener su posición de preponderancia en el mismo a toda costa. Es preciso, por ello, una intervención pública que defienda a los nuevos operadores de las maniobras que presuntamente éste va a tratar de llevar a cabo para expulsarles del mercado o impedir su consolidación en éste.

El segundo de los factores es que en estos sectores existen relevantes intereses públicos, que probablemente un mercado en

[622] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: "La regulación económica en España", en la obra colectiva con G. Ariño Ortiz y J. M. De la Cuetara: El nuevo servicio público. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 196.

competencia no va a satisfacer (prestación de servicios a zonas o colectivos no rentables, externalidades positivas, etc.). Es necesario, por ello, de nuevo aquí una intervención pública que haga valer esos intereses.

Es aquí donde se residencia la persistencia del servicio público en su aspecto más puro. La defensa de estos intereses va a determinar en ocasiones la realización de operaciones que extraen determinadas prestaciones del ámbito del mercado, sujetándolos a un régimen peculiar (financiación mediante fondos públicos, reservando determinadas prestaciones a determinados operadores, etc.).

Un tercer elemento que hay que tener presente, es que estos sectores no pueden recibir un tratamiento unitario, sino que debe distinguirse distintos ámbitos de actividad en los mismos, por diferentes razones, además.

El primero de los segmentos que debe ser distinguido es aquel en que se concretan las obligaciones de servicio público. Como ya dijimos, estas prestaciones se articulan de acuerdo a una lógica distinta a la del mercado. Esto hace que los encargados de prestarlas puedan gozar de privilegios (el caso más típico sería una financiación privilegiada), que de ser utilizados fraudulentamente en el segmento competitivo del mercado, acabarían irremisiblemente con la competencia. Esto hace que deban someterse a un régimen separado.

Consecuencia de lo anterior es el denominado *unbundling*, o separación de actividades[623], que puede revestir diversas modalidades de diferente intensidad, que irían desde la obligación de llevar a cabo una contabilidad separada de las actividades

[623] Véase SIMON, D.: "Les mutations de services publics du fait des contraintes communautaires", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché. La documentation Française. París, 1998. Pág. 82. ROUVIER-MEXIS, C.: "Service public ou service rendu au public", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché II. La documentation Française. París, 1998. Pág. 134.

competitivas y las sujetas a un régimen de no mercado; hasta la prohibición de que un mismo sujeto realice ambas actividades.

El segundo de los segmentos que debe ser diferenciado es aquel mediante el cual el poder público se hace presente en el mercado, encauzando su actividad de cualquier modo, desde la simple y tradicional policía administrativa, hasta la dirigida a salvaguardar la competencia en ese mercado. En este caso no hay un riesgo de malversación de la competencia mediante el uso indebido de una ventaja económica, como en el caso anterior, sino haciendo uso de los potestades públicas que se ejercitan en el mismo.

El problema de fondo reside aquí no en la propia existencia de esas potestades, sino en la posibilidad de que quien las ejerza actúe al mismo tiempo como un operador en ese mercado. Este riesgo se da en dos supuestos: a) cuando los poderes públicos son al mismo tiempo operadores en ese mercado; b) cuando se encomiendan el ejercicio de esas potestades públicas a alguno de los operadores de ese sector[624].

Para evitar que ese efecto se produzca se obliga a establecer una separación entre operador y regulador[625], lo que determina un alejamiento de los modelos tradicionales de intervención, en los que se admitía que ésta se llevase a cabo de forma interna. Sobre ello volveremos más tarde. Baste ahora con notar la necesidad de diferenciar estos aspectos.

Debemos diferenciar, por último, un tercer segmento, que se sitúa en una situación intermedia entre los dos anteriores. Si en el primero el riesgo era que la competencia se viera quebrada

[624] LANGODET, F.: "La dissociation des fonctions su sein du service universel", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché II. La documentation Française. París, 1998. Págs. 259-260.

[625] PAGE, A. C.: "Member States, Public Undertakings and article 90", en European Law Review 7 (1982). Pág. 21.

por el uso indebido de medios económicos, y en el segundo por la utilización abusiva de poderes. En el que ahora nos ocupa se pueden dar ambos riesgos.

Antes decíamos que estos sectores eran considerados tradicionalmente monopolios naturales, dado los elevados costes que implicaba la duplicación de la red. Ese condicionante ya veíamos que ha quedado superado en la actualidad, dado que la técnica permite perfectamente distinguir entre la utilización de la red y los servicios que se prestan a través de ella. Eso no impide que la red continúe siendo en parte un monopolio natural.

Eso genera un doble riesgo para la competencia. El primero de ellos, económico, pues, en cuanto la red en muchos casos va a ser objeto de una gestión monopolística, se abre la posibilidad de que se utilice los rendimientos económicos obtenidos en la gestión de la misma, para malversar la competencia en el segmento competitivo del mercado. Esto obliga a adoptar aquí de nuevos medidas de *unbundling*, para evitar que así ocurra[626].

El otro riesgo hace referencia a la posibilidad de que se utilice el poder que otorga la gestión de la red, para perjudicar a los posibles competidores en el mercado. Ello obliga a que se sujete ésta a un régimen peculiar, que garantice un trato igual a todos los operadores que actúan en el mercado[627], asegurándose así que no se va a distorsionar el funcionamiento competitivo del mercado[628].

Como puede verse, la creación de este tipo de mercados implica necesariamente la adopción de medidas de diferente signo. Por un lado, medidas tendentes a la apertura a la competencia y a la

[626] GLAIS: Facilités essentielles… Págs. 414-415.
[627] JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: Obras publicas e iniciativa privada. Montecorvo. Madrid, 1998. Págs. 215-216.
[628] VILLAR ROJAS, F. J.: Las instalaciones esenciales para la competencia. Comares. Granada, 2005. Pág. 138.

privatización; por otro, introducción de medidas de regulación y, por tanto, de intervención pública. Pero unas y otras no tienen, pese a ello, un sentido contradictorio, sino complementario.

La competencia se genera porque va a lograr dar correcta satisfacción a los intereses públicos existentes en el sector. Las medidas de regulación van dirigidas no ya a proteger la competencia, sino incluso son las que hacen posible que ésta exista. Es más, incluso el supuesto de regulación de sentido más publicista, aquella que va dirigida a dar satisfacción a los intereses públicos que el mercado no satisface, se articula unitariamente con el ámbito de mercado. De tal forma que se adoptan medidas (*unbundling*) para verificar que su existencia no va a perjudicar el funcionamiento del mercado.

Los mercados regulados son ámbitos donde confluyen elementos diversos, pero no son el fruto de una mera agregación de éstos, sino el resultado de una minuciosa construcción coherente, que sigue determinando el carácter unitario del sector. Cosa distinta es que, como señalaremos, la calificación de servicio público se extienda sólo a una parte de ese mercado. Eso, debe de quedar claro, no rompe la radical unidad de un mercado regulado, en el que la parte sujeta al mercado y la competencia, y la parte sujeta a regulación se encuentran íntimamente vinculadas, hasta el punto de ser inseparables. Se puede decir que una no tiene sentido sobre la otra[629].

La segunda nota que justifica su denominación es que se trata de mercados "regulados". Acabamos de ver los factores de los que surge la necesidad de esta regulación, por lo que no merece la pena insistir de nuevo en ellos. Si debemos, no obstante, señalar algunos datos que nos permitan ver el carácter esencial de este modo de intervención con el nuevo sistema.

[629] Un examen más detallado de todas estas cuestiones en SENDÍN GARCÍA, M. A.: Regulación y servicio público. Editorial Comares. Granada, 2003.

El tradicional viejo del servicio público, como en su momento vimos, se caracterizaba por la creación de una situación de no mercado. Operaba en un contexto en que el poder público asumía los parámetros en los que el servicio iba a ser prestado. Era, por ello, perfectamente coherente con el mismo la prestación directa por los propia Administración, o bien por un sujeto privado desprovisto de auténtica iniciativa empresarial (concesionario).

El nuevo sistema opera desde el mercado, partiendo de la presunción que la mejor asignación de las condiciones en las que se va a prestar el servicio la realiza el mercado. De tal forma, que sólo cuando se dan especiales circunstancias que determinan que la iniciativa empresarial no vaya a dar lugar a una intervención pública optima, la decisión del mercado es corregida vía regulación.

Esto supone situarse en un marco de mercado, con el que la gestión pública directa o mediante concesionario es incompatible. El operador que presta el servicio debe actuar como un auténtico empresario, que toma sus decisiones desde un criterio competitivo. Ello con total independencia, como ya señalamos, de que el capital del operador sea público o privado, lo relevante es su actuación conforme a un criterio puramente empresarial.

No hacen falta muchas disquisiciones, partiendo de estos presupuestos, para darse cuenta de la incompatibilidad con este sistema de un modelo de intervención pública que genera una situación de no mercado, como lo es el servicio público tradicional. Esa intervención se desarrolla, por ello, por un cauce diferente, la regulación, que es una actividad distinta y externa a actividad regulada, que no sustituye, sino que tan sólo limita a esta última[630].

[630] MATA, I.: "Los entes reguladores de servicios públicos", en Documentación Administrativa 267-268, septiembre de 2003-abril de 2004. Pág. 398.

Si se tiene además en cuenta que se trata de un condicionamiento externo, para reconducir la actuación, de un ente que opera desde su libre criterio empresarial, a las condiciones que exige el interés público, es fácilmente perceptible que esa actividad no se puede limitar a la fijación de un marco general para la actividad de que se trate, sino que implica un seguimiento continuo del sector.

Esa vigilancia continuada requiere, además, de algo más una mera emisión de normas, sino la adopción de toda una batería de medidas de diferente naturaleza, que permitan encauzar éste sector adecuándose a las necesidades que se planteen en el mismo en cada concreto momento.

Un último apunte sobre este elemento, el objetivo de esa regulación no puede limitarse a la imposición de determinados intereses públicos en beneficio de los ciudadanos. La labor del regulador es una tarea mucho más compleja, que debe buscar una correcta articulación y funcionamiento del sector. Aquí aparece de nuevo el carácter estrictamente unitario del mercado. Recuérdese que la correcta satisfacción de los derechos de los usuarios se logra en el sector competitivo, mediante la existencia de competencia mercantil.

Eso hace que el regulador no deba proteger sólo a los usuarios, sino que tiene que tutelar también la competencia y, con ello, también los derechos de los operadores. Pongamos un ejemplo, una medida política dirigida a mantener precios muy bajos, acaba perjudicando al adecuado funcionamiento del mercado y, con ello, más tarde o más temprano la deficiencia acabara trasladándose a los ciudadanos (mediante una perdida en la calidad de la prestación del servicio, por ejemplo).

Un tercer elemento sirve de base a nuestra definición, el servicio público. Mucho se ha escrito, y continuará, sin duda, escribiéndose acerca de la persistencia de la emblemática institución del servicio público en el contexto liberalizado. Sin dilatarnos demasiado en esta cuestión, no podemos dejar de dar las pin-

celadas básicas en las que, a nuestro juicio, se mueve el nuevo modelo.

Parece que al hablar de mercados regulados de servicios públicos hemos tomado opción por el primer modelo, sin embargo, debemos hacer alguna matización que aclare la cuestión.

La idea de servicio público se utilizaba, de forma bastante confusa en nuestra opinión, con un doble sentido: a) para indicar el carácter imprescindible de una prestación, cuyo suministro debe estar asegurado por los poderes públicos; b) para indicar que una actividad estaba sujeta a un régimen de intervención público especialmente intenso.

El primer elemento no debería verse afectado como consecuencia de la liberalización y desregulación, los servicios objetos de la misma siguen manteniendo un carácter esencial para la sociedad, y su mantenimiento y correcta prestación es una tarea ineludible de los poderes públicos.

La transformación en el nuevo modelo viene marcada por la consideración de que, en algunos casos, la mejor forma de garantizar ese suministro es mediante el mercado y la competencia, y no mediante la intervención pública. Eso hace que, cuando así ocurre se potencie el funcionamiento competitivo del mercado, como vía para suministrar esas prestaciones.

Es, por tanto, el segundo elemento, el que se ve modificado, en cuanto que esos servicios, cuya adecuada prestación sigue el Estado garantizando, no están sujetos siempre a una intervención pública especialmente intensa.

De aquí se derivan dos transformaciones fundamentales frente al modelo tradicional de carácter publicista que regía en Europa continental y Latinoamérica.

En primer lugar, si en el modelo tradicional era un servicio público de corte subjetivo, en cuanto la Administración asumía

la titularidad de la actividad, pasa a ser una noción objetiva, esto es, una actividad sometida a una regulación especialmente intensa, para salvaguardar el interés público presente en la misma[631].

En segundo lugar, ya no resulta adecuado calificar al conjunto del sector como servicio público. En realidad, es preciso dar una calificación diferente según el sector de actividad que se trate, pues hay una parte del mismo que constituye actividad de mercado, prestada en régimen de libre competencia, y otra, sujeta a un régimen de servicio público. Se pasa de un servicio público global que abarcaba al conjunto del sector, a un servicio público por prestaciones[632].

A nosotros nos gusta diferenciar entre el término servicio esencial y servicio público. En el nuevo sistema el conjunto de la actividad es un servicio esencial, una actividad que por su importancia debe estar garantizada por los poderes públicos. Pero sólo son servicios públicos aquellas partes de la misma que requieren de una intervención pública de suficiente intensidad que suponga una ruptura de las reglas del mercado.

Nótese que hay una parte de la actividad que es servicio esencial sin ser servicio público. Pero si es así, es tan sólo porque el mercado presta ese servicio de forma adecuada. En definitiva, la lógica del servicio público sigue perviviendo, con técnicas diferentes, pero manteniendo su espíritu originario[633].

---

[631] Sobre la diferencia entre las tesis subjetivas y objetivas del servicio público, y sobre la mayor adecuación de las tesis objetivas al nuevo servicio público liberalizado, puede consultarse. MONTAÑA PLATA, A.: El concepto de servicio público en el Derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición, 2005. Págs. 163-178. Véase también, CASSAGNE: Evolución de los... Pág. 20.

[632] JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", en Revista Española de Derecho Administrativo 84 (1995). Pág. 594. TORNO MAS, J.: Las autoridades reguladoras de lo audiovisual. Marcial Pons, 1999. Pág. 53.

[633] Un tratamiento más detallado de todas estas cuestiones en SENDÍN GARCÍA, M. A.:Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios público. Editorial Comares. Granada, 2003.

V
LAS ENTIDADES REGULADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Este estudio no estaría completo sin hacer referencia al sujeto a través del cual se articula la intervención pública en los nuevos servicios públicos liberalizados. En toda América Latina se ha consolidado la aparición de Entidades Reguladoras que toman base en la tradición estadounidense de las Comisiones Independientes[634].

Dicho fenómeno no es peculiar de esta zona geográfica, pues se ha experimentado también en otros lugares, como por ejemplo Europa. La explicación es sencilla, pues no hay más que echar un vistazo a los caracteres del nuevo sistema de prestación, antes enunciados, para darse cuenta de que resulta más adecuado al mismo una intervención a través de un órgano de este tipo.

En buena lógica, en un sistema de prestación que actúa a través de empresarios que operan en base a un criterio empresarial, controlados desde fuera vía regulación, se hace preciso un órgano especializado, dotado de conocimientos técnicos específicos, y que se encargue exclusivamente de dicha tarea. Lo que determina la adecuación de las Entidades Reguladoras, y descarta a los órganos generales de la Administración Pública.

Ahora bien, eso no impide que la introducción de estos entes no tenga marcadas peculiaridades en América Latina. Particularidades que se derivan especialmente de la marcada inestabilidad política de la zona.

[634] Señalan JORDANA; SANCHO que el "boom de los Entes Reguladores en América Latina fue impresionante: si en 1990 sólo un país de la región tenía establecido un ente regulador, sólo ocho años más tarde, en 1998, había ya 18 países con agencias similares en el sector de las telecomunicaciones". Reforma del... En términos similares, SIFONTES: Regulación económica...

Por un lado, ese factor hace especialmente adecuados este tipo de organismos. En cuanto, en un momento como el actual, en el que la mayor parte de los países americanos requieren captar inversiones privadas, en numerosos casos extranjeros, pueden operar como un elemento de estabilidad.

Sabido es que las Entidades Reguladoras se caracterizan por estar dotadas de una especial autonomía, que le permiten desarrollar una política pública a largo plazo, sin distorsiones políticas. Esto podría contrarrestar la inseguridad de la zona, convenciendo a los inversores de que su negocio no se va a ver comprometido por los vaivenes políticos[635]. Necesidad tanto más perentoria cuando se trata de un tema tan influenciable por los cambios políticos como es el de los servicios esenciales[636].

[635] SIFONTES: Regulación económica... Señalan JORDANA; SANCHO que sus "propias dificultades para establecer y desarrollar organismos de fuerte capacidad técnica, independientes de la clásica política clientelista, pudieron llevar al convencimiento de que se debían crear unos organismos que estuvieran fuera del alcance de los intereses y maniobras de los propios políticos, con unos recursos propios que también evitaron en lo posible la captura de estos organismos por parte de las empresas privadas". A lo que añaden que "las nuevas reglas institucionales se han orientado –total o parcialmente- a evitar la posibilidad de que una intromisión política alterase las actuaciones de estos nuevos órganos. Su propósito clave era conseguir que unos determinados mercados de gran transcendencia económica funcionasen correctamente. Reforma del...

[636] Como señala SIFONTES, los "servicios de infraestructura presentan las características de poseer gran cantidad de activos hundidos, sus tecnologías poseen economías de escala, sus productos son de consumo masivo o interés público- lo que incluye a muchos votantes que pueden convertirse en un grupo de presión-, presentan altos grados de integración vertical y han sido consideradas como monopolios naturales. Estas características le dan incentivos al gobierno de actuar de manera oportunista respecto al inversionista- público o privado- y apropiarse de los activos hundidos de la firma por medio de medidas administrativas, ya que después de realizadas las inversiones, el gobierno puede intentar disminuir la flexibilidad del operador en la fijación de precios.
En este contexto, si los inversionistas anticipan las intenciones de expropiación por parte del gobierno, no invertirán, esto es: si el marco regulatorio no es lo suficientemente creíble. Si el gobierno desea incentivar la inversión, entonces tiene que garantizar acuerdos institucionales creíble que limiten la posibilidad de actitudes oportunistas una vez las inversiones hayan sido realizadas". "El proceso privatizador de servicios de infraestructuras llevado a cabo durante los últimos 20 años en Europa (...) y América Latina ha establecido ARI, (...) el establecimiento de reguladores independientes con poderes claramente definidos ha sido el principal elemento del proceso privatizador, principalmente porque esto es visto como una señal de protección para los inversionistas que el gobierno no puede garantizar. Esto permitiría que los inversores se creen expectativas favorables respecto a la tasas de rentabilidad y decidan finalmente invertir". Regulación económica...

Sin embargo, en la práctica la realidad resulta mucho más compleja. En cuanto esas conclusiones, más teóricas que reales, están pensadas para una cultura y un estado de cosas propio de una realidad muy diferente, la de los Estados Unidos, y olvida que en Hispanoamérica entidades van a operar, precisamente como consecuencia de esa inestabilidad, en un ambiente especialmente adverso, que puede frustrar su actuación[637].

Los efectos negativos que han acompañado en algunos casos al proceso privatizador han agravado esa situación. En una realidad social y económica tan complicada como la que circunda la América Latina, es fácil que triunfen iniciativas populistas, que olvidándose del marco real, apelen al viejo mito de la intervención pública. Por más que ese escenario esté, en gran medida, desactualizado, y sea más que de difícil realización práctica en un contexto internacional como el que vivimos, es una mecha que difícilmente deje de prender en una población desencantada, que sufre en sus carnes, en ocasiones de forma dramática, los errores y distorsiones de un proceso de reducción del Estado como el que ha tenido lugar en América Latina durante los últimos años.

Esto está generando un cierto rechazo y hostilidad, a nuestro juicio, poco meditado, contra estas entidades, en cuanto que, como agentes claves del sistema de prestación mediante regulación, es fácil personalizar en ellas la privatización[638].

Se vuelve a identificar aquí de nuevo, indebidamente, una mera solución técnica, la agencia reguladora, con una opción o toma

[637] Como señalan JORDANA; SANCHO, "sin la tradición y la reputación de las agencias norteamericanas, ni las estructuras ya fragmentadas de los poderes públicos tradicionales de los Estados Unidos, las nuevas agencias independientes latinoamericanas debían situarse en un espacio institucional desvinculado del ejecutivo, y alcanzar una reputación propia entre el mundo empresarial, en un contexto culturalmente adverso". La reforma de...

[638] En tal sentido, señala SARAVIA que las Entidades Reguladoras "son objeto de una cierta desconfianza que parte de la identificación con los principios e ideas que motivaron los procesos de privatización". Regulación en...

de postura política[639]. Lo cierto es que una Entidad Reguladora es susceptible de desarrollar una intervención pública de intensidad muy variable. Los defectos que puedan haberse dado en su concreción en algunos casos, no deben suponer una descalificación de un sistema, que ni siquiera ha tenido tiempo de aclimatarse a la realidad que regula.

En nuestra opinión, uno de los grandes problemas que aquejan Iberoamérica es la inestabilidad de las estructuras administrativas y económicas que genera el enfrentamiento político. La necesidad de una política social más o menos intervensionista, no puede acabar traduciéndose en un continuo salto de un sistema a otro.

Yerran, por ello, en nuestra opinión, los que vinculan una solución técnica, como lo es la regulación y la intervención por agencias reguladoras, con un determinada política social y económica, más restrictiva de los derechos de los ciudadanos[640].

Frente a ello, en nuestra opinión, si se perciben defectos en el sistema regulatorio, lo más lógico nos parece intentar mejorar ese sistema para resolverlos, pero no pensamos que la solución esté en deshacer toda una estructura económica y administrativa, que ha costado, por otra parte, bastante elaborar, para adoptar un nuevo instrumental que, como cualquier otro, va a tener también sus desventajas y problemas.

[639] Se ha señalado que "con frecuencia ha confundido medios y fines concentrándose más en los medios o instrumentos, con una fuerte carga de prejuicios, y postergando la necesaria reflexión objetiva acerca del modo en que se puede ampliar el acceso de nuestros ciudadanos a prestaciones sociales y servicios de calidad que les permitan una vida mejor". Asociación entre lo...

[640] En tal sentido, THWAITES REY; LÓPEZ, que consideran que "al encuadrarse desde esta última perspectiva el servicio público como actividad privada reglamentada por el Estado, se diluye la responsabilidad estatal de garantía por las prestaciones, revirtiendo los esquemas que habían prevalecido durante las anteriores décadas. La diferencia no es sólo terminológica, sino que afecta particularmente al compromiso del Estado respecto al acceso adecuado a las redes de servicios. En este sentido, la noción de industrias reguladas convalida la lógica mercantil que supone que los receptores son clientes o consumidores que ingresan al servicio en la medida en que puedan pagarlo, y restringe las competencias del Estado al ejercicio del poder de policía". La debilidad...

No creemos que las nuevas Entidades Reguladoras sean una fórmula mágica que vaya a borrar de un plumazo los muchos y graves problemas que aquejan a la parte del planeta que nos ocupa. Pero no entendemos que haya ningún motivo que desaconseje su utilización, y bien implantadas y estructuradas pueden aportar una cierta luz para solventar algunos puntos negros de la problemática latina, particularmente atenuar los efectos que la inestabilidad política genera sobre el desarrollo y la estabilidad económica.

Ahora bien, lo dicho no puede ocultar que su implantación se ha llevado a cabo con algunas deficiencias, que las ha situado en una situación de excesiva debilidad, que demanda algunas modificaciones.

Este dilema no puede resolverse mediante la simple implantación de un modelo tipo de Agencia. Lo cierto es que, aunque existen algunos rasgos, que vamos a examinar brevemente, que pueden aportar alguna guía, no cabe extrapolar este modelo teórico sin más como una solución válida para todas las situaciones.

Más particularmente, es más que dudoso que el sistema tipo, que más o menos se ha impuesto a nivel doctrinal, sea válido para la realidad iberoamericano. Pues esta pensado para un contexto, el norteamericano y el europeo, muy diferente. Sólo la adaptación de este modelo desde las peculiaridades de cada país, puede dar, a nuestro juicio, una respuesta adecuada a este problema.

En líneas generales, se demanda para las Agencias Reguladoras un régimen jurídico peculiar, informado por las siguientes características:

En primer lugar, se considera que deben estar dotadas de una especial autonomía que, sin llegar a atribuirles la independencia característica de un Tribunal de Justicia, les permita operar

sin verse condicionadas por presiones gubernamentales. Para lograr ese objetivo se propugnan, medidas diversas.

Así, la sujeción de sus directivos a un estatuto especial, que les dote de una mayor estabilidad en su cargo, poniéndoles al abrigo de eventuales destituciones arbitrarias por parte del ejecutivo. En esencia, se propugna que se les dote de un mandato fijo, durante el cual sólo podrán ser removido de su puesto por causas específicas y predeterminadas en la ley. Dicho mandato es aconsejable, además, que no coincida con el del Gobierno, para evitar su politización. A dicho fin contribuye también que la sustitución de dichos directivos no se lleve a cabo en bloque en un mismo momento, sino de forma parcial, para que el partido político mayoritario no pueda copar la Agencia[641].

Se propugna, en segundo lugar, que se dote al citado órgano de personalidad jurídica propia[642]. Así como autonomía financiera, lo que implica tanto capacidad para gestionar y aprobar su propio presupuesto; como la atribución de recursos propios, que impidan su estrangulamiento financiero por parte del ejecutivo[643].

En tercer lugar, para conseguir esa independencia será preciso que la Agencia no pueda recibir o solicitar instrucciones u ordenes del Gobierno o de los órganos generales de la Administración[644].

[641] SENDÍN GARCÍA: Regulación y... Págs. 50 y sigs. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: "Agencias administrativas reguladoras", en Administración Pública y Economía. INAP. Madrid, 2001. Págs. 49 y sigs. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: Reflexión... Págs. 6 y sigs. DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 135 y sigs.

[642] TORNO MAS, J.: Las autoridades reguladoras de lo audiovisual. Marcial Pons, 1999. Pág. 73. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., en Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 43.

[643] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: Reflexión... Pág. 6. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "Las Administraciones Independientes. Los entes reguladores de los mercados y protección de los derechos", en La Administración Pública Española. INAP. Madrid, 2002. Pág. 614.

[644] DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 134. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: Reflexión... Pág. 6.

A los mismos efectos, sus decisiones sólo deben poder ser recurridas ante los órganos judiciales o ante la propia Comisión, pero en ningún caso ante los órganos generales de la Administración o del Gobierno, pues esto permitiría a éstos imponer sus decisiones a la Agencia[645].

Si bien, obviamente, no puede considerarse contradictorio con la independencia de la Agencia, la posibilidad de recurso de sus decisiones ante una Superintendencia General, como la que se establece en el sistema mixto boliviano, en el que una Superintendencia de este tipo cierra el sistema, asumiendo, entre otras funciones, la de resolver de las apelaciones contra las decisiones de las Entidades Reguladoras Sectoriales[646].

La experiencia Latinoamérica ha puesto también de manifiesto otro dato. La mayor adecuación de que la Agencia sea creada y regulada por una norma con rango de ley, y no por un simple decreto. La práctica ha demostrado que en este último caso la Comisión obtiene una menor legitimidad, además de una menor estabilidad, pues queda sujeta a la voluntad más fácilmente alterable del ejecutivo[647].

El segundo gran grupo de medidas, que teóricamente contribuyen a una correcta articulación de las Entidades Reguladoras, son las que aseguran la profesionalidad y competencia técnica de sus miembros. Las Agencias vienen caracterizadas no sólo por su especial autonomía, sino por su carácter técnico, vienen a constituir una suerte de administración de los expertos[648].

[645] LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias administrativas... Pág. 49.

[646] Véase sobre el sistema mixto de Bolivia, SALAS TERÁN, A.: "Eficacia y eficiencia de la gestión de los reguladores del sistema de regulación sectorial de Bolivia", Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública 10, (2005, octubre 18-21, Santiago).

[647] THWAITES REY; LÓPEZ: La debilidad... SARAVIA: Asociación entre lo...

[648] Como señala A. 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". Las Administraciones Independientes. Tecnos. Madrid, 1994. Pág. 29.

A tales efectos se considera preciso que se establezcan requisitos especiales de competencia profesional, que aseguren una elevada capacidad técnica y experiencia profesional en sus miembros[649]. Su nombramiento debería realizarse, además, en el marco de un procedimiento plural, que permita la intervención de órganos de diversos poderes del Estado, para garantizar que esos requisitos se cumplen, y que el criterio de la competencia profesional no es sustituido por el de la afinidad política[650]. Para lograr este último objetivo es también conveniente establecer un régimen de incompatibilidades que asegure que el nombramiento no recaerá en personas contaminadas políticamente[651].

Este carácter técnico de sus miembros incrementa las posibilidades de captura por la industria regulada, en cuanto éstos van a ser profesionales del sector que, más tarde o más temprano, tendrán que volver a trabajar en el mercado regulado, lo que les podría llevar a adoptar medidas favorables a los operadores del sector, pensando en su posible inserción en las empresas reguladas, al terminar su mandato. Para evitar que así ocurra, se debe establecer un periodo de cuarentena, durante el cual, los miembros de la Comisión no podrán volver al sector regulado[652].

Por último, se señala la necesidad de fijar medidas que garanticen que su actuación sea transparente y se desarrolle en un marco participativo, en el que se tengan en cuenta los distintos intereses existentes en el sector.

A tales efectos, debe destacarse la necesidad de que operen a través de un procedimiento transparente, en el que se fijen trámites que permitan la participación de los diferentes grupos implicados en el sector regulado[653].

[649] ARIÑO ORTIZ, G.: "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional", en Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo. Tomo I. Madrid, 1993. Pág. 70.
[650] CANANEA: La réglementation des… Pág. 98.
[651] BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 611.
[652] CANANEA: La réglementation des… Pág. 98.
[653] FERNÁNDEZ ORDOÑEZ: Reflexión… Pág. 7.

Se suele señalar, asimismo, que es preferible que se trate de una Comisión a que se trate de un órgano unipersonal[654], pues ello permite una pluralidad de enfoques y que no se personalicen las decisiones en una única persona. Sin embargo, esa diversa composición no debería utilizarse para que la composición del órgano sea reflejo ni de un reparto político[655], ni de la representación de los distintos intereses existentes en ese sector[656].

Si resulta, por el contrario, pertinente que en la agencia se pueda insertar un órgano en el que estén representados los intereses del sector, para que éstos puedan hacer llegar de forma efectiva sus posiciones e intereses a los miembros de la Comisión[657].

Problema importante es el grado de fragmentación que debe tener la regulación, esto es, la concreción de la dosis de competencias reguladoras que deben corresponder a la Agencia, y la que deben corresponder a otras instancias.

Aunque las variantes son infinitas, se pueden distinguir dos grandes modelos de regulación. Por un lado, aquel en que se encomienda, dentro obviamente de un marco básico, un amplia responsabilidad al regulador a la hora no sólo de aplicar, sino también de definir las políticas públicas aplicables al sector; por otro, aquel en que el regulador se convierte en una instancia intermedia, con labores esencialmente de aplicación y control de políticas públicas elaboradas por otras instancias[658].

---

654 PROSSER, T.: Law and the regulators. Clarendon Press. Oxford, 1997. Pág. 299.

655 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias administrativas... Págs. 48-49.

656 Como señala MATA, la colegialidad "tiene por objeto asegurar la visión interdisciplinaria de la regulación y la responsabilidad y acierto en las decisiones; dicho de otro modo, el órgano de dirección no es un ámbito de representación ni de composición directa de intereses. El regulador debe corregir la posición de asimetría de los usuarios como tercero imparcial; por lo tanto, si los usuarios fueran parte de la decisión verían debilitado su poder de crítica y la posición de independencia del regulador". Los entes... Pág. 408.

657 BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 608.

658 CONSEIL D'ÉTAT: "Réflexions sur les autorités administratives indépendantes", en Etudes et Documents 52 (2001). Págs. 279-281. AUTIN, J. L.: "Du judge administratif aux autorités administatives indépendantes: un autre mode de régulation", en Revue du Droit Públic 1988-5. Págs. 1213-1214.

En principio, resulta más adecuado a un sistema que opera en un contexto liberalizado el primer modelo[659], si bien no parece adecuada una absorción excesiva de las funciones que nos ocupan por un solo órgano[660].

Hemos dejado para el final la cuestión probablemente más candente en este momento. No es otra, obviamente, que la toma de decisión entre un órgano unisectorial o una superintendencia que extienda su competencia a diversos sectores.,

La cuestión no admite, al menos a nuestro juicio, una respuesta clara, pues la opción por cada uno de los modelos presenta sus ventajas y sus desventajas.

En esencia, la Entidades sectoriales, al actuar dentro de la orbita de poder de unos operadores económicos más concretos y de un único ministerio, parecen más vulnerables ante una eventual captación, tanto por parte de la empresas del sector, como del poder político[661]. A lo que se añade que, probablemente, tendrán una menor capacidad para el desarrollo de políticas públicas sociales y territoriales[662].

Frente a ello, van a permitir, sin embargo, una mejor preparación y especialización técnica del regulador. Así como la formulación de respuestas más adecuadas al concreto sector[663].

De nuevo aparece aquí, a nuestro juicio, la necesidad de buscar respuestas adecuadas a la situación de cada concreto país. Si bien, en nuestra opinión, en los países en que persistan ca-

[659] TORNO MAS: Las autoridades reguladoras... Págs. 67-70.

[660] Como señalan JORDANA; SANCHO, una "concentración completa en un solo organismo, sea agencia autónoma o dependencia ministerial, puede exigir mucha complejidad política, al concentrar demasiadas presiones y demasiados objetivos en una sola organización; una gran fragmentación, puede producir solapamiento de objetivos y dificultades excesivas de coordinación". Reforma del...

[661] SIFONTES: Regulación económica... KAROL: Tarifas sociales...

[662] KAROL: Tarifas sociales...

[663] SIFONTES: Regulación económica...

rencias importantes en el desarrollo de la industria económica y en la entidad y preparación de su Administración pública, el modelo de superintendencia resulta más adecuada, en cuanto facilitara una adecuada defensa de los intereses nacionales, y especialmente de los consumidores, ante las grandes empresas multinacionales; además de minorizar las consecuencias negativas derivadas de la falta de una buena plantilla de servidores públicos especializados.

LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS: PRIVATIZACIÓN Y DES-REGULACIÓN

I
INTRODUCCIÓN

La figura del servicio público es protagonista de una larga historia, que ha diluido su significado, adaptándolo a las necesidades de cada momento histórico. Inicialmente, la calificación de una actividad como servicio público suponía la aplicación de un régimen jurídico consistente en la intervención directa de una autoridad pública, sujeta al derecho público, en defensa del interés público.

La provisión del servicio por sujetos privados, y la aplicación del derecho privado, supusieron la crisis del servicio público tradicional. La exigencia de títulos jurídicos para la intervención pública, fruto del nuevo modelo económico keynesiano de la posguerra europea, salvó de la crisis a la figura del servicio público, que, no obstante, se transformó en el concepto impreciso, cuyo contenido mínimo, común a todos los Estados de tradición jurídica francesa, radica en el otorgamiento a las autoridades públicas de cierta potestad de intervención en un sector o actividad determinada. El legislador, invocando el siempre difuso interés público, podía determinar el grado de intervención pública en la economía, dentro de amplísimos límites constitucionales.

Sin embargo, las nuevas circunstancias económicas (globalización de la actividad económica), políticas (fortalecimiento de entidades supraestatales como la Unión Europea) y la reforma del Estado, ha tenido en los países en donde prevalece la figura del servicios públicos dos tipos de consecuencias: por una parte, se está produciendo una reorganización de las formas de gestión[664] de los servicios públicos; por otra, la privatización[665] y la des-regulación[666] se introduce también en este ámbito, aunque con ciertas particularidades, que es necesario examinar.

[664] GARCIA DE ENTERRIA escribe: "Arranca del fenómeno, cada vez más visible, de la tentación de adoptar para las Administraciones los modos privados de gestión, lo que implica una "huida del Derecho Administrativo. Esa práctica es conocida, sobre todo a partir de la generalización del sistema de empresas públicas, que comienza en el período de entreguerras y se generaliza con las nacionalizaciones de la posguerra y por efecto de las doctrinas socialistas. Pero lo singular del hecho ahora estudiado viene de la aplicación de estas técnicas no a empresas industriales o comerciales, sino a verdaderos servicios públicos materiales que no es imaginable que puedan funcionar sin someterse al Derecho Público. El ejemplo más claro –y en cierto modo escandaloso para las mentalidades jurídicas establecidas- es el de la Agencia Estatal Tributaria en 1991 (y que por cierto, la Ley de Presupuestos para 1992 financia con un 16 por 100 bruto de la recaudación fiscal total, fórmula de financiación que es completamente nueva en nuestra práctica presupuestaria y que envidiarán, sin duda, tanto por su importancia como por su facilidad de gestión, los servicios públicos más esenciales y caracterizados : la Justicia, el Ejército, la Enseñanza, etc)". Prólogo al libro "Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios". C. CHINCHILLA, B. LOZANO, S DE SAZ. Madrid. 1992. Págs. 12 y 13. Por su parte, TRONCOSO REIGADA afirma que "La Administración será siempre titular de un servicio público, pero podrá gestionarlo, bien directamente a través de órganos de la Administración territorial, Organismos autónomos, empresas públicas, bien indirectamente, a través de particulares que gocen de una concesión administrativa. Además, la Administración podrá impedir la existencia de particulares gestores del servicio público declarando la actividad monopolio del Estado". Privatización, Empresa Pública y constitución. Editorial. Marcial Pons.1ª Edición. Pág. 105. 1997

[665] NIEVES DE LA SERNA, afirma que la doctrina utiliza el término privatización en aquellos casos en que los poderes públicos se valen para el desarrollo de su actividad del ordenamiento jurídico-privado; fórmula que ha sido denominada "privatización en la gestión". La privatización en España. Fundamentos Constitucionales y Comunitarios. Aranzadi. Madrid, España. 1995. Pág. 31. Por su parte, VILLAR ROJAS considera que la llamada privatización de la gestión de la actividad es, en cierta medida, una privatización relativa, por cuanto sólo supone la transferencia del ejercicio (gestión) de una competencia o titularidad pública exclusiva, y no la competencia o titularidad propiamente dicha. La privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico. Madrid, editorial. Tecnos. 1993 Pág. 337.

[666] CASSAGNE, explica que la desregulación ha supuesto un examen profundo de todas las potestades de intervención, poniendo en cuestión aquellas que no se justifican por el fin para el que teóricamente se exigieron. La intervención administrativa. Abelo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1994. 96. Por su parte, SORIANO GARCIA, afirma que con la introducción de la desregulación, han aumentado considerablemente las potestades de disciplina y de supervisión... pues, no equivale en modo alguno a supresión de normas. No se trata de provocar las

II
PRIVATIZACIÓN Y DES-REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

El término desregulación ha de ser entendido en el contexto de la regulación estadounidense. Si regulación es el control continuo y concentrado de un sector económico por parte de una comisión especializada, ejercido a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los actores privados en el sector, la desregulación es el relajamiento del control ejercido por la comisión reguladora, a través de la eliminación de determinadas obligaciones jurídicas impuestas a las empresas privadas del sector en cuestión.

pura anomia. Se trata más bien de examinar qué tipo de normas regulaban el sector y sustituirlas por otras diferentes. La libertad y autoridad sabiamente mezcladas. Ese es parte del futuro del derecho administrativo. Volver al criterio de la autoridad y hacer una ponderación pública de los intereses en juego desde la lógica del poder. La desregulación no supone, pues, merma alguna de los objetivos públicos, sino su consecución por medios diferentes. Desregulación, privatización y derecho administrativo. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, Italia. 1993. Págs. 10 y 11. Por su parte VILLAR ROJAS, distingue tres funciones que los poderes públicos pueden desarrollar respecto al mercado, la primera distributiva, que le permite actuar como un operador económico más en el mercado mediante el gasto público y la actividad empresarial directa; la segunda redistributiva, por la cual se trata de encauzar la iniciativa económica privada hacia fines socialmente deseables mediante la política fiscal y las subvenciones; y por último, la reguladora, mediante el establecimiento de controles para acceder o salir de un sector económico, determinación de condiciones sobre los niveles de producción y calidad de los servicios, y fijación de los requisitos en la relación entre compañías; todo ello bajo la amenaza de sanción. La regulación es pues una forma de intervención administrativa en el mercado, si bien no de carácter directo, sino mediante el establecimiento de normas jurídicas generales que han de observar todos los que operen en él. Consecuentemente, la potestad sancionadora, y la adopción de medidas cautelares y correctoras de la actividad desviada, se acentúan en cuanto vienen a sustituir al desarrollo de la actividad directa económica por la Administración…Donde mayor importancia reviste la regulación, es en el supuesto de privatización de los servicios públicos. En tales casos las potestades administrativas comprenden un conjunto de facultades y medidas, establecidas en normas jurídicas al efecto, mediante las que se persigue la correcta prestación del servicio, de suerte que se produzca de forma óptima y se extiende a toda la población. Privatización y regulación, son, complemento. La regulación supone, una opción en la que, aprovechando las ventajas de la iniciativa privada en la actividad económica, se eviten los fallos del mercado y los fallos del Gobierno. Privatización de servicios públicos. Tecnos, Editorial. Madrid, España. 1993.

El extremo de la desregulación es la retirada de todas las obligaciones jurídicas especiales, de todo el control ejercido por la comisión reguladora. El proceso de desregulación, sin embargo, no tiene por qué llegar tan lejos. Las autoridades públicas pueden por lo tanto, determinar el grado de la desregulación, fijando nuevos límites a la intervención pública en la economía[667].

Desde mediados de la década de los setenta, existe cierto consenso en la existencia de una sobrerregulación, de una excesiva intervención pública en la economía a través de las comisiones reguladoras. Fruto de esta convicción política es la decisión de derogar la regulación más agresiva, aquella que impide el funcionamiento de los mecanismos del mercado: la regulación definidora de precios y barreras de entrada. La desregulación estadounidense no afecta decisivamente a la regulación social introducida en la década de los sesenta (ambiente, salud, defensa de los consumidores, etcétera), sino a la regulación económica introducida fundamentalmente en la época del *New Deal*[668].

Este proceso ha significado el fin de un determinado modo de intervención pública, encaminada a la sustitución del mercado a través de la fijación de precios y de las barreras de entrada. La nueva opción confía a los mecanismos del mercado la ordenación del sector, con una intervención subsidiaria de los poderes públicos, bien para fomentar y mantener el carácter competi-

[667] "Titularidad privada de los servicios de interés general". En: Derecho de las telecomunicaciones. Ministerio de Fomento. Madrid, España. Págs. 1220 y 1221; CREMADES GARCIA, J.: "El Derecho de las telecomunicaciones en Europa y España". En: Derecho de las telecomunicaciones. Ministerio de Fomento. Madrid, España. 1997. Pág. 9; SENDIN GARCIA.: Regulación y servicios públicos. Editorial Comares. Granada. 2003. Págs. 5 y 6.

[668] Sobre los orígenes del proceso de liberalización en los Estados Unidos véase: QUADRA-SALCEDO, TOMAS DE LA.: Telecomunicaciones y Derecho Público. En: Telecomunicaciones y Derecho Público. En: Derecho de las telecomunicaciones. Ministerio de Fomento. Madrid, España. 1997. Págs. 131-141.

tivo de los mercados, bien para alcanzar fines ignorados por el mercado. La reforma pretende que sean los mecanismos del mercado los que determinen, primero, los actores del mercado; segundo, los precios y, tercero, otros elementos tales como la calidad y cantidad de servicios. La desregulación supone un retorno a los orígenes de la regulación económica, una intervención que con el tiempo se había excedido en sus funciones.

Sin embargo, como indica MONTERO PASCUAL, en la Europa continental no se puede hablar de desregulación, pues la regulación económica no ha sido el modo de control público de la satisfacción del interés general. Los monopolios europeos eran al mismo tiempo reguladores y gestores, por lo que los problemas se solucionaban a través de decisiones internas y raramente a través de normas jurídicas. La liberalización impone la separación de estas funciones y un significativo aumento de la cantidad y complejidad de las normas jurídicas que reglamentan los sectores de interés general, pues es necesario resolver nuevos conflictos generados por la existencia de varios competidores en el mercado.

En Europa, más que de desregulación, estamos ante un proceso de regulación, pues la nueva estructura de mercado exige la introducción en nuestro ámbito de este nuevo modo de actuación administrativa. La intervención de las autoridades públicas para la satisfacción de los intereses públicos sólo puede ser encauzada a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los operadores privados, regularizando el sector[669].

[669] "Titularidad privada de los servicios de interés general". En: Derecho de las telecomunicaciones…Pág. 1221.

Por su parte, la privatización como concepto es polisémico[670]; y aunque existen diversas formas y posturas acerca de este proceso. Como apunta TRONCOSO REIGADA, existen diversas modalidades de privatización. La primera sería la material de la actividad –o genuina privatización de tareas-(Matrtirllr-oder echt Aufgaban-Privatisierung), que también puede ser denominada privatización del régimen jurídico, que se caracteriza por modificar la titularidad de una actividad, que deja de ser estatal para permitir la titularidad de los particulares.

[670] El concepto de privatización es polisémico. NIEVES DE LA SERNA, considera que se pueden diferenciar tres posturas que no son excluyentes entre sí, a saber: a) En primer lugar, un sector de la doctrina utiliza el término privatización para designar el contenido de la política dirigida a la reducción o inhibición de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la actividad económica, o en otras palabras, la acción de los poderes públicos que tiene como objetivo abrir el mercado en beneficio del sector privado. Se considera que aumenta la presencia del sector privado y retrae la acción de los poderes públicos en aquel mercado fortalece el orden económico. El fundamento de esta posición radica en la consideración de que la iniciativa privada resulta más eficaz y eficiente que la actuación de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, el concepto de privatización incluiría toda medida que tenga como objeto disminuir la presencia y la acción del Estado en la esfera de las actividades de contenido económico. b) En segundo lugar, la doctrina utiliza el término privatización en aquellos casos en que los poderes públicos se valen para el desarrollo de su actividad del ordenamiento jurídico-privado...los poderes públicos, y en concreto la Administración, utilizan el Derecho privado para la organización y para el desarrollo de las actividad pública y económica. c) Finalmente, algún sector de la doctrina ha acuñado el concepto de privatizaciones circunstanciales, con relación a la venta -devolución al sector privado -de empresas previamente expropiadas por los poderes públicos por motivaciones diversas. La Privatización...Págs. 29-36. SORIANO GARCIA afirma que "los procesos de privatización responden, a la lógica de la devolución a la sociedad mercantil de cometidos propios de ésta, del mercadeo, del intercambio comercial, de la persecución del lucro como forma normal y deseable de comunicación entre los sujetos económicos que intervienen en la misma…En todo caso, conviene recordar que ambos procesos, privatización y desregularización, pueden transcurrir en paralelo o, simplemente, acontecer cada uno por su cuenta. Puede privatizarse sectores ya desregulados anteriormente y puede desregularse sobre sectores previamente privatizados. DESREGULACION, PRIVATIZACION Y DERECHO. Editorial: Publicaciones del Real Colegio de España., Bolonia. 1993 Pág. 14.

Por su parte, VILLAR ROJAS, define la privatización como la reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios, mediante el traspaso de dicha función a la iniciativa privada. Tal traspaso de actividades puede hacerse aplicando diversas técnicas: a) Venta de la empresa pública. Es el medio más intenso de admisión de la iniciativa privada en la producción o distribución del bien o servicio. Se produce una transferencia en la titularidad de la empresa, ya sea total o parcial, bien mediante la venta en bloque de la misma a uno o varios sujetos determinados, bien, mediante la enajenación de participaciones, total o parcialmente, ocasionando un cambio en el control de la compañía. La venta de la empresa puede hacerse de forma directa; o mediante licitación pública, ya sea en un

Esta es la denominada despublicatio de una actividad, que abandona así el carácter de servicios público en sentido subjetivo. Frecuentemente esta privatización de tareas o de la actividad van unidad a una mayor actividad de regulación del sector público, de manera que no se produce una completa desestatalización. Esto es lo que la doctrina alemana ha calificado como "falsa privatización de tareas". –Unechte Aufgabenprivatisierung. Una variante de la privatización material o de tareas

procedimiento abierto –admitiendo a todos los participantes., ya se restringiendo –en el que existe una selección previa de los participantes-, y por concurso o subasta. La enajenación de las participaciones puede efectuarse de forma directa, ofertándolas al público de forma abierta o restringida, por su negociación en Bolsa si cotizan en ella las acciones; b) Inclusión de capital privado. En tal caso, no existe enajenación de activos públicos, pero, mediante un incremento del capital no suscrito, se opera un cambio en el control de la empresa, pasando el capital privado a ser mayoritario; c) Transferencia de la producción o prestación del bien o servicio. En tal caso, la Administración se reserva la titularidad de la empresa, pero encarga su gestión a un sujeto privado. Es el caso de la concesión; d) Sometimiento de la empresa al ordenamiento jurídico privado. No existe en tal caso, ni transferencia de titularidad, ni de gestión; es la propia Administración la que gestiona la producción y prestación del bien o servicio, pero sometiendo la actuación de la empresa pública a los criterios de actuación de los sujetos privados: e) Liberalización del mercado. Es el supuesto en el que un sector de la actividad productiva o de intermediación, reservado a la iniciativa pública, es abierto a la iniciativa privada, bien en concurrencia con los poderes públicos, bien cesando éstos en la realización de actividades mercantiles en dicho sector. Supone esta técnica la eliminación de límites jurídicos en la actuación en un sector del mercado y por ello se la denomina, igualmente, desregularización, en cuanto somete al régimen común un sector antes protegido. Privatización de servicios públicos. Tecnos, Editorial. Madrid, España. 1993.

CONCEPCION MONTERO, indica que "en un sentido amplio puede hablarse de privatización, bien porque la titularidad de una empresa pública es transferida, bien porque, no siendo altera tal titularidad, se acude a la gestión privada de la misma, o porque la actuación de la Administración se sujeta a normas jurídico privadas, o bien porque se admiten nuevos operadores económicos en sectores antes reservados a la iniciativa pública. Es posible una primera clasificación que distingue la privatización formal, cuando sin cambio de titularidad en la empresa, ésta es gestionada con criterios privados, ya sea por la propia Administración, ya por un sujeto privado; y la privatización material cuando se produce efectiva transferencia en la titularidad o se abre a la iniciativa privada un sector reservado a la iniciativa pública. "Empresa publica y privatización". En: La Intervención administrativa en la economía. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1996. Pág. 76.

CASSAGNE afirma que, "en definitiva, la privatización supone una delimitación de los campos propios del Estado y de la sociedad, devolviendo a cada uno sus responsabilidades y descargando al Estado de la pesada carga de ser empresario y autoridad a la vez. De ahí que los estudiosos del tema hayan teorizado inclusive esta técnica dentro de lo que denominan el "Estado subsidiario". La intervención…Págs. 123 y ss.

es lo que se puede denominar privatización indirecta de tareas –Mittelbare Aufgabenprivatisierung-, que se distingue en que aquí la asunción de competencias que antes eran públicas por el sector privado proviene indirectamente de la reducción de las prestaciones del Estado en campo. Este modelo de privatización desempeña un papel decisivo principalmente en el terreno de la Seguridad Social, y en general –de gran actualidad en este momento- en la reducción del nivel de prestaciones sociales.

La segunda modalidad sería la privatización de la gestión o funcional –o privatización del desempeño de tareas –(Funktionale Privatisierung-oder Prevatisierung Aufgabenerledigung). A diferencia de lo que sucede en la privatización material, en esta modalidad la competencia de las tareas sigue recayendo en el sector público, mientras que únicamente su ejecución se transfiere a un sujeto de Derecho Privado, que actúa en el terreno en cuestión como auxiliar de la Administración.

El particular actúa como empresario concesionario para el desempeño de tareas de titularidad pública que le son transferidas. No basta, por tanto, la venta de una empresa pública que presta una actividad de servicio público para que los particulares puedan desarrollar tal actividad. Es necesario que la empresa privada –que puede nacer de la privatización o que puede ser de nueva creación –sea receptora de la concesión del servicio público.

La tercera modalidad sería la privatización del patrimonio-Vermögensprivatisierung-, que consiste en la privatización de empresas con ánimo de lucro, que no realizan una actividad de servicio público, sino una actividad económica libre en el mercado en competencia con los particulares. Se produce en este caso únicamente una privatización de la empresa, siendo innecesaria la privatización material –o de la actividad- y la utilización de la técnica de la concesión. A diferencia de la privatización material, no tiene lugar en la privatización del patrimonio una des-

estatalización por reducción del desempeño de tareas por parte del Estado, sino simplemente una disminución de la presencia competidora de los poderes públicos en la economía.

La cuarta modalidad sería la privatización de la financiación – Finanzierungsprivatisierung. Esta forma de privatización prevé la realización de proyectos públicos de inversión valiéndose de formas de financiación propias de la economía privada, como por ejemplo la utilización de capital privado en lugar de la usar financiación con cargos a los Presupuestos del Estado. Como por ejemplo de esta posibilidad de privatización se puede citar la financiación privada de las autopistas –que condiciona la adjudicación del contrato con la prefinanciación del concesionario – o la transferencia a los consumidores, a las empresas farmacéuticas o las farmacias de parte del gasto estatal en medicamentos. Obviamente, todos estos supuestos de privatización están entrelazados[671].

La tendencia privatizadora de la organización y de la actividad de las Administraciones públicas, no ha sido provocado sólo por los cambios de los años ochenta, sino que se había iniciado ya a finales de los años sesenta, con el desarrollo de las formas de actuación administrativa de carácter consensual, frente a los instrumentos unilaterales y autoritarios clásicos y, también, como hemos estudiado, en los países de la Unión europea ha sido fundamentales para esta evolución las presiones liberalizadoras del proceso de integración comunitario[672].

[671] Privatización, Empresa Pública y constitución. Marcial Pons. Madrid, España. 1997. Págs. 42, 43, 44, 45 y 46.

[672] SENDIN GARCIA, MIGUEL ANGEL.: Regulación y servicios públicos…Págs. 56, 57 y 58. Véase también: MONTES, PEDRO.: La integración en Europa. Editoral Trotta. Madrid, España. 1993. MUÑOZ MACHADO.: Servicio público y mercado…Págs. 140-155.

Entrando en el campo más concreto de los servicios públicos, debemos señalar que la reorganización de la gestión de éstos presenta diversas modalidades. En primer lugar, hay que mencionar la privatización de los entes de gestión, que incluye, en los países en que aquéllos estaban dotados de formas de personificación jurídico-públicas, una primera fase de transformación de los mismos en sujetos de Derecho privado y una segunda de venta pública de todas o parte de las acciones[673]. Tras el proceso de privatización, sin embargo, los Poderes públicos suelen conservar amplios poderes de control sobre estas sociedades, por medio de diversas técnicas.

En segundo lugar, la concesión y, en general, las formas de gestión indirecta de los servicios públicos son preferidas a la gestión directa, como sucedía en los tiempos del Estado liberal de Derecho clásico. Con todo, también aquí se han producido novedades, y así hoy se intenta introducir la competencia entre concesionarios, en lugar de la gestión con cláusula de exclusiva[674].

Esto resulta posible gracias a la reformulación de la teoría de los monopolios naturales realizada en los últimos años por la Ciencia económica, en la cual ha tenido una gran influencia las nuevas posibilidades abiertas por el progreso tecnológico[675].

[673] DESDENTADO DAROCA, EVA.: La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Publica y Administraciones Independientes. Tirant Lo Blanch. 1999. Págs. 132-190.

[674] Señala ARIÑO, que "aunque después del proceso de privatización varias actividades públicas hayan sido atribuidas al sector privado mediante la concesión no significa que estas salgan del ámbito de lo público. Los poderes públicos siempre son los titulares de la actividad. Por esa circunstancia, es erróneo plantar que el cambo de gestión de actividades públicas mediante concesión supone una verdadera privatización". ARIÑO ORTIZ, GASPAR.: Economía y Estado. Marcial Pons. Madrid, España. 1993.Pág. 288.

[675] DILORENZO, explica que un monopolio natural emerge cuando la tecnología de producción, como por ejemplo costos fijos elevados, provoca que los costos totales en el largo plazo declinen al aumentar la producción. En tales industrias, dice tal teoría, un solo productor eventualmente será capaz de producir a un costo más bajo que cualquier otro par de productores, por lo tanto creándose un monopolio "natural". El resultado serán precios más altos si más de un productor sirve a ese mercado.

Asimismo, las relaciones entre los entes gestores de los servicios públicos (sean todavía sujetos dotados de personalidad jurídico-pública, sean ya sociedades privadas) y las Administraciones titulares de aquéllos se articulan de una manera más flexible y paritaria, de acuerdo con la tendencia ya mencionada a la utilización por parte de las Administraciones públicas de formas de actuación consensuada.

Más aún, se dice ue la competencia causaría inconvenientes al consumidor dada la construcción de infraestructura redundante, por ejemplo, excavaciones en las calles para el tendido de líneas dobles de gas o agua potable...Evitar tales inconvenientes es otra razón presentada para otorgar exclusividad a industrias cuyos costos promedio declinan en el largo plazo. La teoría del monopolio natural fue desarrollada primero por economistas, y utilizada luego por legisladores para "justificar" exclusividades (monopolios). Durante la última parte del siglo diecinueve, cuando los gobiernos locales empezaban a otorgar exclusividades, la noción económica generalizada era que un "monopolio" era algo causado por la intervención gubernamental, no por el libre mercado, a través de contratos exclusivos, proteccionismo y otros medios. La teoría del monopolio natural es una ficción económica...Tal cosa como un "monopolio natural" jamás ha existido. La historia de los así llamados "servicios públicos" es que a fines del siglo diecinueve y principios del veinte las empresas competían vigorosamente y, como en todo el resto de industrias, no les gustaba la competencia. Las empresas obtuvieron monopolios por parte del gobierno, y entonces, con ayuda de algunos economistas influyentes, fabricaron la racionalización (justificación) ex post para su poder monopólico...Como todos los monopolistas, tratarán de utilizar hasta el último recurso para manipular y mantener sus privilegios monopólicos, pero las ganancias potenciales -para los consumidores- de tener mercados libres son demasiado grandes para justificarles. La teoría del monopolio natural es una ficción económica del siglo diecinueve que defiende privilegios monopólicos del siglo diecinueve (o dieciocho, en el caso del Servicio Postal de los EE.UU.), y no tiene lugar válido en la economía estadounidense del siglo veintiuno. DILORENZO, J. THOMAS.: El mito del monopolio natural. Traducido por JUAN FERNANDO CARPIO. *The Review of Austrian Economics Vol. 9, No. 2 (1996).* Véase también, DE LA CRUZ FERRER.: La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Marcial Pons. Barcelona, España. 1999. Pág. 100 y 101.

Esta teoría del monopolio natural, comienza a cuestionarse a mediados de la década de 1950, por un grupo reducido de economistas americanos y británicos. La escuela liberal de pensamiento económico, que cristaliza en esos años en Chicago y otros lugares, da pie a un intenso periodo de investigación en los grandes centros académicos de los EE.UU., donde estas críticas se formalizan teóricamente. Entre los más destacados, se encuentran STIGLER, FRIEDMAN, COASE, DEMSETZ y otros. Su trabajo se consagrará en la década de los 70, cuando en palabras de ALFRED KAHN, arraiga el consenso de que la gestión pública o semipública en monopolio había "suprimido la innovación, cobijado la ineficiencia, fomentado una creciente espiral de precios/salarios, promovido un severo desajuste de recursos, al romper el vínculo entre precios y costes marginales, fomentado una competencia improductiva e inflacionaria de costes, denegando al público la variedad de precios y opciones de calidad que hubiera ofrecido el mercado competitivo". Kahn, Alfred E., "The Economics of Regulation: Principles and Institutions", MIT Press, 1988, Sexta Edición, página xvi.

Esta revalorización de la gestión indirecta, sin embargo, vuelve a poner de actualidad los problemas que conlleva la concesión de servicio público. En este sentido, sigue viva la vieja cuestión de la compatibilidad entre la autonomía empresarial de los concesionarios y los necesarios controles públicos dirigidos a asegurar la sujeción de la actividad de aquéllos a los principios y fines propios del servicio público[676].

A estas dificultades se añade hoy la necesidad de garantizar la transparencia de los procedimientos de selección de los concesionarios y de la contratación[677].

Una tercera forma de reorganización de la gestión de los servicios públicos es la incentivación de la colaboración de voluntarios y de asociaciones privadas sin fines de lucro en los servicios sociales. El fenómeno del voluntariado es una expresión de la idea de solidaridad que se halla en fase de expansión en las sociedades modernas y subdesarrolladas, en buena parte a causa de la incapacidad de los Poderes públicos para asumir o mantener ciertas tareas asistenciales, como consecuencia de la situa-

[676] Una política de privatizaciones y de reforma del servicio público vuelve a dar fuerza al denostado principio de subsidiariedad. Por principio de subsidiaridad –o principio de suplencia de la intervención del Estado-, los poderes públicos sólo prestarán directamente servicios públicos en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ella –sanidad, educación y transporte. STOBER, R.: Derecho Administrativo Económico. INAP. 1992. Págs. 103-105; O. DE JUAN ASENJO.: La Constitución Económica Española. Madrid.CEC. 1984. Págs. 93-98; ARIÑO, G.: Economía y Sociedad… Págs. 63-80.

[677] MUÑOZ MACHADO, considera que "la apertura de la contratación pública ha tenido por objeto hacer efectiva las libertades de libre circulación de trabajadores, de establecimiento y libre prestación de servicios, más que asegurar la igualdad de oportunidad entre las empresas públicas y privadas. Ello sin perjuicio de que, obviamente, ha servido también para evitar las reservas en exclusiva de la realización de obras o servicios por empresas públicas, facilitando la concurrencia de todos los operadores económicos en cada sector". Servicio público y mercado...Pág. 213. RIVERO ORTEGA, por su parte, afirma que "el fundamento de los contratos administrativos se encontraría, pues, en la necesidad de que la Administración mantenga un poder de control sobre la realización de determinados contratos (encargos) que ésta realiza con empresas privadas, contratos cuyo cumplimiento en tiempo y forma es fundamental para los intereses generales de la comunidad, por lo que el legislador decide que no debe regirse únicamente por el Derecho Privado". Administraciones Públicas y Derecho privado… Pag. 183. Véase también, GONZALEZ IGLESIAS, M. A.: El contrato administrativo de consultaría. Marcial Pons. Madrid, España. 2002. Págs. 22-32.

ción de la reforma del Estado. Con la admisión de estas organizaciones de voluntarios en la gestión de los servicios sociales se busca reducir las cargas financieras públicas en los servicios públicos en los que los problemas presupuestarios de las Administraciones públicas son más graves, sin tener que adoptar medidas difícilmente sostenibles desde el punto de vista político como sería la supresión de prestaciones[678].

En el ámbito concreto de los servicios públicos económicos, se ha transformado de pública en privada la forma de personificación de algunos entes de gestión de gran relevancia, y se ha reforzado la aplicación de las reglas de empresa, en busca de una mejora de los niveles de calidad en la prestación de los servicios. El panorama es más complejo en los servicios de carácter social, donde la introducción de los criterios empresariales plantea mayores dificultades técnicas y también fuertes resistencias sociales de parte de los sindicatos y de los ciudadanos[679].

Por lo que se refiere a la influencia del proceso de liberalización de la economía sobre los servicios públicos de carácter económico-empresarial, hay que hacer notar que no conlleva siempre la devolución al mercado de enteras actividades de prestación de utilidades a los particulares cuya titularidad fue asumida en su momento por los Poderes públicos; con frecuencia, lo que se liberalizan son únicamente algunas de las prestaciones de titularidad pública, quedando el resto de ellas sometidas al régimen jurídico del servicio público.

[678] SENDIN GARCIA.: Hacia un servicio europeo…Pág. 290-292.

[679] En América Latina, el ejemplo más típico y reciente de este proceso ha sido la privatización de la Seguridad y la salud. Sobre este particular véase, MESA-LAGO, CARMELO.: "Política y reforma de la Seguridad Social en América Latina. Revista, Nueva Sociedad. Número. 160. Marzo-abril. 1999. Pags. 133-150.

Pero, además, incluso en el primer caso es difícil de imaginar que la regulación y el control público sobre las actividades económicas concernidas llegue a desaparecer del todo, pues generalmente se mantendrá un régimen de autorizaciones administrativas en el sector y los Poderes públicos conservarán en todo caso la titularidad de las redes básicas de infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios afectados.

De esta manera, en los sectores donde la liberalización ha progresado más se detecta hoy en los países con regímenes de Derecho administrativo de inspiración francesa una tendencia todavía incipiente a la sustitución total o parcial de la técnica del servicio público por la forma de intervención sobre estas actividades propia del Derecho anglosajón, que no implica la asunción en bloque por los Poderes públicos de la titularidad de sectores enteros de actividad económica, sino la mera *regulación* de los mismos.

Otra característica destacable de este modelo de intervención es que las funciones públicas de control del cumplimiento de las normas reguladoras del sector por los sujetos que operan en él se atribuyen normalmente a autoridades administrativas independientes, y no a los órganos administrativos y entes públicos clásicos[680].

[680] Sobre los entes reguladores, su estructura, formación y reglas de funcionamiento, véase, ARIÑO ORTIZ.: "Economía y Estado", Marcial Pons, Madrid, 1992, especialmente capítulo XI, páginas 376 a 389.

III
A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO

El concepto tradicional del servicio público estaba determinado por las ideas de solidaridad e igualdad (ideología); la universalidad en la prestación y la regularidad en la misma (técnica); el interés general y la "publicatio" (jurídico); y el monopolio y el precio por el coste inferior (económicas).

Con el proceso de privatización y regulación, como ya hemos apuntado, se empezó a discutir y cuestionar precisamente los postulados económicos del servicio público; y todo este proceso tuvo como consecuencia un cambio de modelo, que en palabras de ARIÑO ORTIZ, consiste "esencialmente en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de "servicios universal", pero no con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados no ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad que se trate"[681].

[681] ARIÑO ORTIZ.: El nuevo servicio…Pág. 25.

El nuevo modelo de ordenación jurídico-económico, ha traído consigo, además nuevas autoridades (Gobiernos y "reguladores independientes"), protagonistas (empresas privatizadas) y nuevas normas e instituciones.

En este proceso, la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado de concurrencia"[682].

De esta forma, la actividad del Estado se transforma, pasa de ser prestatario, a un actor imparcial con varias tareas a su cargo: promover la libre competencia en los sectores en que ésta puede darse y servir de árbitro en el juego de intereses que se genera entre usuarios, prestatarios, etc.

Todo este proceso exige la aprobación legislativa de leyes denominadas normas de organización y procedimiento[683], idóneas y necesarias para hacer posible, en este caso, la libertad de elección del usuario, el servicio universal, la libertad de competir de los operadores de los servicios públicos.

Esta nueva concepción del servicio público trata de conciliar, por una parte, la instauración de "un sistema más eficaz y competitivo[684]", y por otro, la garantía de un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho, a través del servicio universal[685]. A través de la introducción de la competencia en los

[682] DESDENTADO DAROCA.: La crisis de identidad…Pág. 118.
[683] HESSE, K.: Significado de los derechos fundamentales. Traducción de ANTONIO LOPEZ PINA. En Manual de Derecho Constitucional. Madrid, España. Instituto Vasco de Administración Pública. Marcial Pons.1996.
[684] DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN: Prólogo al libro Regulación y servicios públicos… Pág. XIX.
[685] Véase: ARIÑO ORTIZ, G Y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados. Granada. Editorial Comares. 2003. Pág. 13; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Público". En: Principios de Derecho Público…Págs. 557 y ss.

servicios públicos lo que se pretende es precisamente mejorar la eficiencia del sistema en beneficio de todos, especialmente de los consumidores[686].

Este modelo se rige, por la separación de actividades del sector, y con ello se busca que una actividad que ha operado en monopolio en un mercado, de forma concentrada, sea objeto de una separación en varios aspectos. Primero, se pretende hacer una separación de las actividades del sector[687], después se busca separar las actividades competitivas y no competitivas, principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación[688]. Por último separar las actividades del regulador y del operador[689].

Con la separación de actividades se busca alcanzar, dos objetivos: Por un lado, establecer un régimen jurídico diferenciado; y, por otro, procurar la transparencia en los precios y costos de la actividad[690], evitando las subvenciones cruzadas.

[686] CABALLERO SANCHEZ, R.: Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos. Madrid, España. INAP. 2003. Págs. 353 y 354.

[687] ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados. Granada. Editorial Comares. 2003. Pág. 16; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: Principios de Derecho Público...Pág. 562; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 27; SENDIN GARCIA.: Regulación y servicio público…Pág. 61.

[688] ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados. Granada. Editorial Comares. 2003. Pág. 15; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: Principios de Derecho Público…Pág. 561; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 26; SENDIN GARCIA.: Regulación y servicio público…Pág. 61.

[689] ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio… Pág. 26.

[690] ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados…Pág. 16; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: Principios de Derecho Público...Pág. 562; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 27; SENDIN GARCIA.: Regulación y servicio público…Pág. 61.

La separación o disociación de las actividades del sector, es un mecanismo que busca introducir transparencia en los precios y en los costos de los servicios. Esa transparencia permite reducir las distorsiones de la competencia entre operadores que producen las subvenciones cruzadas. La separación puede referirse a varios ámbitos: separación contable[691], funcional o por gestión[692]; jurídica o estructural y material[693], y accionaría.[694]

Hasta el momento no se ha establecido reglas para determinar cuál es la separación más adecuada, lo importante es que la transparencia pueda ser efectiva. Es preciso advertir que el nuevo esquema de regulación "no prejuzga la estructura empresarial, que salvando ciertos límites debe dejarse a las decisiones de las fuerzas del mercado[695]".

[691] La separación contable de las actividades del sector es la distinción en las cuentas del operador de las diferentes actividades. Esta separación es un instrumento indispensable para posibilitar la transparencia contable y financiera, con el objetivo de obtener un mínimo de información sobre los precios y los costos de los servicios. En la Unión Europea, existe normativa que contempla esa exigencia. Tal es el caso, por ejemplo, del sector ferroviario, en el cual, mediante la directiva 91/440 relativa al desarrollo de ferrocarriles, se ha establecido la obligatoriedad de esta separación desde 1991. En el caso de las telecomunicaciones, la directiva Núm 97/33/CE relativa a la interconexión, prevé como obligatorias la separación contable de las actividades.

[692] Este tipo de gestión implica la creación de una entidad jurídica integrada pero disponiendo de una autonomía de gestión.

[693] La separación jurídica o estructural es la creación de entidades jurídicamente distintas. Con esta separación se pretende que cada una de las actividades tenga una estructura empresarial jurídicamente diversa. Esto no impide, sin embargo, la creación de grupos o holding de la que dependan las diferentes sociedades. Con la separación material, por su parte, se pretende que cada actividad o empresa cuente con su propio personal reclutado extermanente y sin relación con otras empresas. Toda prestación gratuita debe ser excluida. ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 17.

[694] Mediante este criterio regulatorio, se prohíbe "por ley la presencia de un mismo accionista dominante en los distintos sectores o áreas de actividad. ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 17.

[695] ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio… Pág. 17.

De acuerdo con ARIÑO ORTIZ, el régimen jurídico de las actividades competitivas esta de determinada por cuatros libertades:

1) Libertad de entrada: Consiste básicamente en la apertura del sector a la iniciativa privada y pluralidad de oferta en los servicios. Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios, tendrá derecho a construir, explotar, comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trate[696]. El único requisito es la obtención de una autorización administrativa, que tendrá carácter reglado y no discrecional[697].

2) Libre acceso al mercado, a la red, a las infraestructuras (doctrina de las esencial facilities[698]): Se reconoce a todos los operadores el libre acceso a las instalaciones

[696] ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados…Págs. 21 y 22; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: Principios de Derecho Público…Pág. 564; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUE TARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 27.

[697] ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados…Págs. 21 y 22.

[698] VILLAR ROJAS señala que "La doctrina de las "essential facilities" surge y se desarrolla en el marco del artículo 2 de la Sherman Act, esto es, la norma fundamental del derecho de la competencia norteamericano. Este precepto prohíbe monopolizar, intentar monopolizar, o llegar a acuerdos para monopolizar cualquier parte del comercio entre los estados o el comercio internacional. Se trata de un mandato equivalente al artículo 82 del Tratado de la Unión Europea y al artículo 6 de la Ley española de Defensa de la Competencia; si bien, mientras aquél tiene como presupuesto de hecho los monopolios, estos últimos actúan sobre las conductas que supongan un abuso de posición dominante, aun sin existir un monopolio. La finalidad en los tres preceptos es común: actuar frente a aquellas situaciones de dominio, de las que el monopolio es su manifestación más extrema, que permiten a quien ocupa esa posición menoscabar la libre competencia, bien imponiendo a empresarios y consumidores condiciones comerciales injustificadas, o bien impidiendo que sus competidores tengan acceso a ese mercado o a otro secundario que sea dependiente de aquél. El artículo 2 de la Sherman Act ha servido de fundamento de resoluciones limitativas de la libre iniciativa empresarial, entre ellas la libertad de contratación. La doctrina ha reconocido hasta tres explicaciones de este precepto que sirven para legitimar la limitación de la libertad que todo empresario tiene de elegir con quien establece relaciones comerciales y, por tanto, de negarse a establecerlas. La primera es la "intent doctrine", que pretende determinar si la voluntad de la empresa que deniega un suministro o un acceso es mantener o lograr una situación de monopolio, no una simple decisión empresarial. La segunda es el "monopoly levering test", que enjuicia la

o infraestructura sobre las que la prestación de los servicios descansa (físicas o infraestructuras: redes eléctricas, oleoductos y gasoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de telecomunicaciones (cables o ondas), redes de abastecimiento de agua, de autopistas, etc. La efectividad de dicho acceso determina la competencia real en la oferta de servicios. Las condiciones de acceso en términos objetivos (no discriminatorios), la fijación de un canon para su uso, y las razones exactas para justificar una denegación de acceso, deben de quedar definidas en la regulación, a través de un Estatuto Jurídico de las redes[699].

1) y 4) Libertad de contratación y formación competitiva de los precios: Este principio significa que las empresas gestoras de los servicios competitivos, tiene libertad para operar bajo principios comerciales (comprar y vender; importar y exportar; extender sus actividades a otras áreas, libertad de fijación de precios a sus clientes) sujeto sólo a límites o restricciones generales aplicables a todas las empresas de mercado. La función del regulador es el garantizar el respecto a las reglas en la for-

negativa a contratar considerando si, con esa decisión, el operador obtiene ventaja en un mercado segundario o dependiente. La tercera es la "essential facilities", es buena medida una combinación de las anteriores. En una primera aproximación, la doctrina de las "essential facilities" identifica aquellas situaciones en las que un monopolista, que controla un bien indispensable para realizar una actividad económica, impide a un competidor el uso del mismo, o le impone condiciones irrazonables y discriminatorias, sin que existan razones técnicas o empresariales que justifiquen esa decisión. En estas circunstancias, esa doctrina legitima que la autoridad judicial competente obligue al monopolista a contratar con el competidor en condiciones razonables y no discriminatorias, con independencia de las sanciones que pudieran corresponder por conductas anticompetitivas ilegales". Las instalaciones esenciales para la competencia. Granada, España. Editorial Comares. 2004. 2005. Págs. 13,15 y 15.

[699] ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio… Pág. 28.

mación competitiva de precios y actuar contra prácticas restrictivas de la competencia. d) Libertad de inversión: Esta consiste en la plena libertad para diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor. No se limita beneficios ni pérdidas[700].

Con lo que respeta a las actividades no competitivas, se caracteriza por las notas siguientes:

1) Instalación y gestión de infraestructuras: Las infraestructuras son de uso común, y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios variados, distintas modalidad de transporte, distintos horarios, distintas modalidades de suministros (Ferrocarril: uso de estaciones y vías; transporte aéreo: aeropuertos y servicios portuarios; energía eléctrica: redes de alta tensión; telecomunicaciones: redes de cables y red telefónica; petróleo y gas: oleoductos y gasoductos)[701].

   La importancia de las redes e infraestructuras esenciales, radica en que son la vía física por medio de la cual se materializa el mercado. Se define a las infraestructuras en red, como aquéllas "instalaciones de valor estratégico, ramificadas por le territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad limitada y su duplicación antieconómica debido a su altos costos de implantación todo lo cual constituye conductos de paso obligado para participar en un determinado mercado de interés general[702]"

[700] ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados…Pág. 26; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: Principios de Derecho Público...Pág. 567; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 29.

[701] ARIÑO ORTIZ, GASPAR y LOPEZ DE CASTRO, L.: La competencia en Sectores Regulados…Pág. 27; ARIÑO ORTIZ.: "El Nuevo Servicio Publico". En: Principios de Derecho Público…Pág. 568; ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio…Pág. 30.

[702] CABALLERO SANCHEZ, R.: Infraestructura en red y liberalización…Pág. 151.

La red es la clave del mercado, y su regulación debe de tener las siguientes características: a) Gestión autonómica, b) Estatuto jurídico de las redes y acceso a terceros, c) un nuevo concepto de propiedad que afecta al uso público, en la que se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso y no por su titularidad[703].

2) Servicio universal: El servicio universal integra aquellas prestaciones a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta, por lo que la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicios al que todos tienen derecho. En este tipo de servicios no hay competencia, porque no hay oferta. En este caso la regulación interviene imponiendo obligatorias prestaciones a cualquiera de los operadores del sector. Para ARIÑO ORTIZ este planeamiento ha supuesto una radical transformación del concepto de servicio público"[704]. La apertura de los servicios a la competencia y al mercado, se caracteriza por lo siguiente: a) La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Es necesario precisar en cada sector cuales son las obligaciones o cargas de servicio público; es decir de servicio universal obligatorio para el operado garantice el interés general. b) Abandono del concepto de reserva: Es decir se abandona el

[703] ARIÑO ORTIZ, DE LA CUETARA, MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ.: El Nuevo Servicio… Pág. 31.

[704] ARIÑO ORTIZ.: El nuevo servicio...Pág. 32.

concepto de titularidad de la actividad a favor del Estado, y se introduce la idea de actividad reglamentada[705].

[705] La communications Act de los Estados Unidos, definió la noción de servicio universal, en el año de 1934, como el acceso de todo ciudadano a una operadora telefónica local, y recoge las siguientes novedades:

a) El servicio universal es definido como: El acceso de todos los ciudadanos a todo tipo de servicios de telecomunicación a precios justos y razonables, incluidos los servicios avanzados y de información, asegurando el acceso a ellos de las áreas rurales y las de menor renta per cápita en condiciones de calidad y precio comparable a los servicios ofrecidos en áreas urbanas y asegurando su disponibilidad en escuelas, centos sanitarios y bibliotecas. Un concepto dinámico que requiere ser revisado periódicamente con objeto de adaptarlo a la evolución tecnológica y del mercado, ampliándolo con aquellos nuevos servicios a los que se considere que debe tener acceso todo el público.
b) Se crea la Federal-state Joint Borrad on Universal Service, una comisión conjunta de la FCC y las State Public Utilities Commissions cuyas competencias son la definición de los principios generales del servicio universal y de las directrices para su desarrollo. La FCC es responsable de desarrollar las recomendaciones de la comisión conjunta y de revisar periódicamente la definición de servicio universal teniendo en cuenta las recomendaciones de los legisladores y del público en general y que los servicios incluidos en el concepto sean esenciales para la educación, sanidad y seguridad pública y beneficiosos para el interés público.
c) Establece la obligación de todos los proveedores de los servicios de telecomunicaciones de participar en el fomento del servicio universal mediante contribuciones al Fondo de Servicio Universal de forma no discriminatoria. MEDINA ORS, GUILLERMO.: "Régimen jurídico de las telecomunicaciones en los Estados Unidos". En: Derecho de las telecomunicaciones. Ministerio de Fomento. Madrid, España. Pág. 1196.

SENDIN GARCIA, por su parte, señala, que "el servicio universal supone la imposición de obligaciones de servicio público a escala comunitaria, con el objetivo de hacer compatible la satisfacción del interés público con la apertura de determinadas actividades a la concurrencia… Se ha dicho respecto al servicios universal que no es una técnica, sino un objetivo, esto es, indica el interés público que se debe satisfacer, pero no como hacerlo. Igualmente se ha destacado su mutabilidad, y su flexibilidad, en cuanto debe adaptarse a las características y necesidades peculiares de cada servicio. Se ha señalado también que la determinación de que prestaciones forman parte del miso es una decisión política. Así como, por último, que la principal consecuencia que se deriva de su formulación, es la sujeción de determinadas actividades a una serie de principios, que viene a coincidir con los principios tradicionales del servicio público, al os que se añade algún otro de nuevo cuño (eficacia, calidad, transparencia, participación). Hacia un servicio…Págs. 293 y 294. ARIÑO ORTIZ, lo define como "aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituye un estándar mínimo de servicios al que todos tiene derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay, porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir". "Servicio Público y servicio universal en las telecomunicaciones". En: En: Derecho de las telecomunicaciones. Ministerio de Fomento. Madrid, España. Pág. 761.

La comisión europea señala que "constituye un complemento básico de la liberalización del mercado de servicios", a lo que añade que al "definir y garantizar los servicios universales se asegura la disponibilidad permanente y la calidad de los servicios existentes para todos los usuarios y consumidores durante la transición de la prestación en régimen de monopolio a unos mercados abiertos a la competencia". Y define el servicio universal, como "el conjunto mínimo de servicios de una determinada calidad a los que tiene acceso todos los usuarios y consumidores, en función de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible". Los servicios de interés general en Europa. Comunicación de la Comisión de 20-09-2000. COM (2000). Pág. 40.

3) Sustitución de un régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto, en el que basta una autorización para entrar en el sector[706]. Sin embargo, se le imponen obligaciones y cargas de servicio, en la medida que haya que determinadas prestaciones al público, que se impondrá de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector, ya se unilateralmente

[706] En el derecho español, tradicionalmente se ha distinguido entre autorización y concesión. De este modo, la concesión se considera propia de un ámbito en el que existe una titularidad administrativa previa (servicio público), mientras que la autorización se da en aquéllas actividades cuya titularidad corresponde originariamente a los particulares. SENDIN GARCIA.: Regulación y servicio público…Pág. 77. Sin embargo, en lo que se refiere a la autorización no existe una universidad de criterio. Existen dos grandes teorías. La primera se inicia con RANELLETTI, y se fundamenta en que la autorización constituye una remoción de los límites para el ejercicio de un derecho preexistente, por lo que no implica un incremento de las facultades del particular. Frente a ello, en la concesión no se da la preexistencia de un derecho, sino que este nace de la concesión misma, por lo que supone una ampliación de las facultades del sujeto privado. MEILAN GIL, J. L.: "Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión". En: Revista de la Administración pública 71, mayo-agosto de 1973. págs. 80-84. PARADA VAZQUEZ, R.: Derecho Administrativo…pág. 437. La segunda teoría tiene su origen en la obra de OTTO MAYER, que concibe la autorización como el levantamiento de una prohibición previa. De tal forma que, al establecerse una prohibición de policía, puede "que la disposición policial introduzca una excepción para el caso particular. A eso es lo que llamamos la prohibición de la policía con reserva de permiso (autorización)". La cual "se dirige a las manifestaciones de la vida individual que no son consideradas en absoluto como pertubardoras del buen orden de la cosa pública, pero que pueden presentar una perturbación según la persona de la cual emanan, según la manera como la empresa está instalada, administrada y dirigida. Por lo tanto al iniciar esta actividad, se impone un examen: ella no debe comenzar a manifestarse ante de que dicho examen haya sido debidamente hecho, antes de que se haya logrado una respuesta favorable y que ésta haya sido certificada mediante un acto de autoridad. Dicha certificación está contenida en el permiso que descarta la prohibición. En todo esto sólo se trata de medidas de vigilancia contra las perturbaciones posibles bajo la forma de prohibición. La prohibición alcanza también a situaciones que, en sí mismas, no tiene realmente nada de contrario a la policía, las que se crean prescindiendo de la prohibición son alcanzadas por sus efectos nada más que a causa de su origen jurídicamente defectuoso". A esto añade que esta "prohibición con reserva de permiso es una regla de derecho que consta de dos partes distintas. Una, la prohibición, dice siempre lo mismo: no debe ejercerse tal empresa. La reserva de permiso, por el contrario, puede revestir fórmulas muy diferentes según la mayor o menor amplitud de acción asignada a la voluntad de la autoridad. Esta va desde la apreciación completamente libre hasta la simple aplicación al caso individual de la regla que determina el permiso. El permiso no se confunde con un simple recomonicmiento de la libertad: antes del ejercicio de ella, debe cumplirse una formalidad; es preciso haberse obtenido el permiso, para comprobar que el ejercicio de la libertad es posible. Derecho administrativo alemán. Tomo II. Traducción del original francés de 104, realizada por H.H HEREDIA Y E. KROTOSCHIN. Editorial de Palma. Buenos Aires, 1950. Págs. 59 y 61. GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ RODRIGUEZ –siguiendo a MAYER- y conciben la autorización como 2una prohibición general previa que actúa sobre actividades que

por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores.

4) Régimen de los precios. Este tema siempre ha resultado polémico. En el sistema de servicio público, éste se regulaba fundamentalmente entre el regulador y el regulado. En el nuevo modelo los precios de las prestaciones y servicios serán determinados por el propio mercado, y en otros, regulados de acuerdo si existe o no competencia real. La revisión del control de ha de caracterizarse por su estabilidad y no por su flexibilidad.

5) Las empresas de servicio público. Las empresas privatizadas de servicio público no representan solamente un negocio privado, donde lo importante es los beneficios y abaratamiento de los precios al consumidor, sino que tiene una dimensión pública, y la actitud del regulador y del juez debe de observar por su austeridad y moderación en la retribución de directivos y accionistas, como por su fortaleza y buena cotización en el mercado.

la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir la autorización de las concesiones, que operan a partir de una previa publicatio o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente". Curso de derecho Administrativo…Pág. 134-135. PARADA VAZQUEZ, se identifica más con RAMELLETTI, y considera, "que por ser más moderna y garantista, se debe partir de un concepto de autorización mas restrictivo, como un acto reglado, que libera la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad preexistente, de forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias". Si bien precisa que "el concepto de autorización debe limitarse a los supuestos en que no hay limitación en el número de los beneficiarios del derecho o actividad ejercitada, ni discrecionalidad en el otorgamiento (…), remitiendo al concepto de concesión los demás supuestos en que la legislación permite claramente la discrecionalidad en el otorgamiento o limita el número de beneficiarios del ejercicio del derecho o actividad en función de condiciones legalmente definidas". Derecho Administrativo… Págs. 438 y 439.

LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN ESPAÑA Y NICARAGUA. UN ESTUDIO COMPARADO

I
LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1.1 Introducción

La elaboración de una noción técnica de servicio público local no podía dejar de ser difícil y polémica, dado que no es más que una concreción para el ámbito local de la noción general de servicio público y, como es de sobra conocido, la determinación de ésta es una labor extremadamente complicada.

A ello se debe añadir que la precisión a nivel local del concepto que nos ocupa presenta en nuestro país algunas dificultades específicas, que proceden, sobre todo, de una incomprensible mezcla de una trasnochada concepción amplia de servicio público, entendida como competencia administrativa, con el concepto técnico o estricto de dicha noción.

Visión que se ha quedado aún más anticuada y perdida en el tiempo tras el proceso de liberalización y la incidencia que el Derecho comunitario ha tenido sobre el ámbito de los servicios públicos.

Ya hace tiempo que se viene denunciando la necesidad de adaptar el servicio público local al nuevo contexto teórico y económico que informa el nuevo servicio público[707]. A pesar de lo cual, nuestra normativa reguladora de los servicios locales no ha hecho ninguna tentativa de adaptación a los nuevos conceptos y terminología acuñados en los últimos años.

En buena medida, quizás, por pensarse que el proceso de liberalización iba a afectar de forma muy limitada a un ámbito como lo es local, donde son más limitados los efectos transnacionales de la actividad prestacional de la Administración[708].

Efectivamente, la literalidad de la normativa local ha acogido una noción amplia, de carácter objetivo, en que servicio público local es tanto como la totalidad de la actividad administrativa[709].

[707] En tal sentido, L. BERENGUER FUSTER considera que "la evolución, del concepto de servicio público y el proceso de liberalización deben impulsar a los distintos responsables de la prestación del servicio público a introducir competencia en dicha prestación, pues con ello se conseguirá no solamente una mayor eficiencia económica sino una mayor protección de los intereses de los consumidores, interés este último que constituye un objetivo público de primera magnitud. Esta consideración debe conducir a replantearse la conveniencia de la existencia de monopolios en la prestación de servicios municipales, o al menos, su considerable reducción". "Los servicios locales y la política de defensa de la competencia", en Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea B-128. Pág. 16.

[708] MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L.: "Los servicios públicos en el Libro Blanco para la Reforma del Régimen Local", en Revista de Estudios Locales Número Extraordinario, julio de 2005. Pág. 180. En tan sentido se pronunció SARASOLA GORRITI, S.: "En torno a la reserva de servicios esenciales en la legislación loca básica", en Revista Vasca de Administración Pública 52 (1998). Pág. 258.

[709] TOLEDANO CANTERO, R.: "El servicio público local: modos de gestión", en Administración Local. Director: S. Martínez-Vares García. CGPJ. Madrid, 1995. Págs. 466-468. MARTÍNEZ PALLARÉS: Los servicios públicos... Págs. 173-175.

Dicha concepción aparece claramente reflejada, en nuestra opinión, en el art. 85. 1 LBRL[710], que establece que son "servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias".

Si bien, dicha estipulación ha sido objeto de interpretaciones contrapuestas. Pues para algunos, con ello, se consagra, como nosotros mismos mantenemos, una noción amplia de servicio público, como toda actividad que tiende a la consecución de las finalidades propias de la competencia de las Entidades Locales, y no una noción estricta o técnica de servicio público, como una concreta forma de actividad de la administración, distinta de otras formas típicas de actuación como el fomento o el servicio público[711]. Mientras que otros, sin embargo, consideran que se trata de una noción estricta, en la que se diferencia la actividad de servicio público de los demás modos de actuación de la Administración[712].

Aunque alguna doctrina se muestra favorable a esta concepción[713], es preciso, en nuestra opinión, desecharla y llegar a un concepto estricto de servicio público. Cuestión dotada de una indudable trascendencia práctica, pues sólo partiendo de éste

[710] Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

[711] LÓPEZ PELLICER, J. A.; REDACCIÓN DE EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS (en adelante REDACCIÓN DE EL CONSULTOR: Nuevo Régimen Local. Tomo II. Madrid. Cuarta edición, 2001. Pág. 109. Señala I DEL GUAYO CASTIELLA que las "referencias de ambos preceptos son tan amplias que carecen realmente de virtualidad definidora y no permite que conozcamos cuáles son los servicios públicos locales en sentido estricto, pues también las actividades o servicios económicos que prestan las entidades locales como fruto de su libre iniciativa en el ámbito económico podrían ser considerados a tenor de ambos preceptos como servicios públicos". "La gestión de los servicios públicos locales", en Revista de Administración Pública 165, septiembre-diciembre de 2004. Pág. 92.

[712] LLISET BORRELL, F.; REDACCIÓN DE EL CONSULTOR: Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales. El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados. Segunda edición. Madrid, 2002. Pág. 235.

[713] SARASOLA GORRITI: En torno a... Págs. 251-252.

podremos distinguir la institución que nos ocupa de otras formas de actividad sujetas a un régimen diferente: la iniciativa pública en la actividad económica[714] y la actividad privada[715].

Esta tarea es, por lo demás, perfectamente posible partiendo de este precepto, del resto de la normativa de régimen local y de la propia tradición conceptual del servicio público.

Esto supone que se deben distinguir tres grandes bloques de elementos en esa definición: a) los que vienen exigidos por la propia noción de servicio público; b) los que determinan su carácter como servicio público local; c) los rasgos peculiares que el legislador ha querido conferir a la noción de servicio público local.

1.2 Elementos del servicio público local derivados de la noción general de servicio público

Este primer bloque de elementos comporta un necesario margen de imprecisión, dado el carácter marcadamente polémico que tiene el concepto, siempre discutido, de servicio público. Pese a ello, podemos marcar unos rasgos definidores, difícilmente discutibles, que encuentran su base en el art. 128. 2 CE[716],

[714] Como señala GARCÍA MORAGO, que "una actividad pública de naturaleza económica merezca o no el calificativo de servicio público puede traer consigo consecuencias jurídicas, económicas y prácticas de enorme calado, hallándose en juego el ejercicio (o la interdicción) de potestades tan importantes como la tributaria (por lo que respecta a muchas tasas y a determinadas contribuciones especiales), la expropiatoria (...), la sancionadora, la reglamentaria, etc.; por no citar la vinculación que establece el art. 18 de la Ley Básica de Régimen Local (LBRL) entre el derecho de los vecinos a exigir o, en todo caso, a beneficiarse de las actividades municipales de carácter prestacional y la configuración de esta últimas como <<servicios públicos>>". Consideraciones sobre... Pág. 45.

[715] Destaca J. M. SOCIAS CAMACHO "la importancia que supone la consideración de la actividad concreta como privada o como de servicio público, porque en función de ello se aplicará un régimen jurídico u otro a la prestación de la misma". "La prestación del servicio de taxis y libertad de empresa", en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica 284, septiembre-diciembre de 2000. Pág. 734.

[716] Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.

precepto que recoge en la legislación general la idea de servicio al público al establecer que, mediante "ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales". Si bien, hay que tener aquí en cuenta el notable grado de confusión y torpeza con que dicho precepto ha quedado reflejado en la legislación local[717]

El concepto general de servicio público se articula sobre la base de tres grandes elementos: un elementos material (que se trate de servicios esenciales), un elemento que hace referencia al régimen jurídico (que se opere una reserva); y un elemento formal (declaración mediante ley).

El primer elemento, que se trate de un servicio esencial, hace referencia al carácter indispensable del servicio, a la existencia de un interés público especialmente intenso, que genera una especial responsabilidad por parte de los poderes públicos en orden al suministro de esa prestación.

[717] Como señala J. SALAS HERNÁNDEZ, "la aplicación al ámbito de la Administración Local del art. 128. 2 de la Constitución no podía haberse hecho de manera más desafortunada, arrastrando, ya sin justificación alguna, viejos equívocos y prejuicios, que han caracterizado (...) la normativa anterior a la promulgación de la Carta Fundamental". "Régimen Jurídico de los Servicios Públicos Locales Esenciales", en Revista Andaluza de Administración Pública 11, septiembre-diciembre de 1992. Pág. 36. En la misma línea, señala DEL GUAYO CASTIELLA que la "normativa relativa a los servicios públicos locales dista de ser clara. El interprete que se acerca a ella con un determinado bagaje doctrinal sobre los servicios públicos y sobre conceptos afines (...) comprueba el difícil encaje de las reglas locales en dichas categorías doctrinales". La gestión de... Pág. 97. Esa misma idea ha sido destacada por los prácticos del Derecho. Así, H. GARCÍA MORAGO destaca que "la regulación contenida en los art. 86 LBRL y 96 y siguientes del TRAL carece de una sistemática que le haga inteligible, siendo patente que se han mezclado categorías (actividades económicas puras, por un lado, y servicios públicos económicos, por el otro) que responden a lógicas diferentes, lo que ha dado lugar a que frecuentemente a los prácticos del Derecho se nos haya hecho francamente difícil diferenciar unas de otras". "Consideraciones sobre el <<servicio público local>>: el servicio público económico. Especial referencia a los aparcamientos públicos. La iniciativa local en la actividad económica", en Revista de Estudios Locales 66 (junio de 2003). Pág. 45.

Dicha exigencia entendemos que está implícita en el ámbito local en el art. 25. 2 LBRL, que establece que el municipio podrá "prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal".

Esto, por un lado, presume la existencia de un interés público[718]. Pero dicho elemento no puede entenderse criterio suficiente para establecer un servicio público, pues, con ello, servicio público y actividad administrativa quedarían convertidos en términos sinónimos, dejando al concepto sin virtualidad específica alguna. Parece, por ello, que detrás del servicio público debe haber un interés público cualificado, de especial trascendencia[719], que será, en definitiva, lo que justifique que para darle satisfacción se pueda poner en marcha una intervención pública de gran intensidad, como es el servicio público, que puede llegar a excluir el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de empresa.

Ahora bien, a partir de aquí, determinar en que consista esa esencialidad es una tarea difícil. Esto ha provocado que la noción de servicio esencial haya sido desde siempre objeto de una acerada polémica, no resuelta, entre los que consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado, susceptible, por tanto, de ser controlado por los tribunales[720]; y los que consideran que se trata de un concepto político, que se confunde con la

[718] ALONSO HIGUERA, C.: Manual del Secretario. Teoría y práctica del Derecho Municipal. Atelier. Barcelona, 2002. Pág. 1546.

[719] Para SÁNCHEZ GALIANA, el "término esenciales debería interpretarse restrictivamente, en el sentido de irrenunciables, indispensables o absolutamente necesarios en cierto contexto socioeconómico, recursos o servicios que responden en suma a intereses primarios de la colectividad". "Los monopolios fiscales y el Derecho constitucional a la libertad de incitativa económica privada", en El sistema económico en la Constitución española. Madrid, 1994. Pág. 496.

[720] GÓMEZ-FERRER MORANT: "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría V. Madrid, 1991. Pág. 3825. VICIANO PASTOR, J.: Libre competencia e intervención pública en la economía. Tirant lo blanch. Valencia, 1995. Págs.210-212.

decisión del propio legislador de declara un servicio como tal[721], y que no es, por tanto, susceptible de control judicial[722].

En nuestra opinión, la noción de servicio esencial tiene un carácter eminentemente político, difícilmente controlable, que encuentra límite tan sólo en dos supuestos extremos: a) serán necesariamente esenciales aquellos servicios consagrados constitucionalmente (piénsese por ejemplo en el servicio público de la educación, consagrado en el art. 27 CE)[723]; b) no podrán serlo en ningún caso, aquellas actividades en que la clara ausencia de un interés público, haría absurda su publificación[724].

Hay quien mantiene opinión contraria, utilizando precisamente el servicio público local como argumento, en cuanto el art. 86. 3 LBRL ofrece una enumeración de los servicios esenciales en el ámbito local[725]. Sin embargo, no nos parece un elemento de peso, pues la limitación que ofrece el concepto de servicio esencial al legislador proviene precisamente de su carácter constitucional, en cuanto viene impuesta por el art. 128. 2 CE. No aporta, por ello, limitación alguna la concreción legislativa realizada en la

[721] SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: La actividad de la Administración y el servicio público. Comares. Granada, 1998. Págs. 206-207. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: Principios de Derecho administrativo II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999. Pág. 311.

[722] ARIÑO ORTIZ, G.: Principios de Derecho público económico. Con la colaboración de Miguel de la Cuétara Martínez y Lucía López de Castro García Morato. Comares. Granada, 1999. Págs. 140-144.

[723] Véase al respecto lo que ya dijimos en SENDÍN GARCÍA, M. A.: Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. Págs. 163 y sigs.

[724] En tal sentido, señala G. ARIÑO ORTIZ que la esencialidad sólo puede apreciarse en algún caso en que esa calificación es totalmente impensable o ridícula, señalando como ejemplos que se declare servicio esencial la fabricación de bikinis o pelucas para señoras. "Servicio público y libertades públicas", en Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla. Madrid. Editorial Complutense, 1992. Pág. 1317.

[725] En tal sentido S. SARASOLA GORRITI, que señala que a "diferencia de los servicios públicos en sentido amplio, donde el legislador de cara a su previsión, únicamente se halla obligado por la connotación social que estos poseen, la esencialidad impone un deber de intensidad mayor. Esto se advierte claramente en la regulación de los servicios públicos municipales, donde existe un grado de concreción mayor de los servicios susceptibles de reserva, en tanto que (...) el art. 86. 3 facilita una lista de materias susceptibles de reserva". La concesión de servicios públicos municipales. IVAP. Bilbao, 2003. Pág. 56.

LBRL, que no es más que una plasmación concreta de la faculta que el art. 128. 2 ofrece al legislador, que no limita en absoluto sus decisiones futuras al respecto.

A nuestro juicio, el servicio público local no presenta ninguna peculiaridad relevante en este aspecto. Es claro que todo servicio público local deberá ser un servicio esencial, aplicándose a este requisito las reglas generales antes señaladas.

La única particularidad viene dada por la autoridad a la que corresponde decidir acerca de la esencialidad del servicio. Esa autoridad lo será, como regla general, la propia Entidad Local, como muestra el ya citado art. 25. 2 LBRL, que al establecer que el municipio podrá "prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal", esta atribuyendo al mismo la facultad para decidir el carácter esencial de un servicio.

Esto no impide, no obstante, que el carácter esencial de un servicio pueda venir impuesto por una autoridad normativa superior, cuya decisión vinculará en dicho caso a la Entidad Local. Así ocurre, por ejemplo, con los servicios obligatorios del art. 26 LBRL. Este precepto establece que los "*Municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:*

a) En todos los Municipios:

Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

b) En los Municipios con población superior a 5000 habitantes, además:

Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c) *En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además:*

Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalación deportivas de uso público.

d) *En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además:*

Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente".

El listado es, en nuestra opinión, confuso y defectuoso técnicamente, porque integra actividades de naturaleza diferente, confundiendo auténticos servicios públicos con la realización de obras públicas y actividades de policía administrativa. Sin embargo, aquellas actividades que constituyen auténticos servicios, aptos para ser convertidos en servicios públicos, son elevados en virtud de este precepto al rango de servicios esenciales, esto es, actividades indispensables para el buen desenvolvimiento de la vida social que deben llegar necesariamente a los ciudadanos.

Esta calificación como esenciales tiene, en realidad, dos grandes consecuencias. En primer lugar, se entiende que su importancia transciende a los intereses individuales de las personas llamadas a prestarlos, de tal forma que, aun en caso de que no exista un interés económico en su prestación, se debe asegurar que va a llegar en condiciones adecuadas a los ciudadanos.

La concurrencia de dicha característica en los servicios que nos ocupan es evidente, en cuanto el art. 18 reconoce el derecho de los vecinos a exigir "la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio". Con lo que se establece una auténtica obligación legal del Ente Local de establecerlo, y un correlativo derecho del ciudadano a exigirlo, sin perjuicio, obviamente, de las condiciones

concretas de su establecimiento y del deber del administrado a contribuir a sufragar la carga económica que ello suponga[726].

Derecho que se puede exigir mediante una solicitud susceptible de posterior impugnación en caso de no ser atendida; o mediante la impugnación directa del presupuesto si las partidas presupuestarias no contemplan esa financiación[727].

La responsabilidad porque así sea corresponde a los poderes públicos, en el caso que nos ocupa, a los municipios. Si bien éstos "podrán solicitar de la Comunidad Autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les corresponden (...) cuando por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios por el propio Ayuntamiento".

De este modo, el art. 25 LBRL no es propiamente una norma que pretenda atribuir competencias a los municipios, sino que tiene la finalidad de garantizar el derecho de los ciudadanos a recibir esa prestación, fijando el nivel de la Administración sobre el que recae esa responsabilidad, quedando éste liberado de esa obligación si se encarga de la prestación otro nivel administrativo[728].

[726] Señala el Tribunal Supremo que "la misma Ley constata la facultad de los vecinos del término municipal de exigir las prestaciones, o el establecimiento de los servicios en su caso, que formen parte de las competencias municipales de carácter obligatorio. Constituye, pues, una obligación legal directamente exigible por los interesados el suministro referido, obligación que corre a cargo del Ente Local correspondiente, con independencia de que se trate del mismo Ayuntamiento o de la Mancomunidad constituida para dar satisfacción a la misma. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de las condiciones concretas de su establecimiento, o del deber de contribuir a sufragar la carga económica que ello suponga". STS de 22 de septiembre de 2004. RCJ 2004-6247. FJ. 1.

[727] MARTÍN REBOLLO, L.: Leyes administrativas. Aranzadi. Décima edición, 2004. Pág. 919.

[728] TORNO MAS, J.: "Competencias municipales para la ordenación y la gestión de servicios públicos", Revista Española de Administración Loca y Autonómica 245 (enero-marzo de 1990). Pág. 26.

El funcionamiento de dichos servicios debe adaptarse, además, por su carácter esencial, a una serie de principios o reglas básicas (los tradicionalmente conocidos como principios del servicio público), que garantizan su prestación adecuada: principio de igualdad, continuidad y adaptación[729].

Pero la calificación como esencial no condiciona el régimen de su prestación, que dependerá de las condiciones que concurran en dicho servicio. Por ello, los servicios del art. 86. 3 LBRL son también servicios esenciales, pero también algo más: son servicios potencialmente reservados. Esto supone que incorporan una nota adicional que hace ya referencia a otro elemento (el régimen jurídico de prestación); distinto del que nos ocupa en este momento (que se refiere únicamente a la garantía de esa prestación).

Concretamente el art. 86. 3 LBRL establece el carácter esencial de los siguientes servicios o actividaes: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; *suministro de gas* y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales: transporte público de viajeros". Si bien, un sector de la doctrina considera cuestionable esta calificación respecto alguna de estas actividades[730]; e incluso hay quien cuestiona su introducción en una norma básica[731].

[729] Así lo ha ratificado el Tribunal Supremo, señalando que "el derecho ex art. 18. 1. g) LBRL de los vecinos a exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio (...). Servicios que, además, deben ser prestados con las notas de regularidad y continuidad para garantizar así al ciudadano su digna subsistencia. Tales criterios hunden sus raíces en las exigencias propias del Estado Social de Derecho y son predicables tanto cuando los servicios a que nos venimos refiriendo son prestados o gestionados directamente por la Administración como cuando la gestión tiene lugar de forma indirecta a través de algunas de las variadas formas que nuestro ordenamiento jurídico permite, pues en todas ellas cabe percibir la presencia de la Administración y del prestador del servicio con colaboradores comprometidos en la consecución de un mismo fin, que es, repetimos, el de garantizar al ciudadano una existencia vital efectiva". STS de 24 de febrero de 2000. RCJ 2000-1333. FJ. 2.

[730] GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P.; PENDÁS GARCÍA, B.: El nuevo régimen local español. Editorial Praxis. Barcelona, 1985. Pág. 311.

[731] SARASOLA GORRITI: En torno... Pág. 252.

Hay quién ha considerado que la idea de servicio esencial no constituye un requisito para la existencia de servicio público local, que viene vinculado a la idea de competencia[732]. En nuestra opinión, se debe desechar tal juicio, pues desvirtuaría totalmente la idea de servicio público, que quedaría convertido en un término sinónimo al de actividad administrativa, en la línea a la concepción amplia francesa defendida por DUGUIT, deviniendo, con ello, un concepto inútil, que se equipararía al de actividad administrativa.

Si bien no debe entenderse, por ello, que equiparemos servicio esencial a servicio reservado en los términos del art. 86 LBRL. Como dijimos, servicio esencial lo es todo aquel que, por su especial importancia, su suministro a los ciudadanos está garantizado, independientemente de su forma de prestación.

Por ello, servicio esencial y servicio público no son dos nociones que se confundan. El servicio esencial es un requisito necesario para la declaración de servicio público, de tal forma que todo servicio público es un servicio esencial. Pero, sin embargo, no se da la relación inversa, pues un servicio puede ser esencial y no ser servicio público. Ya vimos que la idea de servicio esencial hace referencia a la especial importancia social de esa prestación, a su carácter indispensable. La idea de servicio público conlleva algo más, una especial intervención pública que lo haga valer. Si dicha intervención no se produce el servicio esencial no es servicio público, será un servicio esencial al que da satisfacción el libre funcionamiento del mercado.

El segundo elemento de este apartado, un peculiar régimen jurídico, es una cuestión también de difícil precisión, en cuanto ha habido una agria polémica, de considerable raigambre histórica, acerca de lo que supone para su régimen jurídico que una

[732] Señala SARASOLA GORRITI que la "esencialidad es un adjetivo que califica a determinados servicios (que no necesariamente coincide con los servicios públicos locales si estos se vinculan a la competencia municipal)". En torno... Pág. 252.

actividad sea declarada como servicio público. Dicha discusión se ha extendido a la interpretación de nuestro Derecho constitucional, pues no hay una opinión uniforme acerca de cual es el significado de la reserva del art. 128. 2 CE. Como no, todo ello ha extendido también las dudas a la regulación local, que no es, por otra parte, precisamente clara al respecto.

Como punto de partida, ese régimen jurídico nos parece que excluye, en cualquier caso, del concepto de servicio público local aquellas actividades que se realizan en régimen de mercado, en condiciones de paridad y completa igualdad con los empresarios privados que realicen la misma actividad en el mercado. Dichas actividades serían una manifestación de la iniciativa pública en la actividad económica, autorizada con carácter general en el art. 128. 2 CE[733].

Tampoco es preciso, en nuestra opinión, para que exista servicio público local, que exista un reserva de la actividad o *publicatio* de la misma en los términos tradicionales, que atribuya la titularidad de dicha actividad a la Administración, excluyendo de ella a la iniciativa privada[734]. Así lo ratifica la jurisprudencia, pues aunque en alguna ocasión haya anudado el concepto de servicio público local al de servicio reservado[735], tiende a negar dicha identificación[736].

[733] BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á.; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, M.: Manual de gestión de servicios públicos locales. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2005. Madrid. Págs. 42-43. TOLEDANO CANTERO: El servicio... Pág. 469.

[734] La misma opinión, SARASOLA GORRITI: En torno... Pág. 236.

[735] Así, se ha dicho que "la cuestión puede surgir en torno a lo que debe entenderse por servicio público, ya que ningún texto legal da un concepto del mismo, pudiendo considerarse como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, de forma directa o indirecta, a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua". STS de 24 de octubre de 1989. RCJ 1989-8390. FJ. 3.

[736] Así, ha señalado que "el concepto restrictivo de servicio público sobre el que gira su argumentación, coincidente con la acepción especial de servicio público esencial, esto es, de sectores de actividad reservados en principio, con o sin monopolio, a la iniciativa y gestión de la entidad pública (...) no se compadece con el concepto legal del art. 85. 1 de la LRBRL, según el cual <<son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales". STS de 6 de mayo de 1999. RCJ 1999-4300. FJ. 3.

En nuestra opinión, para que se pueda hablar de servicio público es necesario que se produzca una quiebra de las reglas de la libre competencia que rigen en el mercado. Esto se dará cuando por cualquier vía (monopolio, financiación privilegiada, etc.) un empresario actúa al margen del rigor de la concurrencia mercantil. El servicio público vendría así definido por una sujeción a un régimen de especiales cargas (obligaciones de servicio público que está obligado a satisfacer) y de especiales privilegios (ventajas que le permiten cumplir las obligaciones anteriormente citadas, y que ostenta exclusivamente para dar satisfacción a éstas)[737].

Nótese que de no seguirse esta tesis, aceptándose como servicio público únicamente las actividades reservadas, habría un conjunto de actividades carentes de calificación jurídica, en cuanto ni serían iniciativa pública en la actividad económica, pues no se realizan en régimen de libre competencia, conforme a las reglas que rigen la libertad de empresa; ni serían servicio público, porque no estarían reservadas al sector público.

La propia jurisprudencia reconoce implícitamente la existencia de esta realidad, incapaz de dar una clasificación precisa a estas actividades. Así, se puede leer en una sentencia, relativa a un servicio público impropio, lo siguiente: "en el caso concreto que nos ocupa, estamos ante un servicio de suministro de agua que es un servicio público impropio de carácter local, sujeto al régimen jurídico administrativo y con vocación de convertirse en un servicio público en sentido propio, de titularidad municipal". Pues, "el Ayuntamiento (...) no había efectuado al iniciarse el expediente administrativo (...) la correspondiente tramitación para asumir de manera efectiva, en régimen de monopolio, la actividad de suministro de agua a la población". "Atendiendo

[737] Para una exposición más detallada de esta tesis. SENDÍN GARCÍA, M. A.: Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. También Regulación y servicio público. Comares. Granada, 2003.

a la naturaleza de la actividad desarrollada, suele distinguirse entre actividad de servicio público y actividad privada. La actividad de servicio público, subjetiva, es competencia del ente público –Estado, Comunidad Autónoma, Municipio...- y está sometida a un régimen jurídico determinado, exigido porque todo servicio público comporta la satisfacción de un interés de la colectividad, interés que, la mayoría de las veces, da contenido a un servicio público esencial, como es el caso del suministro de agua a los ciudadanos. Y siendo así que la afirmación de la sentencia recurrida es que, en el presente caso, estamos transitoriamente ante un servicio público impropio (...), esto significa que el elemento subjetivo que presta el servicio, cede como elemento relevante ante el elemento de la actividad desarrollada para satisfacer interés público, bajo un régimen jurídico propio del Derecho Administrativo"[738].

Como puede verse, se da preferencia, en orden a calificar la actividad como servicio público, al régimen jurídico frente al dato de la titularidad. No es extraño, por ello, que se califiquen como servicio público aquellas actividades que, aun no estando reservadas a la Administración, están sujetas a una intervención pública especialmente intensa, que elimina la libertad de empresa propiamente dicha en las mismas.

Así, se ha señalado que el "suministro o distribución de la energía eléctrica a los ciudadanos o a las personas jurídicas, es una actividad que ha de ser calificada (...) como actividad de servicio público. Ello no atribuye la titularidad de la actividad a la Administración, aunque si ésta (la Administración), tiene potestad de intervención en la actividad de las empresas suministradoras: a la Administración le incumbe el deber de garantizar el correcto funcionamiento del servicio. Por lo tanto, el servicio público de suministro de electricidad, requiere de la actividad administra-

[738] STS de 22 de septiembre de 1994. RCJ 1994-7137. FJ. 2.

tiva desde la producción de la misma hasta su distribución: ello es así porque ésta es una materia en la que no rige el principio general de la libertad de industria"[739].

En las páginas siguientes, al examinar los requisitos formales, veremos con más detalle como opera este factor en el ámbito local.

El tercer elemento, exigencia de ley formal, cuenta con alguna peculiaridad importante en el ámbito local. Pues dado que, al no tener las Entidades Locales potestad legislativa, sino un simple poder para dictar normas reglamentarias, no pueden por si solas realizar una reserva en los términos del art. 128. 2 CE, sino que requieren de la asistencia del legislador estatal o autonómico para ello[740].

La propia LBRL, en su art. 86. 3, se encarga de cumplir con este requisito respecto a algunos sectores de actividad, al establecer que se "declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; *suministro de gas* y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales: transporte público de viajeros".

Quedando, por lo demás, a la decisión del legislador la decisión de declarar mediante la ley como servicio público otras actividades o servicios análogos. Así lo establece el art. 86. 3 LBRL, señalando que el "Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios".

[739] STS de 4 de noviembre de 1998. RCJ 1998-10237. FJ. 2.

[740] SOSA WAGNER, F.: La gestión de los servicios públicos locales. Civitas. Madrid. Sexta edición, 2004. Pág. 38.

Nótese que ello supone que dicha reserva la pueden llevar a cabo tanto el Estado como las Comunidades Autónomas. Posibilidad, esta última, que ha sido negada por una parte de la doctrina, que la reputa inconstitucional[741], y objeto de crítica por algunos autores[742]. Si bien nosotros no vemos obstáculo para ello[743].

Se ha planteado desde algún sector de la doctrina la posibilidad de que esta reserva conjunta de varias actividades sea ilegitima, desde la consideración de que cada ley debe realizar una única reserva. Si bien consideran que debe darse una respuesta negativa, en cuanto no es una nueva reserva, sino una reiteración del régimen contenido en la vieja Ley de Régimen Local[744]. No

[741] En tal sentido SALAS HERNÁNDEZ, que considera que una "actividad de índole económica será servicio público si está expresa y formalmente calificada como tal por una Ley que, además, en mi opinión, sólo puede ser una Ley del Estado, en la medida, por un lado, en que supone una excepción al principio de libertad de empresa consagrado en el art. 38 de la Constitución y, por otro, en que corresponde al Estado la competencia exclusiva no sólo para establecer las bases de la planificación general de la actividad económica, sino también para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149. 1. 13ª y 1ª de la Constitución).
De acuerdo con los preceptos que acaban de citarse, sería, a mi juicio, inconstitucional que una ley de una Comunidad Autónoma declarase como servicio público una actividad económica que el Estado no hubiese previamente publificado de modo expreso mediante Ley aprobada por las Cortes Generales". Régimen jurídico... Pág. 30.

[742] Señala R. PARADA VÁZQUEZ que, con ello, la LBRL "viene a reconocer una muy discutible competencia definitoria a las Comunidades Autónomas en esta materia, creando el riesgo de que puedan establecerse fronteras diversas entre el sector público y el privado en las distintas partes del territorio nacional". Derecho Administrativo I. Undécima edición. Marcial Pons, 1999. Pág. 476. De forma mucho más matizada, GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ y PENDÁS GARCÍA señalan que "la posibilidad de que sea una ley autonómica la que produzca dicha reserva viene a interpretar extensivamente el art. 128. 2 de la Constitución, puesto que no es claro que la norma fundamental permita la reserva de servicios por esta vía, aunque es cierto que tampoco impone de modo expreso que sea por ley estatal". El nuevo... Pág. 311.

[743] Como señala SOSA WAGNER, "una ley de una Comunidad Autónoma de reserva al sector público de recursos y, con más razón de servicios esenciales es posible constitucionalmente siempre que así esté previsto en su Estatuto, se haga sobre materias acerca de las cuáles aquélla tenga reservadas competencias exclusivas y se opere con respeto a los límites derivados de la regulación estatal de la libertad de empresa y, por supuesto, no suponga una alteración de las condiciones básicas que sirven de garantía a la igualdad de los españoles, lo que prohíbe la regla contenida en el art. 149. 1. 1 CE". La gestión de... Págs. 37-38.

[744] En tal sentido, señala J. M. GIMENO FELIU que no "sucede así porque el art. 86. 3 trae causa del art. 166 de la Ley de Régimen Local de 1955, es el que permitía la municipalización (reserva) de estas mismas actividades, tratándose, por tanto, de una reiteración del régimen existente con anterioridad y no una reserva ex novo". En la obra colectiva Derecho administrativo especial. Director: J. Bermejo Vera. Civitas. Quinta edición, 2001. Pág. 953.

vemos necesario recurrir a tan complicado argumento, pues no vemos problema alguno en que en una misma ley se reserven varios servicios esenciales[745].

La reserva legal contenida en el art. 86. 3 LBRL constituye, sin embargo, una mera habilitación legal, que requiere, para ser efectiva de la tramitación de un expediente de municipalización en los términos del art. 97 TRLRL[746]. Lo que supone que en el supuesto de los servicios mencionados en el precepto antes citado la publificación se lleva a cabo en un doble momento: a) reserva en los términos del art. 128. 2 (a través del art. 86. 3 LBRL); b) tramitación de un expediente del art. 97 TRLRL. La reserva es, por tanto, sin dicho expediente una mera potencialidad que se podrá hacer efectiva o no en la práctica[747]. La decisión final para que se active la misma queda, de este modo, remitida a la autonomía organizadora de los municipios[748].

El expediente del art. 97 exige, para la aprobación en régimen de monopolio de las actividades reservadas, los siguientes trámites:

a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico.

b) Redacción por dicha Comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad

[745] Como apunta SOSA WAGNER, no "es necesaria una reserva de ley para cada recurso o servicio por lo que el pronunciamiento puede afectar a una pluralidad de ellos, interpretación que es preciso hacer derivar del dato patente de que tal exigencia no figura en modo alguno en el precepto. Precisamente por ello, ni fue invocada por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre la propia Ley básica de régimen local que contiene una de esas declaraciones plurales". La gestión de... Pág. 35.

[746] Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

[747] DÍAZ LEMA, J. M.: "La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)", en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica 282, enero-abril de 2000). Págs. 74-75. BALLESTEROS FERNÁNDEZ; BALLESTEROS FERNÁNDEZ: Manual de gestión... Pág. 35 y 40.

[748] SARASOLA GORRITI: En torno... Pág. 250.

económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicables a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones.

c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades.

d) Aprobación del proyecto por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

e) Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses. Teniendo en cuenta que si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta.

Debe tenerse en cuenta que, en cuanto el art. 97 TRLRL no tiene carácter de norma básica, el órgano competente para resolver no tiene que ser necesariamente el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, pues podrá serlo un órgano distintos si así lo establece la legislación autonómica; y que el plazo de tres meses tiene un carácter igualmente subsidiario, que será aplicable únicamente en ausencia de norma autonómica diferente[749].

[749] SOSA WAGNER: La gestión de... Págs. 49-50.

Una parte de la doctrina ha criticado la necesidad de autorización por parte de la Comunidad Autónoma para que la reserva se lleve a cabo, en cuanto sería contraria al principio de reserva de ley. Pues consideran que dicha decisión debe ser adoptada "mediante ley", y no "de acuerdo con la ley"[750].

Si bien, a nuestro juicio, tienen razón los que mantienen que dicha aprobación no genera contradicción alguna con el principio de reserva de ley, pues supone tan sólo la adición de un requisito para que la reserva llevada a cabo por la ley sea efectiva, que, además, una ley posterior podrá eliminar[751].

Se discute, asimismo, el alcance de ese acto de aprobación. Pues para algunos cabe un control de oportunidad, en cuanto se tutelan con él intereses supralocales, encomendados a la autoridad autonómica, ya que la asunción por la Entidad Local puede producir efectos desfavorables en el sector, cuya incidencia se extienda más allá del ámbito territorial del municipio[752]. Mientras que otros consideran que se trata un control de mera legalidad, y no de oportunidad, pues en caso contrario se vulneraría la autonomía local[753].

También ha sido objeto de crítica la concreta enumeración que realiza el art. 85. 3 LBRL, en cuanto estaría en la actualidad muy desactualizado, sobre todo por el impacto que el proceso de liberalización ha producido sobre el mismo[754].

---

[750] GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ; PENDÁS GARCÍA: El nuevo régimen... Pág. 311.

[751] GIMENO FELIU: Derecho... Pág. 953.

[752] Señala DÍAZ LEMA que "en la medida en que la implantación del monopolio trascienda del ámbito local, puede estar justificado otorgar a dicha aprobación el carácter de un control de oportunidad: sobre si es conveniente, por ejemplo, desde el punto de vista de política económica general la implantación de un monopolio cuyos efectos en muchos casos no se detendrán en el término municipal". La privatización en... Pág. 75. TOLEDANO CANTERO: El servicio... Pág. 474. En la misma línea, aunque de forma más matizada SARASOLA GORRITI, que dice que "la proclamación de la autonomía local me lleva a considerar que el control autonómico, únicamente se refiere a la legalidad del acto. Un control de la oportunidad del efectivo ejercicio de la reserva vulneraría la garantía constitucional de la autonomía local". Si bien añade inmediatamente que si podrá existir un control de oportunidad y conveniencia del acto si están en juego asuntos supralocales. En torno... Pág. 255.

[753] SOSA WAGNER: La gestión de... Pág. 50. DEL GUAYO CASTIELLA: La gestión de... Pág. 94.

[754] MARTÍNEZ PALLARÉS: Los servicios públicos... Pág. 179.

De esta manera, el ente local, y en la medida en que lleva a cabo la aprobación el ente autonómico, disfrutan de un margen de decisión a la hora de decidir si un determinado servicio va a ser prestado de forma concurrencial o no. Siempre obviamente dentro del marco que fija la legislación estatal y autonómica[755].

Este ámbito de decisión se puede ver constreñido en parte por el legislador estatal o autonómico, que puede eliminar la posibilidad de que un servicios se preste en régimen reservado. Pues si la reserva debe llevarse a cabo por ley formal, la eliminación de la misma requerirá obviamente del mismo instrumento legal[756]. Una decisión en tal sentido, elimina la posibilidad de prestación monopolística por parte de la entidad local.

Esto último marca un punto de diferencia con la iniciativa pública en la actividad económica que, en cuanto forma parte de la autonomía local, no puede ser eliminada por el legislador estatal o autonómico[757].

Ahora bien, este régimen viene establecido únicamente para los supuestos en que la Entidad Local gestiona un servicio público en régimen de monopolio. La pregunta que se plantea, entonces, es si esto supone que el servicio público debe limitarse únicamente a los supuestos en que existe una reserva en régimen de monopolio; o bien que no se exige para que éste exista, que sea establecido por ley.

[755] Como indica DÍAZ LEMA, "corresponde a cada Municipio en primera instancia decidir sobre si procede implantar un determinado monopolio, en función de las necesidades de la población, sus medios financieros, o –por qué no- sus preferencias ideológicas. Según esto, encaja perfectamente en el artículo 86. 3 de la Ley de Bases que los Municipios presten las actividades y servicios enunciados en régimen concurrencial, ya se trate de actividades y servicios enunciados en régimen concurrencial, ya se trate de actividades y servicios que en otro precepto de la Ley de Bases se definen como de prestación obligatoria (art. 26), o no, pues una cosa es la obligatoriedad de la prestación y otra distinta la forma de hacerlo, en monopolio o en concurrencia". La privatización... Pág. 75.

[756] SOSA WAGNER: La gestión de... Pág. 61.

[757] DÍAZ LEMA: La privatización... Pág. 81.

En nuestra opinión, ninguna de las dos respuestas debe darse por buena, pues entendemos que sólo debería permitirse la constitución de servicios públicos propiamente tales cuando dicha decisión viene autorizada por el legislador. Téngase en cuenta que antes dijimos que sólo son servicios públicos las actividades desarrolladas en un régimen de no mercado. Esto supone que cuando una actividad es configurada como tal se va a restringir radicalmente el derecho de libertad de empresa, y tal limitación exige, a nuestro juicio, una intervención del legislador.

Es a la luz de dicha afirmación desde la que puede entenderse la afirmación del art. 96 TRLRL, cuando establece que la "iniciativa de las Entidades Locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes".

Nótese que, con ello, se aclara la plena libertad de las entidades locales, siempre que operen obviamente en el marco de sus funciones propias, para realizar actividades económicas en régimen de libre concurrencia. Lo que da entender que no la tienen para asumir esas actividades en otro régimen. Pero la no competencia no tiene porque venir acompañada necesariamente por un régimen de monopolio, cabe que se llegue a una situación de no concurrencia por otras vías (por ejemplo, mediante una financiación privilegiada).

Esto es particularmente importante para el nuevo servicio público, en el que el monopolio se da sólo excepcionalmente, en cuanto se abre el sector al régimen competitivo[758]. Eso no impide, sin embargo, que existan prestaciones en ese sector, en general com-

[758] 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". "Prologo", al libro Sendín García, M. A.: Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. Pág. XXI.

petitivo, en las que no existe propiamente un régimen competitivo, sino de no mercado, que puede llegar a ser tan agresivo para la libertad de empresa como el viejo servicio público, y que debería, por ello, en nuestra opinión, estar sujeto a las mismas garantías para su establecimiento que el servicio público tradicional.

Téngase en cuenta que, en realidad, lo relevante aquí no es el carácter esencial o no del servicio, sino el hecho de que se va a realizar una restricción drástica a las facultades que otorga la libertad de empresa. De ahí que la jurisprudencia sujete a los servicios esenciales que se prestan en régimen de libre concurrencia a los requisitos que establece el art. 97.1 TRLRL, esto es, al establecido para las actividades no monopolísticas, y no al del art. 97.2 TRLRL, esto es, al establecido para gestionara actividades en régimen de monopolio.

Así se puede inferir claramente de alguna jurisprudencia, que señala que la "gestión de servicios públicos locales por medio de gestión directa a través de una empresa en régimen privado de capital municipal no exige que se trate de los servicios esenciales, comprendidos en el art. 86. 3 LBRL, sino que puede realizarse en otras materias en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, siempre que se trate de actividades que sean de utilidad pública y se presten dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes. (...) Sin embargo, el hecho de que se trate de servicios esenciales no altera sustancialmente los requisitos legales establecidos por la ley para dicha creación. Estos requisitos, en efecto, derivan sustancialmente del carácter excepcional que supone la creación por la entidad local de una empresa sujeta al Derecho mercantil, con la consiguiente sustracción a los principios del Derecho público, cualquiera que sea la significación de la actividad de interés público a que dedique su actividad"[759].

[759] STS de 1 de febrero de 2002. RCJ 2002-1590. FJ. 2.

Lo dicho puede quedare en entredicho por un factor: en el ámbito local no se produce una ecuación perfecta entre ley y servicio público. En cuanto éste último puede ser creado sin ley formal, siempre que no se lleve a cabo en régimen de monopolio, mediante el simple ejercicio de la autonomía que le confiere el art. 25 LBRL[760].

Efectivamente, el art. 25 LBRL establece que el "municipio, para la gestión de sus interés y en el ámbito de sus competencias, puede (...) prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal".

Esto supone que esa facultad de establecimiento de servicios locales existe tan sólo en el ámbito de sus competencias (art. 25. 2 LBRL).

A ello se debe añadir que el art. 31 RSCL[761] establece que se "evitará la duplicidad de servicios prestados por otros Organismos públicos con competencia especialmente instituida para el desarrollo de los mismos"[762].

Debiéndose entender que esa duplicidad sólo se produce cuando se cree un servicio esencialmente idéntico y dirigido a los mismos destinatarios. Cosa distinta son los supuestos de confluencia de competencias locales con otros sujetos públicos, en los que la solución pasa por la utilización de las técnicas de colaboración y coordinación[763].

[760] TOLEDANO CANTERO: El servicio... Págs. 470-471. ALONSO HIGUERA: Manual del... Pág. 1546-1547.

[761] Decreto de 17 de junio de 1955, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

[762] El Tribunal Supremo ha recalcado esta prohibición, sin que pueda argumentarse para eludirla "que se trataba de prestar el servicio público mediante órgano propio con mayor eficacia y eficiencia". STS de 28 de enero de 2004. RCJ 2004-1375. FJ. 4.

[763] ALONSO HIGUERA: Manual del... Pág. 1550.

La cuestión es, entonces, si esto contradice la tesis que estamos manteniendo en este trabajo. En nuestra opinión no lo hace, si se tiene en cuenta el sentido que tiene la exigencia de ley para la creación de servicios públicos. Ya vimos que el factor que determina esa imposición es que se está excluyendo la libertad de empresa en un sector de actividad, lo que obliga necesariamente a que está medida se tome por parte del legislador.

En nuestra opinión, esta posibilidad de crear servicios públicos, esto es, actividades no sujetas a un régimen de mercado, sin el apoyo de ley, se refiere exclusivamente a los servicios que carecen de carácter económico (servicios de autoridad y de solidaridad). Estas dos categorías, de difícil precisión, pues no es fácil determinar cuando una actividad no es económica, no están sujetas a las reglas de la competencia, su creación no supone una limitación de la libertad de empresa, y no requieren, por ello, de una intervención del legislador.

1.3 Elementos que definen los servicios públicos como locales

Hasta ahora hemos examinado como operan los rasgos generales que definen los servicios públicos en el ámbito local. Ahora tendremos que examinar el elemento que los define específicamente como servicios públicos locales. Ese componente lo es, sin duda, la necesidad de que dichos servicios atiendan a finalidades propias de la competencia de las Entidades Locales (art. 85. 1 LBRL).

No es éste, sin embargo, criterio que permita, como pretenden algunos, calificar por sí sólo al servicio público local[764]. Eviden-

[764] SARASOLA GORRITI: En torno... Págs. 251-252.

temente, fuera de la competencia local no hay servicio público local. Pero no hay que identificar, por ello, servicios públicos locales con competencia local, pues los primeros son, tan sólo, una parte de las actividades que entran dentro de la segunda[765].

En lo que ahora interesa, el servicio público local será tan sólo el que quede dentro de las competencias locales, que serán concretadas por el legislador sectorial, dentro de los términos del marco del art. 25 y art. 26 LBRL[766].

Se puede distinguir tres grandes tipos de servicios públicos locales: a) los servicios públicos propios, que serían aquellos cuya titularidad corresponde a las Entidades Locales y que pueden ser, a su vez, obligatorios o voluntarios (art. 25, 26 y 36 LBRL); b) los servicios públicos delegados por el Estado o las Comunidades Autónomas (art. 27 y 37 LBRL); c) los servicios públicos prestados en colaboración o complementarios de actividades propias de otras Administraciones (art. 28 LBRL)[767].

1.4 Elementos de los que el legislador ha querido dotar a los servicios públicos locales.

A diferencia del criterio anterior que es, por así decirlo, esencial al concepto de servicio público local, pues éste se define necesariamente por operar en un determinado ámbito geográfico (el ámbito local), los que vamos a examinar ahora tienen un carácter eminentemente accidental, son rasgos que el legislador ha querido voluntariamente atribuir al servicio público local.

[765] SÁNCHEZ MARTÍN; SÁNCHEZ GARCÍA: Gestión directa de... Pág. 63.
[766] TOLEDANO CANTERO: El servicio... Págs. 471-472.
[767] LÓPEZ PELLICER; REDACCIÓN DE EL CONSULTOR: Nuevo Régimen... Pág. 109. SÁNCHEZ MARTÍN, A.; SÁNCHEZ GARCÍA, R.: Gestión directa de servicios públicos locales. En particular las sociedades mercantiles municipales. 1992. Pág. 67.

En este tercer bloque deben incluirse las formas de gestión de esos servicios, pues la LBRL regula éstas. Sin embargo, la doctrina discrepa acerca de la naturaleza de este listado. Pues para algunos constituyen un *numerus clausus*[768]; mientras que otros consideran que, la potestad de autoorganización de la que gozan las Entidades Locales impone que constituyan un *numerus apertus*, de tal forma que se podrán utilizar otros modos de gestión diferente a los citados en la LBRL[769].

Dichas formas de gestión deben entenderse, en cualquier caso, referidas, pese a la confusa redacción de la legislación local, únicamente a los servicios públicos, pero no a los supuestos de ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica por parte de las Entidades Locales[770].

Más concretamente, el art. 85 LBRL establece que los "*servicios públicos de competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:*

A) Gestión directa:

a) Gestión directa por la propia entidad local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para le contrato de gestión de servicios públicos en el art. 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio".

[768] ALONSO HIGUERA: Manual del... Pág. 1581.
[769] SOSA WAGNER: La gestión de... Pág. 60.
[770] Como señala SALAS HERNÁNDEZ, un "servicio público se gestiona. Una actividad económica, simplemente, se realiza, se lleva a cabo". Régimen Jurídico... Pág. 37.

Se trata, por tanto, de una sistematización de los modos de gestión que distingue entre modos de gestión directa y de gestión indirecta. Siendo el criterio distintivo entre unos y otros la atribución del riesgo. De tal forma que serán de gestión directa, cuando éste lo asume la Entidad Local; y de gestión indirecta, cuando éste se traslada en todo o en parte a otro sujeto[771].

En la redacción actual, se ha sustituido la enumeración específica para el ámbito local de los métodos de gestión indirecta, como hacía la redacción anterior[772], por una remisión a la regulación que sobre dicha materia contiene la legislación de contratación administrativa.

Esta remisión ha sido criticado por una parte de la doctrina, que ve en ella una indebida extrapolación al ámbito local de una normativa que no tiene carácter básico, que restringe, en consecuencia injustificadamente la potestad normativa de las Comunidades Autónomas[773].

Más concretamente se remite al art. 156 TRLCAP, que establece que la *"contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:*

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en los apartados 1 y 3 del art. 232 de esta Ley.

[771] RIVERO YSERN, J. L.: Manual de Derecho Local. Civitas. Madrid, 1993. Págs. 356-357. TOLEDANO CANTERO: El servicio... Pág. 477.

[772] Concretamente establecía la redacción anterior del art. 85. 4 LBRL que la "gestión indirecta adoptará algunas de las siguientes formas: a) Concesión. b) Gestión interesada. c) Concierto. d) Arrendamiento. e) Sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local".

[773] En tal sentido, considera MARTÍNEZ PALLARÉS que "la remisión en bloque a la regulación establecida en la legislación estatal, pasando a convertirse <<de facto>> en básicos para el régimen local preceptos cuyo ámbito de aplicación subjetivo inicialmente se circunscribía a la Administración General del Estado, tiene una incidencia sobre nuestra legislación de régimen local y autonómica de desarrollo de mayor calado del que una rápida lectura puede sugerir. Se produce con ello un doble fenómeno de consecuencias negativas, se menoscaba de forma encubierta la potestad legislativa de las comunidades autónomas y se produce una convergencia injustificada en algunos supuestos entre el régimen de la administración local y el de la Administración General del Estado". Los servicios públicos... Pág. 177.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público del que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas".

Una parte de la doctrina considera que esta enumeración de las formas de gestión indirecta es un *numerus clausus*[774], otra parte de la misma entiende, sin embargo, que se trata de un *numerus apertus*, por operar también en este ámbito la potestad de autoorganización de las Entidades Locales[775].

Se ha apuntado que la remisión se realiza tan sólo al art. 156 TRLCAP, por lo que debe entenderse subsistentes los preceptos vigentes de la legislación local que contengan especialidades respecto a los modos de gestión recogidos en el citado precepto[776].

Existe, por lo demás, libertad para elegir el modo de gestión de los servicios, siempre que se razone el modo de gestión elegido y se respete la legislación sectorial que pueda regular la materia[777]. Si bien el art. 85. 3 LBRL añade a lo dicho que, en "ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad".

[774] MARTÍNEZ PALLARÉS: Los servicios públicos... Pág. 177. DEL GUAYO CASTIELLA: La gestión de... Pág. 125.
[775] SOSA WAGNER: La gestión de... Pág. 60.
[776] DEL GUAYO CASTIELLA: La gestión de... Pág. 125.

Coincidimos con los que destacan la incoherencia que supone hablar de servicios que impliquen ejercicio de autoridad, pues en este caso no estamos ante un servicio público, sino ante el ejercicio de funciones públicas o potestades administrativas[778].

Debe entenderse por ejercicio de autoridad la realización de actuaciones que supongan manifestación de soberanía, como por ejemplo dictar normas o el uso de la fuerza[779]. Si bien, de cualquier modo, parece claro que este principio ha conocido siempre quiebras, y debe ser interpretado de manera flexible[780].

II
LA EVOLUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN NICARAGUA

En Centroamérica, el movimiento independentista se puede dividir en dos etapas: Una que se inicia con los acontecimientos desencadenados en Europa con la invasión napoleónica en España; y la otra que comienza a mediados de 1820, con el restablecimiento, el 7 de marzo, de la Constitución de 1812, suspendida en 1814, que creó una nueva situación política en Centroamérica. Se restableció la libertad política, la libertad de prensa, y se reanudaron los procesos electorales.

La independencia nacional se juró el 15 de septiembre de 1821. Tanto en las provincias como en la capital, siguieron gobernando las antiguas autoridades coloniales. GABINO GAINZA, el antiguo Capitán General, quedó al mando del nuevo gobierno. Lo único nuevo fue la formación de una Junta Provincial Consultiva.

[777] SARASOLA GORRITI: En torno a... Págs. 256-257.
[778] SALAS HERNÁNDEZ: Régimen Jurídico... Pág. 39.
[779] SOSA WAGNER: La gestión de... Pág. 81.
[780] SOSA WAGNER: La gestión de... Pág. 81.

El 24 de junio de 1823 se instauró la Asamblea Nacional Constituyente, en la ciudad de Guatemala[781]. Una de las obras más grandes que realizó dicha Asamblea fue emitir el decreto que abolía la esclavitud, el 24 de abril de 1824. La moción fue presentada primeramente por el doctor MARIANO GALVEZ y JOSE FRANCISO BARRUNDIA, y más tarde por el presbítero JOSE SIMEON CAÑAS. A Centro América le cabe el orgullo de haber decretado la abolición de la esclavitud mucho antes que Francia, Estados Unidos, Inglaterra y Brasil, sin que para ello fuese necesario el derramamiento de sangre.

El 22 de noviembre de 1824 se aprobó la Constitución de la República Federal de Centroamérica[782] -calco imperfecto de la Constitución de los Estados Unidos[783]- en su preámbulo se

[781] CHAMORRO ZELAYA, escribe: "Once meses antes de su promulgación, el poder Ejecutivo Provisional había publicado las bases de la Constitución Federal, la cual - según él presagiaba-...la creación de nuevo orden social, los más análogos a las luces y los deseos y disposición actual de las provincias unidas de Centroamérica. Historia de la Federación de la América Central. (1823-1840). Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1951. Pág. 67. La Asamblea Nacional Constituyente, emitió 137 Decretos, 1186 Ordenes y más de 748 Actas. ALVAREZ LEJARZA, E..: Las Constituciones de Nicaragua. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1958. Págs. 80 y 81.

[782] Las influencias ideológicas que recibieron los protagonistas de la Independencia centroamericana no fue solamente la de los enciclopedistas franceses, sino que se pueden reconocer diferentes impactos, entre ellos tenemos: El "Constitucionalismo" inglés, el "anticlericalismo" francés, así como los del propio liberalismo" español representado por las Cortes de Cádiz y por la República del Riego. GARCIA BOSCH, C.: Las ideologías europeístas.

[783] El doctor Pedro Molina, uno de los principales autores de la independencia centroamericana, formuló conceptos substanciales que reflejan las ideas jeffersonianas, éstas fueron:

1) "El Supremo Hacedor creó a los hombres iguales, no dio derecho a unos para oprimir a los otros".
2) "La libertad política es absoluta y no admite más ni menos".
3) "Ningún hombre es igual a otro hombre libre, si no es dueño de sus acciones".
4) "Todos los hombres nacimos iguales y todos debemos tener iguales derechos y cargas en la sociedad".
5) "Yo nací libre, luego debo gobernarme a mí mismo, luego debo darme las leyes para gobernar, luego soy soberano de mí mismo". VALLE, R. H.: Historia de las ideas Contemporáneas en Centroamérica. Fondo de Cultura Económica. México. Primera edición. 1960. Pág. 265.

RIVERO YSERN, señala que "el afán de reproducir modelos ha sido una constante en la experiencia política (no digamos económica) latinoamericana. Basta con echar un vistazo a muchas Constituciones latinoamericanas, en las que encontramos reproducidos términos y concepto foráneos, que parecen ser invocados a veces como bálsamos de todos los problemas de la historia por momentos dramática, de las repúblicas de este continente. Gran parte de las instituciones existentes en América Latina sin reproducciones, a imagen y semeja, de otras existentes en Europa y los Estados Unidos. "Descentralización en Colombia: aportaciones desde la experiencia del Estado de las Autonomías español". El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica. Ediciones Universidad de Salamanca, 2003. Pág. 93

escribió lo siguiente: "En el nombre del Ser Supremo, autor de las sociedades y legisladores del universo, congregados en Asamblea Nacional constituyente, nosotros los representantes de Centro América, cumpliendo con sus deseos, y en uso de sus soberanos derechos, decretamos la siguiente Constitución para promover su felicidad; sostenerla en el mayor goce posible de sus facultades; afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad, seguridad y propiedad; establecer el orden público y formar una perfecta federación"[784].

No obstante, en la Constitución Federal se establece las bases del liberalismo ilustrado. Se consigna en la Constitución el principio de la separación de los poderes. La influencia de MOSTESQUIEU es determinante. El artículo 55 de dicha Constitución establece: "El poder legislativo de la Federación reside en un Congreso compuesto de representantes popularmente elegidos, en razón de uno por cada treinta mil habitantes"[785]. El artículo 89 dice: "Habrá un senado compuesto de miembros elegidos popularmente en razón de dos por cada Estado; se renovará anualmente por tercios, pudiendo sus individuos ser reelectos una vez sin intervalos alguno"[786] . Además de establecer las funciones del poder Ejecutivo, de la Corte Suprema, y del poder legislativo; la Constitución Federal, acepta el principio de la Soberanía popular[787]. Esta aceptación significa admitir por entero la visión liberal. La declaración de esta fe liberal se formula, en el preámbulo a la Constitución: "...decretamos la siguiente Constitución para promover su felicidad, sostenerle en el mayor goce posible de sus facultades, afianzar los derechos del hombre y del ciudadano sobre los principios inalterables de libertad, igualdad, se-

[784] ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 331.
[785] ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 338.
[786] ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 345.
[787] Para un estudio completo de la idea de soberanía, véase, DE LA CUEVA, M.: La Idea del Estado. UNAN. México. 1975.

guridad y propiedad; establecer el orden publico, y formar una perfecta Federación"[788].

Este nuevo orden de cosas queda garantizado por una Constitución fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respecto de la propiedad[789], en la libertad de comercio e industria[790]; y finalmente el mantener orden público y los derecho privados a través del ejército y la policía[791]; sistema, por ende, que respondía al ideario ilustrado y liberal. El correo, queda a cargo del Congreso de la República[792]; y desde luego, al ser una copia casi total de la Constitución estadounidense, no existía una capitulo sobre los municipios.

[788] ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 331.

[789] En el artículo 2 de la Constitución se establece: "Es esencial al soberano y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad". En el artículo, 175, inciso 4, se lee: "Tomar la propiedad de ninguna persona ni turbarle en el libre uso de sus bienes, si no es en favor del público cuando lo exija una grave urgencia legalmente comprobada y garantizándose previamente la justa indemnización". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua... Págs. 332 y 356. En el nuevo orden creado por la revolución francesa, la propiedad y la libertad de comercio e industria, ocupa el primer lugar. En la Declaración de Derecho del Hombre y del ciudadano de 1791 muestran que la Revolución hace de la propiedad uno de los derecho naturales e imprescriptibles del hombre, El artículo segundo menciona a la propiedad entre esos derechos. Y el famoso artículo 17 sacraliza la propiedad de un modo más explicito: "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización". En la Declaración de Derecho 1793, se añadirán matices al derecho de propiedad. EL artículo 16 dice: "El derecho de propiedad es el que pertenece a todo ciudadano de disfrutar y disponer a su conveniencia de sus bienes, de sus ingresos, del fruto de su trabajo y de su industria". S. MUÑOZ MACHADO, comenta que "la propiedad no se preserva de un modo absoluto como había querido los revolucionarios del 89. Se pone ahora el acento en la propiedad que procede de las obras, del trabajo". Servicio público y mercado I. Civitas, 1997. Pág. 46. Al parecer los Constituyentes centroamericanos, tomaron su inspiración para redactar este artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y no de la Declaración de derechos de 1793. Véase también, PEREZ ESTRADA.: "Breve historia de la tenencia de la tierra en Nicaragua". Págs. 15-22

[790] En el artículo 175, inciso 7, se establece: "Conceder por tiempo ilimitado privilegios exclusivos a compañías de comercio o corporaciones industriales". Y en la Sección Segunda, "De los ciudadano", en el artículo 15, inciso 2, se lee: "Por cualquier invención útil y por el ejercicio de alguna ciencia, arte u oficio no establecidos aún en el país, o mejora notable de una industria conocida". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Págs. 333 y 356

[791] En el artículo 182 de la Constitución se establece que el Poder Ejecutivo está a 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". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 358.

[792] Artículo 69 de la Constitución: "Corresponde al Congreso", inciso 22, "Abrir los grandes caminos y canales de comunicación y establecer y dirigir postas y correos generales de la República". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 340 y 341.

Sin embargo, en este primer liberalismo centroamericano se restringía el derecho de sufragio por motivos económicos y de educación. 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, el 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 esta orientada hacia la fuerza pública (ejercito, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y de la preservación de la libertad.

Similares términos e idénticos conceptos encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, que en su parte introductoria establece: "...Para dar la ley fundamental, que asegure la felicidad y prosperidad del Estado, que consiste en el perfecto goce de los derechos del hombre y del ciudadano, que son: la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad". Sin embargo, en su artículo 36, se garantizaba la propiedad de las tierras comunales y la posesión de colonos y ejedatarios[793].

No obstante, en esta Constitución Estatal existen tres artículos, el 149, 150 y 151, que regulaban el gobierno interior de los Departamentos (en el art. 3 se adopta la Departamentalización del territorio de claro origen francés) y sus pueblos.

En el preámbulo de la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez Fracasada la Federación), se eli-

[793] VELAZQUEZ PEREIRA señala que, "más tarde, la asamblea ordinaria del Estado de Nicaragua, en 1832, hizo énfasis en proteger el derecho de las comunidades sobre sus tierras y ejedos, estableciendo en el artículo I. "Es deber del Estado el promover la industria comunal rural". Posteriormente, la constitución de 1838 hizo pequeñas modificaciones al derecho de propiedad, trazando el marco jurídico para que dentro de él se regulara la distribución de terrenos ejidales. Sin embargo, estas disposiciones no tuvieron ningún efecto por la importancia nula que el ejido tenía en la economía nacional". La formación del Estado en Nicaragua. Banco Central de Nicaragua. Managua, Nicaragua. 1992. Pág. 31.

minan los conceptos de libertad, seguridad e igualdad y solamente se hace mención a una mejor felicidad y prosperidad".

El 11 de mayo de 1835 se dicta el primer reglamento para el gobierno interior de los departamentos. En este reglamento se establece que los municipios estarán a cargo de la construcción y composición de calles y caminos (art. 39), creación de rastro público (art. 40), prevención de enfermedades y epidemias (art. 43), cuido y limpieza de las fuentes y lavaderos públicos (art. 45), construcción y conservación de caminos rurales y ornato (art. 46), cuidado y mejora de todas escuelas de primeras letras y demás establecimientos de educación (art. 50) y seguridad pública y orden público (art. 52). Las competencia de los municipios en materia de servicios, no diferían esencialmente de las contempladas en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta ley estará en vigencia 63 años, es decir hasta 1893.

2.1 Los servicios públicos locales a finales del siglo XX

A los gobiernos conservadores le siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General JOSE SANTOS ZELAYA. Aunque las reformas liberales implementadas por ZELAYA tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que sí, por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado[794], y

[794] 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 Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.

el país, por el otro, no logra establecer un orden político estable ni un progreso económico duradero[795].

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 algunos cambios sustanciales, la nueva constitución prohibió una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho de servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a extranjeros el derecho de 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 elimino la prisión por deudas[796]. En el año de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigen-

[795] Según TORRES RIVAS "podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agroexportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico. Interpretación del desarrollo social en Centroamérica. San José, Costa Rica. 1972. Pág. 63.

[796] ALVAREZ LEJARZA apunta en su Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua, que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio.
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. En esta nueva Constitución 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 era posible, ya que la ley no lo prohibía.

tes. A pesar de esta medidas importantes, ZELAYA no separó el gobierno de la Administración Pública[797].

También en ese período se desarrollo notablemente el ferrocarril, el transporte lacustre[798], el correo, teléfono y el telégrafo[799].

[797] Santa María de Paredes, en su influyente Curso de Derecho Administrativo, por ejemplo, afirma 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". Curso de Derecho Administrativo. Quinta edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1898. Págs. 138-143. Posada, en cambio, sí establece la distinción entre gobierno y administración en 1897: "... no (hay que) confundir la Administración con el Poder Ejecutivo ni con su fin". Por otra parte, adelanta una tercera función del Poder Ejecutivo, que sería la actividad preponderante del Estado desde mediados del siglo xx: "... la acción protectora –ingerencia social—del Estado" No obstante, denota confusión—desde el punto de vista de las concepciones actuales— al aclarar que "…el Poder Ejecutivo tiene su aspecto administrativo". Tratado de Derecho Administrativo. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1897. Pág. 57.

[798] 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 caducada 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.

[799] Para 1980 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 375, 861. En el año de 1897, observamos que el número de pasajeros ascendió a 591, 236, lo que significó un aumento del 78 por ciento en siete año, resultando un incremento anual del 11.15 por ciento. Este incremento extraordinario de personas, es explicado como un movimiento migratorio de trabajadores agrícolas, ya que éstos eran transportados en la época del levantamiento de las cosechas de café, de azúcar, de añil, etc. Asimismo, la creciente usurpación de tierras de los campesinos y pueblos, coadyuvó a empujar a la gente a que abandonara sus lugares... los ferrocarriles fomentaron la migración interna, tanto atrayendo como empujando núcleos poblacionales a desplazarse. RENE VARGAS.: Historia del siglo XX...Págs. 108, 109, 110.
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 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 un aumento en los 12 años señalados, de 854. 09 por cuento, que nos da un incremento anual de 56. 94 por ciento. .: Historia del siglo XX...Págs. 119 y 120.

La nueva Constitución le dedicó un Título entero (XVIII), compuesto por once artículos, al gobierno municipal. Dentro de las atribuciones de la municipalidad estaba el nombrar a los agentes de policía, seguridad y orden; asimismo, legislar sobre policía, higiene e instrucción pública (145).

El principio de autonomía municipal se establecen en los artículos 143 y 144[800], al reconocer que las "atribuciones de las Municipalidades son puramente económicas y administrativas"; y por otro lado, reconociéndole funciones privativas a las entidades municipales, quienes las ejercerían bajo su propia responsabilidad y sujetas únicamente a la revisión de su actuación, por parte de los tribunales de justicia[801].

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

La ley orgánica establece sobre el servicio público, que las Juntas de Regidores, podrán formar juntas de beneficencia, fundar y administrar hospitales, cementerios, casas de asilo de mater-

[800] Artículos 143: " Las atribuciones de las municipalidades serán puramente económicas y administrativas. La ley las determinará, lo mismo que las condiciones que deben tener sus miembros para ser electos". Artículo 144: " En el ejercicio de sus funciones privativas, serán absolutamente independientes de los otros poderes, sin contrariar en ningún caso las leyes generales del país, y serán responsables por los abusos que cometan colectiva o individualmente ante los tribunales de Justicia". ALVAREZ LEJARZA, E.: Las constituciones de Nicaragua...Pág. 579.

[801] FLAVIO ESCORCIA señala que "en este punto, hasta podría discutirse sobre la autorización que la propia Carta Magna otorga a las municipalidades, para dictar reglamentos autónomos e independiente de cualquier ley, sujetos únicamente a la Ley Suprema. En segundo lugar, las municipalidades en su actuación, son absolutamente independientes de los otros poderes (incluido el Ejecutivo). Se le está reconociendo a las municipalidades la calidad de poderes públicos. En tercer lugar, a mayor independencia en su funcionamiento, mayor responsabilidad de los actos. Por último, se configura un sistema de controles sobre las municipalidades por el que sus actos y disposiciones emitidas, no necesitan no la aprobación ratificación del Gobierno Central o de cualquier otro poder, sino que la revisión de sus actos se encuentra sujeta al poder judicial. Municipalidad y Autonomía en Nicaragua. Editorial universitaria. León, Nicaragua. 1999. Pág.44.

nidad, de educación, museos, paseos públicos; dar licencias de toda clase de obras o instituciones de utilidad pública o de beneficencia; organizar y reglamentar debidamente el servicio del alumbrado público; organizar y reglamentar espectáculos públicos, la caza y la pesca; enajenación de los bienes por motivos de utilidad pública. (art. 23, inciso 9, 10, 11, 12 y 13). Entre las atribuciones del Alcalde estaba la conservación de caminos y demás obras de utilidad pública.

A pesar de estos logros, el general ZELAYA interfiere 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[802].

Los países centroamericanos, en busca de una solución, y con el temor de ser invadidos por ZELAYA, acudieron a los Estados Unidos[803]. El general ZELAYA, que se había convertido en una causa de intranquilidad –genero tensiones en el interior del país y guerras en las relaciones exteriores- en Centroamérica, 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"[804].

[802] ARGUELLO, A.: "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua". En: Revista Pensamiento Centroamericano, Número. 159 (Abril-Junio, 1978). Pág. 33.

[803] 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, veáse, ARGUELLO, A.: "Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua". En: Revista Pensamiento Centroaméricano, Número. 159 (Abril-Junio, 1978).

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[805].

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.

A nivel local, durante los años de ocupación se mantuvo en vigencia, con sus reformas, hasta el año 1939, la ley municipal de 1901[806].

La consolidación del modelo impulsado por las exportaciones en la década de los veinte coincidió con un período de paz y estabilidad. Esta estabilidad, combinada con la mejora en las condiciones económicas, permitió cierta relajación del clima político y facilitó el fortalecimiento del incipiente movimiento laboral, tanto en el campo como en la ciudad, y se dieron regularmente elecciones,

[804] WALTER KNUT.: El somocismo: Del protectorado a la revolución. P.331. En: Encuentros con la historia. Primera edición, Universidad Centroaméricana, 1995. Pág. 331.

[805] 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 norteamerciana. 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. En un telegrama de JUAN JOSE ESTRADA, se puede leer: "En mi administración tratare´de rehabilitar la Hacienda Pública, refundir la deuda nacional, para lo cual pediré ayuda al Gobierno de los Estados Unidos, con el objeto de conseguir un empréstito, con la garantía de parte de los derecho aduaneros, cuya colectación se hará de la manera que sea convenida entre Nicaragua y Estados Unidos". QUIJANO, CARLOS.: Nicaragua. Ensayo sobre El imperialismo de los Estados Unidos. En: El Pensamiento Centroamericano. Vol. XXX. Núm. 149. 1975. Pág. 86.

[806] Señala FLAVIO ESCORCIA, que el 15 de enero del año de 1903 se dictó la primera reforma al régimen municipal implementado en 1901, en ella no se contiene ningún aspecto trascendental para la vida municipal...una nueva Constitución fue dictada en fecha 30 de marzo de 1905. Sobre el régimen municipal no hubo novedad, ella lo reguló de la misma manera que la Constitución de 1896...El 21 de diciembre de 1911, fue dictada una nueva Constitución Política, que no empezó a regir, sino hasta el primero de marzo del siguiente año según su art. 167. En ella se repiten los preceptos constitucionales de la Libérrima, al establecerse que las atribuciones municipales serían puramente económicas y administrativas (art. 147). Municipalidad y Autonomía en Nicaragua...Pág. 52.

que en general estuvieron lejos de ser libres, para permitir la transferencia pacífica del poder con sólo unas pocas excepciones[807].

Estas tendencias tuvieron corta duración, y cambiaron de dirección poco después de comenzar la depresión de 1929, que se manifestó de inmediato en una brusca declinación de los precios internacionales del café, en la reducción en la demanda y luego por contradicciones en la oferta de manufactura extranjera, es decir, por un debilitamiento generalizado del comercio exterior.

El primer país de Centroamérica que experimentó una baja en el valor de las exportaciones fue Nicaragua en 1926[808]. En el periodo comprendido entre 1930 y 1945, no aumentó ni la capacidad productiva interna ni se diversificó la exportación y los precios del café sufrieron durante los años 30 el descenso más violento de toda su historia.

2.2 Los servicios públicos municipales durante el siglo XX

Entre los años cuarenta y ochenta, se promulgan en Nicaragua cuatro constituciones (1939, 1948, 1950 y 1974) y, todas, sin excepción establecen que las atribuciones municipales serían puramente económicas y administrativas. Sin embargo, la ley municipal de 15 de diciembre de 1939[809], no hace referencia a la materia. Fue el reglamento orgánico de municipalidades, quien

[807] De la década de los años veinte, es el Decreto sobre Alumbrado, la Comisión Nacional de Luz, y la Ley que otorga tener plantas de Luz.

[808] En Honduras la caída de las exportaciones se retardó hasta 1930/1, por consiguiente, la fase "depresión de 1929 es una descripción conveniente, que aunque ligeramente inexacta, de los eventos que se desarrollaron en Centroamérica en el periodo posterior a 1926". PEREZ BRIGNOLI, H.: Breve Historia de Centroamérica. Alianza Editorial. España. 1985. Pág. 87

[809] La Gaceta. Decreto. Núm. 59.

se encargó en su art. 8 de realizar una enumeración de atribuciones que en el fondo, venían a significar la subordinación de la actuación municipal a los dictados del Ejecutivo.

En la práctica -señala FLAVIO ESCORCIA- el art. 306 de la Carta Magna, que había reconocido a las municipalidades una atribuciones económicas y administrativas, quedaban al mismo tiempo, desnaturalizadas, cuando en el mismo artículo se prescribía, que dichas atribuciones estarían sujetas a la vigilancia correccional y económica del Poder Ejecutivo[810]. La situación de las municipalidades continúo siendo la misma, es decir muy limitada, durante casi cuarenta años.

En el reglamento de la Ley Orgánica de municipalidades de 1958, en el Capítulo III, "De la emisión de Leyes Locales", art. 18, se lee: "Las Municipalidades tendrán la representación directa de la comprensión o comunidad de cada Municipio, sin perjuicio de la representación judicial y extra-judicial concedida por la ley al Síndico Municipal. En general, es de la exclusiva competencia de las Municipalidades, el gobierno, la administración y dirección de los intereses comunales de las ciudades, villas y pueblos comprendidos dentro de sus límites jurisdiccionales, y en especial, cuanto tenga relación con los objetivos siguientes: a) Todos aquellos servicios públicos de interés local que no estén encomendados o no se encomendaren en el futuro a otros organismos y entidades independientes del Municipio; b) La limpieza, embellecimiento e higiene de su circunscripción territorial en cuanto no corresponda a otro rama de la Administración pública. Art. 19, inciso c) Decretar la creación o construcción de nuevos mercados, mesones, mataderos públicos, expendios de carnes, de víveres, y crematorios públicos...[811]

[810] FLAVIO ESCORCIA.: Municipalidad y Autonomía...Pág. 65.
[811] La Gaceta 225. Decreto Núm. 506. 1958.

La Ley Orgánica municipal de 1963, en su art. 18, inciso e, disponía que era esfera de su competencia el mantenimiento del buen estado de "los caminos y comunicaciones"; h) Autorizar y aprobar los contratos de obras y servicios públicos de carácter local, y n) Prestar especial y principal atención al fomento de la educación pública y salubridad de la localidad[812].

Por su parte, en la Ley Orgánica del Distrito Nacional y de Municipalidades de 1967, se lee que "El gobierno del Distrito Nacional estará a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercerá por medio de un funcionario que se denominará Ministro Nacional. Habrá también un Vice-Ministro que colaborará en el Despacho subordinando al Ministro y hará las veces de éste en su defecto". En la esfera de la competencia al Ministro del Distrito Nacional, le correspondía de acuerdo al art. 14, g) Autorizar y aprobar los contratos y servicios públicos de carácter local; m) Prestar especial y principal atención al fomento de la educación pública y salubridad de la localidad[813].

Por último, en la Ley Orgánica de 1978, en el artículo 3, se establece que "los residentes y los transeúntes de un término municipal gozarán de los *servicios públicos* del mismo y estarán sujetos, en su caso, a las cargas y obligaciones que las leyes, acuerdos o decretos municipales establezcan". Entre las atribuciones del Consejo se establecía, según el art. 14, inciso g) Establecer escuelas, bibliotecas, teatros, museos, gimnasios, bandas municipales, parques zoológicos y estimular toda clase de actividades culturales y deportivas; prestar especial atención al fomento de la salud, la educación pública, ornato y el turismo[814].

Es decir, en estas leyes municipales se engloba actividades para las cuales la atribución de competencia no juega como "publicatio" (creación de títulos especiales de potestad), sino como mera

[812] La Gaceta. Decreto Núm. 827.
[813] La Gaceta, 8 de abril. Decreto Núm 1330.
[814] Decreto Núm. 725.

delimitación del ámbito de su propia actuación de legalidad. En tal sentido, los servicios que presta los municipios, serán los referentes a la limpieza, higiene, mataderos y crematorios públicos, caminos y comunicaciones, contratos de obras y de servicios públicos, educación y salud.

2.3 El Municipio y los servicios públicos en los años ochenta

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[815] que, de acuerdo con el art. 1 de su Ley Creadora, estaba dirigida y vigilada por el Poder Ejecutivo, a la que le correspondían las funciones de coordinar y dirigir las actividades de las Juntas Municipales en todo el territorio nacional.

A inicios de 1982 se creo una nueva división política-administrativa basada en Regiones y Zonas Especiales[816], y en el mes de enero de 1985 se creó el Ministerio de la Presidencia, y se adscribió a él, la Secretaría de Asuntos Regionales, que vino a coordinar y dirigir, tanto la actividad regional como municipal. Posteriormente, mediante una reforma de septiembre del mismo año[817], se confirió directamente al Ministerio de la Presidencia, el ejercicio tanto de las atribuciones, como de las funciones de dicha Secretaría. Por ello se creó en el interior de dicho Ministerio, una Dirección de Asuntos Municipales y Regionales (DA-

[815] Decreto Núm. 106. 9 de Octubre de 1979.

[816] Decreto Núm. 1081. La Gaceta. 2 de agosto de 1982. Por medio de este Decreto, la división política y administrativa departamental y municipal se dejaba atrás, y se asumía una nueva, las de las Regiones y Zonas especiales. Se formaron nueve regiones y tres zonas especiales, cada una de estas circunscripciones se componía de uno o varios departamentos que a la vez conformaban los Municipios. Al frente de cada región se encontraba un Delegado de Gobierno con el rango de Ministro, nombrado por el Poder Ejecutivo.

[817] Decreto Núm. 118. La Gaceta 26 de septiembre.

MUR), así como una Dirección de Investigación y Capacitación Municipal (DICAM)[818]. Al igual que en las anteriores leyes, las competencias que correspondían a las Juntas Municipales fueron económicas y administrativas, pero sujetas a la vigilancia y coordinación del Poder Ejecutivo.

En el artículo 11 de la ley municipal[819] se establecen las competencias que podían ejercer los municipios, entre ellas: c) Promover la sanidad ambiental y proteger la salud de los ciudadanos de la localidad en coordinación con las autoridades competentes; k) prestar especial atención al fomento de la educación, creando bibliotecas, teatros, museos y otras instituciones culturales, en coordinación con los organismos correspondiente. Competencias que el gobierno central as podía asumir de manera total y parcial en cualquier momento. De tal modo que las competencias propiamente municipales no existían. Esta situación se prolongó durante toda la década de los ochenta. Aunque fue promulgada una nueva Constitución en 1987, y una nueva Ley Municipal en l988[820], no se reglamentó hasta marzo de 1990, cuando iniciaba un nuevo gobierno.

[818] FLAVIO ESCORCIA.: Municipalidad... Pág. 86.

[819] Ley creadora de las Juntas Municipales de Reconstrucción. 31 de enero de 1980. Gaceta Diario Oficial 5 de febrero.

[820] En la Ley Núm 40, (La Gaceta. 17 de Agosto de 1988) en su artículo 7 se establece que el Municipio ejerce competencias sobre las siguientes materias: 3) Ornato público; 4) Construcción y mantenimiento de las calles, aceras, andenes, parques, plazas, puentes y áreas de esparcimiento y recreo; 5) Construcción y administración de mercados, rastros y lavaderos públicos; 6) Limpieza pública y recolección, desaparición y tratamientos de residuos; Construcción, mantenimiento y administración de cementerios; Establecimiento de bibliotecas, museos, bandas municipales, parques, zoológicos, promoción de fiestas tradicionales y del folklore y toda clase de actividades que promuevan la educación, la cultura, el deporte y el turismo; Alumbrado público. Esta ley fue reformada por la número doscientos sesenta y uno (261) publicada en La Gaceta, número ciento sesenta y dos (162) del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y siete. El Transporte colectivo urbano es un área asignada a los municipios por mandato expreso de la Ley de Municipios y sus reformas, en la ley doscientos noventa (290) y la ley trescientos noventa y cinco (395), última que interpretó auténticamente quien tiene la competencia sobre el sector transporte ultramunicipal. En el inciso doce del artículo siete de la ley de Municipios y sus reformas, se faculta a las autoridades locales a desarrollar el transporte y las vías de comunicación, así como impulsar y controlar el servicio de transporte colectivo intra municipal, urbano y rural. En el municipio de Managua, el Consejo Municipal dictó la Resolución número

2.4 El Municipio en los años noventa y los servicios públicos

El 25 de febrero de 1990, en cumplimiento de los Acuerdos de Estipulas, se efectuaron elecciones para elegir 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 primeros años de gobierno, la Presidenta VIOLETA BARRIOS DE CHAMORRO implementó un programa de reforma del Estado[821] (Programa de Estabilización Econó-

catorce guión noventa y nueva mediante el cual se creó el Instituto Regulador de Transporte del Municipio de Managua (INTRAMMA) que goza de autonomía financiera y administrativa; con personalidad jurídica, autonomía administrativa y económica, capacidad para adquirir derechos, acciones y obligaciones y con domicilio en la ciudad de Managua, para contribuir con el transporte público. (Resolución pública en la Gaceta. Número doscientos doce 212, del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueva. Cuenta con 44 artículos).
En mil novecientos noventa y ocho , por medio de la ley 290 (La Gaceta, número ciento dos 102 del tres de junio de ese año) se formo el Ministerio de Transporte e infraestructura. El artículo 25 de esta ley contiene la competencia del Ministerio de Construcción y Transporte, que marca la diferencia entre el servicio de transporte público intramunicipal y el intermunicipal que corresponde al municipio y al Ministerio respectivamente. En el año 2001 surgió una discusión administrativa entre el Instituto Regulador del Transporte del Municipio de Managua y el Ministerio del ramo, que fue resuelto por interpretación auténtica que hizo la Asamblea Nacional en la ley trescientos noventa y cinco (395) del cuatro de julio del año dos mil uno. Sobre este aspecto véase: SANCHEZ CABALLERO, J.: Derecho administrativo y la regulación del transporte colectivo. Monografía. Managua, Nicaragua. 2002. Pág. 90.

821 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 cuanto 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, veáse, NEIRA, O y ACEVEDO, A.: Nicaragua: hiperinflación y (des) estabilización. Análisis de la política económica 1988 a 1991. Cuadernos de CRIES. Serie ensayos. No. 21. Managua. 1992.

mica 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. Se estableció entonces un programa de reforma, con enfoque reduccionista, que perseguía: la racionalización del papel del gobierno y del tamaño del sector público, la liberalización del comercio, del sistema financiero[822], la reducción del gasto público, del déficit fiscal[823], la modernización del sector productivo, la privatización[824] y descentralización de los servicios públicos[825].

[822] Sobre la creación de la banca privada y la reestructuración de la banca estatal. Véase. SALDOMANDO, A.: El retorno de la AID. Ediciones CRIES. Managua, 1992. Págs. 85-94.

[823] OBED LOPEZ, N (comp.).: Modernización y descentralización de los Estados Centroamericanos. Fiedrich Ebert. 2001. Págs. 123-129

[824] 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... Págs. 8 y 9.

[825] En sus comienzos 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.: La transformación. Pág. 191. Así mismo, DARCE CASTILLO, JOSE ANTONIO.: Avances del programa de reforma de INE, INAA y TELCOR, acordado entre el gobierno de Nicaragua y el Banco Interamericano de Desarrollo. Monografía

A través del proceso de reforma del Estado se privatizaron 351 empresas[826] que anteriormente fueron propiedad estatal[827]. 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[828].

De tal 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

[826] 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. Pág. 5

[827] La estrategia de privatización de las empresas estatales, fue desarrollado 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 Núm, 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 debe 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 al 30 de abril de 1990.

[828] 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. La economía de Nicaragua. CEREN. Managua, Nicaragua. 1992.

lograr un aumento en los niveles de vida a través de la creación de empleos[829].

Por medio del Plan de Conversión Ocupacional se transfirió personal del sector público al sector privado[830]. El 10 de mayo de 1990 se suspende la Ley de Servicio Civil, que permitió el despido de los trabajadores del sector público[831], el cual paso del 7.7% de la población a un 2.6%.

[829] 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 relevantes: 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 decidió 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, expresado de manera resumida y consistente con los planteamientos del punto 2.2 consiste en facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado operando eficientemente. De manera más específica, se ha perseguido: 1) Reactivar la economía al traer inversiones del sector privado (nacional y extranjero) y a 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.

[830] 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. Pág. 10 y 19.

[831] 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. Pág. 14-33

En junio de 1994 da inicio la segunda generación de reformas[832], con la negociación del primer ESAF (*Inhanced Structural Adjustment Facility*); el cual promulgaba la implantación de una programa a medio 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[833].

Es así que, a inicios de 1990, se inicia un proceso de descentralización del Estado. Conforme el Decreto Número 1-90[834] y de acuerdo al artículo 151 de la Constitución, la Presidencia de la

[832] SONIA 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 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 economías 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. "Reforma del Estado en América Latina: ¿Hacia donde?". Revista "Nueva Sociedad". Núm. 160. Marzo-Abril 1999. Pág. 58-59.

[833] 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

[834] Decreto-Ley Núm. 1-90. Decreto de Ley Creadora de Ministerios de Estado. La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.

República descentraliza a doce instituciones. El Decreto Núm. 4-90[835] fue el marco jurídico de la descentralización y reforma de la Administración Pública en Nicaragua. Sin embargo, a través del Decreto 44-94 se crea el Comité Ejecutivo de la reforma de la Administración Pública (CERAP) y la Comisión Sectorial para la Descentralización (CSD); además, 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).

Este decreto, en su artículo 9, establece la creación de siete Comisiones Sectoriales de Reforma, entre ellas, la Comisión Sectorial para la Descentralización: con el objetivo de diseñar, proponer y promover los planes y programas que garanticen un proceso fiscal, administrativo y funcional ordenado en materia de desconcentración y/o descentralización de actividades y servicios a los Gobiernos Municipales. Esta comisión estará presidida por el presidente del INIFOM y tendrá como miembros al Ministro de Salud, al Ministro de Educación, al Ministro de Finanzas, al Ministro de Gobernación, al Director de INAA y al Viceministro de la Presidencia para asuntos de Estado, o sus delegados respectivos.

[835] Decreto-Ley Núm. 4-90. Entes Autónomos Descentralizados del Estado. La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.

LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

I
INTRODUCCIÓN

Hubo un momento en el que el proceso de liberalización y privatización, que desde los años noventa afectó de forma virulenta al mundo de los servicios públicos, parecía consolidado, y, con ello, apaciguada en gran medida la enorme polémica doctrinal que generó en toda Europa e Hispanoamérica.

No se quiere decir, con ello, que las discusiones entre las distintas corrientes teóricas sobre la materia hubieran desaparecido. Eso no ha ocurrido, en realidad, nunca en este ámbito, pues la noción de servicio público ha sido siempre especialmente polémica[836], dada las importantes implicaciones políticas y sociales que lleva consigo. Pero si parecía que se habían eliminado las posiciones extremas, suavizándose de forma considerable el tono de la discusión. Como apuntaba DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, parecía haberse llegado a "una cierta base de acuerdo"[837].

[836] Señala al respecto A. GUAITA que "aproximadamente hay tantos conceptos de servicio público como autores han estudiado la cuestión". Derecho Administrativo Especial III. Librería General, 1967. Pág. 68.

[837] DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: "Prólogo", al libro de M. A. Sendín García: Regulación y servicio público. Comares, 2003. Págs. XVII-XVIII.

De este modo, aunque se seguía discutiendo acerca de la oportunidad y acierto de ese proceso, se puede decir que se había alcanzado una cierta coincidencia acerca de sus repercusiones teóricas fundamentales (ya poca gente discutía que la noción de servicio público no está en riesgo de desaparecer, siendo generalmente aceptado que simplemente pasa por un momento de reformulación); y sobre sus implicaciones ideológicas (salvo alguna excepción[838], con más o menos matices, se tendía en general a reconocer que más que a una ofensiva neoliberal y derechista esta reformulación respondía a una crisis real de la institución, que necesitaba de una revisión[839]).

En los últimos tiempos, parece que la polémica, al menos en España, se ha vuelto a recrudecer. Se cuestiona ahora nuevamente la oportunidad y acierto de la liberalización y se la acusa de nuevo de ser fruto de una reacción conservadora, contraria a los fundamentos y principios del Estado Social, sometiéndola a crítica severa (LINDE PANIAGUA[840], SEGARRA ORTIZ[841]).

[838] Como por ejemplo, COLSON, que entiende que la desreglamentación es el resultado de influencias ideológicas que ven en el liberalismo y el mercado la solución a los males de la intervención pública. A lo que añade que ésta va a conducir a la desigualdad en el acceso a los servicios públicos y va a impedir el desarrollo de aquellos avances que implican grandes esfuerzos económicos, pues sólo el Estado está dispuesto a asumirlos. Droit Public Economique. LGDJ. Tercera Edición. París, 2001. Págs. 502-503 y 512. En la misma línea, ALLOUACHE, A.; KOUBI, G.: "Le service public dans le discours: quelque enjeux", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché II. La documentation Française. París, 1998. Págs. 71-87.

[839] En tal sentido se manifestó mayoritariamente la doctrina. Así, EHLERMAN, C. D.: "Libéralisation et privatisation", en Revue du Marché Unique Européen 1994-3. Págs. 6-7. LAGUNA DE PAZ, C.: "Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho Comunitario", en Revista Española de Derecho Administrativo 88 (1995). Pág. 493. Señala T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que la liberalización no "es el resultado puro y simple de un movimiento ideológico de derechización del mundo occidental". Sino que es también el fruto del agotamiento de las ideas de signo opuesto y del progreso científico y tecnológico. "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", en Revista de Administración Pública 150 (1999). Págs. 65-66.

[840] LINDE PANIAGUA, E.: "La retirada del Estado de la Sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos", en Revista de Derecho de la Unión Europea 7 (2004).

[841] SEGARRA ORTIZ, M. V.: "Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo", en Revista Española de Derecho de la Unión Europea 7 (2004).

En respuesta a estas críticas, ARIÑO ORTIZ defiende, sin embargo, que la "vuelta atrás sería un error. Peor el remedio que la enfermedad. El funcionamiento de esas actividades económicas en condiciones de mercado es mucho más eficiente que el modelo público, planificado y monopolizado. Con esto no quiere decirse que la implantación de la regulación para la competencia no suscite problemas o carezca de deficiencias (...). Lo que quiere destacarse es que, aun con sus problemas, el modelo de regulación es el que mejor responde a las necesidades de los consumidores en términos de eficiencia, calidad y seguridad"[842].

Ante este debate, algunos, como SALA ARQUER, aconsejan sacar la discusión de esta materia del terreno política[843]. Haciendo caso de su consejo, nosotros vamos a dejar de lado la lucha ideológica y conceptual. Al hacerlo, como ocurre casi siempre, es cuando emergen con mayor nitidez los problemas prácticos, menos elevados, pero casi siempre de importancia más perentoria. Lo cierto es que mucho se ha hablado de este nuevo servicio público, de los motivos de su aparición y de su adecuación, pero muy poco se ha analizado en realidad las técnicas a través de las cuáles este remozado servicio público toma cuerpo.

Aparte de ello, cuando se ha hecho ese análisis se ha llevado a cabo, casi siempre, desde el análisis de sectores concretos y determinados, y no desde la formulación de una teoría de carácter general, que se va mostrando cada vez más y más necesaria.

[842] ARIÑO ORTIZ, G.: "Prólogo", al libro de F. J. Villar Rojas. Las instalaciones esenciales para la competencia. Comares. Granada, 2004. Pág. XXI.

[843] Señala J. M. SALA ARQUER, que "uno no sabe si acudir a la famosa receta del juez Holmes, que aconseja <<someter a un baño de ácido cínico>> algunos grandilocuentes conceptos jurídicos, o incluso preconizar una –por otra parte imposible kelseniana teoría pura del Derecho público, liberada de adherencias políticas de diverso signo. El debate sobre el servicio público se está convirtiendo, en nuestro país, en un debate sobre conceptos". "Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado", en Administración de Andalucía 56 (2004). Págs. 13-14.

Emprendemos, por ello, este modesto análisis de los mecanismos y estructuras a través de los cuales se plasma este nuevo modo de prestación de servicios públicos que es la creación de mercados regulados. Cuestión de indudable trascendencia, pues, aunque no aglutina la totalidad del servicio público, no es, en realidad, más que un simple modo de gestión de servicios públicos que se añade a los modelos tradicionales; si que afecta a un núcleo de ellos lo suficientemente amplio e importante para demandar una especial atención por parte de la doctrina, en cuanto está destinado a ser uno de los temas claves del Derecho público durante el siglo XXI.

II
PRESUPUESTOS HISTÓRICOS PARA LA COMPRENSIÓN DEL NUEVO MODELO DE PRESTACIÓN. EL MODELO TRADICIONAL DE SERVICIO PÚBLICO Y LAS RAZONES DE SU CRISIS

No hay que insistir, por ser más que sabido, en el carácter extremadamente evolutivo de la noción de servicio público. Lejos de presentarse como una noción unitaria y estable, ha experimentado a lo largo de la Historia drásticas transformaciones y cambios. No interesan, sin embargo, éstos a nuestro estudio, por lo que prescindiremos de dicha evolución. Por ello, nos vamos a limitar a examinar el modelo vigente, con carácter general, antes de la puesta en marcha del proceso de liberalización, con el fin de facilitar la comprensión del nuevo modelo de prestación.

A este modelo es a lo que nos referimos, aunque supone una simplificación más que osada, cuando hablamos de modelo tradicional. Debe tenerse presente, además, que incluso limitándonos a ese momento temporal, tampoco es totalmente exacto identificar como estamos haciendo este modelo con el servicio

público, pues existen importantes diferencias en los diferentes países que acogían esta tradición[844] y grandes divergencias doctrinales acerca del mismo incluso dentro de un mismo país.

A pesar de ello, entendemos que a efectos prácticos resulta más útil examinar únicamente los rasgos fundamentales del modelo español, como era aceptado en líneas generales, que no de forma uniforme, por la doctrina, pues éste es lo suficientemente expresivo de la forma de concebir el servicio público antes de que se pusiera en marcha el proceso de liberalización.

A tales efectos, podemos decir que a partir de los años 40 se consolida en España lo que podíamos denominar teoría tradicional del servicio público. Dicha tesis se basa, en esencia, en los siguientes puntos:

Esta tesis toma base en la idea de *publicatio* o acto de publicación, entendiéndose como tal el acto formal en virtud del cual la Administración asume la titularidad de un sector de actividad.

La consecuencia que se deriva de ello es que la Administración tomaba esa actividad como propia, excluyendo, con ello, cualquier derecho de los particulares a desarrollarla. Lo que supone que los particulares carecen de un derecho originario a llevarla a cabo, esto es, se ha eliminado la libertad de empresa en ese sector.

Si bien esto no impedía que la Administración pudiera otorgar a un particular, si lo consideraba oportuno, la gestión del servicio. Pero el sujeto privado nunca era titular del mismo, no

[844] Como señala R. RIVERO ORTEGA, la "regulación jurídica de estas actividades se traducirá en diversos estatutos, que variarán conforme a la evolución en cada país: en Inglaterra aparecen las public utilities; en Alemania la Daseinvorsorge; en Francia se formula la teoría del service public, en la que se ha inspirado nuestra propia concepción del servicio público". Introducción al Derecho Administrativo Económico. Ratio Legis. Salamanca, 1999. Págs. 141-142.

actuaba en ningún en caso en ejercicio del derecho de libertad de empresa, tan solo gestionaba materialmente un servicio de la Administración[845].

Esta concepción nunca fue capaz de englobar todos los servicios públicos, pues quedaban fuera de ella los servicios públicos compartidos, en los que no se daba nunca un monopolio de *iure*, dado que los ciudadanos tenían un derecho originario a desarrollarlos. Esto es, los ciudadanos eran titulares de un derecho a realizar esa actividad indisponible para el legislador ordinario, por lo que no era posible nunca transferir plenamente la titularidad de esa actividad a la Administración, persistiendo, por tanto, siempre, al menos en parte, la libertad de empresa en ese sector.

En estos ámbitos, por lo tanto, lo más que podían hacer los poderes públicos era desarrollar una actividad paralela a la que realizaban los sujetos privados, pero sin poder, en ningún caso, excluir totalmente ésta[846].

El caso más claro de este tipo de servicios es la educación, terreno en que los ciudadanos disfrutan de un derecho constitucional a crear centros docentes (art. 27. 6 CE[847]) y, por tanto, a realizar la actividad de la enseñanza, lo que impide una reserva de dicha actividad a favor de la Administración[848].

---

[845] MORELL OCAÑA, L.: Curso de Derecho Administrativo II. Aranzadi. Pamplona. Cuarta edición, 1999. Págs. 143-146. GARCÍA LLOVET: El régimen jurídico de la radiodifusión. Marcial Pons. Madrid, 1991. Págs. 175-176. ARIÑO ORTIZ, G.: Economía y Estado. Marcial Pons. Madrid, 1993. Págs. 317-322.

[846] GUAITA: Derecho Administrativo... III. Págs. 67-68.

[847] Según dicho precepto, se "reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales".

[848] TRONCOSO REIGADA, A.: "Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público", en Revista Española de Derecho Constitucional 57, septiembre-diciembre de 1999. Pág. 107, nota 47. EMBID IRUJO, A.: La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI. Tecnos. Madrid, 2000. Pág. 228, nota 13. LORENZO VÁZQUEZ, P.: Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución. CEPC/BOE. Madrid, 2001. Págs. 59-60. PAREJO ALFONSO, L.: "La autonomía de las universidades", en Aspectos Administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las universidades públicas. CGPJ. Madrid, 2002. Pág. 298. GARRIDO FALLA, F.: "¿Crisis de la noción de servicio público?", en Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor Martín-Retortillo. Coordinador: L. Cosculluela Montaner. Civitas, 2003. Pág. 443.

A pesar de ello, esta teoría se impuso en la mayor parte de la doctrina[849], negando el carácter de servicio público a las actividades que no encajaban exactamente en la misma (servicios compartidos[850] y servicios virtuales o impropios[851]). De esta manera, la noción que nos ocupa estaba construida tomando como referencia tan sólo los servicios públicos monopolizados.

Este presupuesto doctrinal no era, sin embargo, ni mucho menos irrazonable y falto de justificación, pues reposaba sobre una base económica en absoluto desdeñable: la consideración de que estos servicios (telecomunicaciones, sector eléctrico, correo, etc.) son monopolios naturales. De lo que se derivan un conjunto de consecuencias:

En primer lugar, son actividades en las que la gestión más eficiente es la que lleva a cabo un monopolista. Pues si existiera más de un empresario el rendimiento sería menos óptimo[852].

[849] Una postura contraria a esta tesis fue defendida por J. M. DE LA CUETARA, que veía la nota definidora del servicio público en la asunción de la responsabilidad sobre la actividad de la que se tratase por parte de la Administración. La actividad de la Administración. Tecnos. Madrid, 1983. Págs. 134-135.

[850] En tal sentido, señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA que el "monopolio de iure es un índice inequívoco del servicio público, o en otros términos, todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota esencial de su idea es que sólo pueda organizarlo la Administración titular del mismo, en cuanto que es una competencia exclusiva". Por ello entiende que no hay servicio público en las actividades que el Estado desarrolla en concurrencia con los particulares, sin suplantarla ni restringirla. Este tipo de actividades hay que integrarlas dentro de la gestión pública. Siendo la nota esencial que distingue ésta del servicio público la no existencia de monopolio de iure. "La actividad industrial y mercantil de los municipios", en Revista de Administración Pública 17 (1955). Págs. 116-119.

[851] Así, R. ENTRENA CUESTA considera que se trata de servicios privados en los que existen intereses que transcienden de lo estrictamente privado. Ello hace que se les someta a una intervención especialmente intensa, que se prolonga más allá incluso del otorgamiento de una autorización para desarrollar esa actividad. Pero ello no es suficiente para calificarlos como servicios públicos, pues lo relevante es la técnica empleada, y ésta es la policía administrativa. "El servicio público de taxis", en Revista de Administración Pública 27 (1958). Págs. 38-40.

[852] VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.: HARRINGTON, J. E.: Economics of Regulation and Antitrust. Cuarta reimpresión de la segunda edición de 1995. MIT Press. Massachusetts, 1998. Pag. 351. WONNACOTT, P.; WONNACOTT, R.: Economía. McGraw Hill. Madrid. Cuarta edición, 1992. Págs. 564-566. STIGLITZ, J. E.: Principios de microeconomía. Traducción de M. E. Rabasco Espáriz. Ariel. Barcelona, 1994. Págs. 457-458.

Afirmación que tiene su origen en el hecho de que estos sectores requieren para su ejercicio la existencia de una red, de elevado coste, cuya duplicación sería difícil y, en cualquier caso, antieconómica[853].

A ello se añade, además, la necesidad de compensar costes y beneficios, dado que existen determinados ámbitos donde el servicio es muy rentable (por ejemplo, grandes núcleos urbanos) y otros donde el servicio es deficitario (por ejemplo, pequeños núcleos de población). En un régimen competitivo el empresario renunciaría a prestar el servicio a estos últimos, o lo prestaría a un precio muy elevado. Sin embargo, creando un monopolio se compensan los sectores deficitarios con los rentables, lo que permite que la prestación llegue a todos a un precio asequible[854].

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, estas presuntas ventajas del monopolio sólo se dan cuando está controlado por los poderes públicos porque:

a) El monopolista privado tendera a abusar de su posición y no operara en las condiciones más óptimas, sino que aprovechándose de la situación privilegiada que le proporciona que el consumidor no tenga capacidad de opción, manejara los precios a su conveniencia, sin importarle si llega o no a la solución más ventajosa para el interés público.

b) Operaría tan sólo en los sectores rentables del mercado, olvidándose de los deficitarios.

c) Aun en el caso de que el monopolista actuará de acuerdo con los criterios que demanda el interés público, podría ver-

[853] PERROT, A.: "Dereglementation et service universel dans les entreprises de reseaux: les enseignements de la theorie economique", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché II. La documentation Française. París, 1998. Pág. 165.

[854] GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S.: Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Comares. Granada, 2001. Pág. 46.

se perjudicado por la entrada en el mercado de otros empresarios que operaran tan sólo en la parte rentable del mercado ("descreme"), lo que rompería el equilibrio financiero del servicio.

Por todas estas razones era preciso que se tratase de un monopolio que viniese auspiciado por los Poderes Públicos, tanto para obligar a actuar al monopolio en las condiciones exigidas por el interés público, como para proteger éste frente a agresiones externas.

Esto no impedía, no obstante, que la gestión del monopolio se encomendase a un empresario privado (concesionario). Pero sin que esto supusiera reconocer, en ningún caso, la libertad de empresa en ese sector, pues el concesionario era un mero gestor que operaba en la condiciones de servicio público que se entendía que requería el interés público.

Esta situación va a entrar en crisis como consecuencia de la concurrencia de toda una serie de factores:

a) La aparición, fruto de los avances tecnológicos, de una alternativa antes no viable: la posibilidad de que en estos sectores se opere en parte en un régimen de mercado[855]. Esto permite que tan sólo continúe siendo monopolio natural la gestión de la red, pero no las actividades que se realizan sobre ella, que se pueden llevar a cabo en régimen de mercado.

b) Lo anterior no dejaba de ser, sin embargo, una opción más, pero no la única. Hay, por ello, que examinar las razones que determinan que dicha opción se imponga en la práctica. Se pueden distinguir diversos factores que han hecho que así ocurra:

[855] VISCUSI; VERNON; HARRINGTON: Economics of regulation… Pág. 353.

- El descrédito de la actividad pública, que se considera en muchos sectores como ineficaz y excesivamente costosa[856].

- Triunfo de una ideología favorable al mercado y a la competencia[857].

- Desmesurado tamaño del sector público, que amenaza con hacer quebrar el Estado Social o Estado de Bienestar[858].

- En la Unión Europea las exigencias de la integración europea, que precisan en ocasiones de un régimen de mercado, que elimine las restricciones a la actividad comercial de empresarios de otros Estados miembros[859].

- En Hispanoamérica, la presión de los organismos de crédito internacionales, de los que la mayor parte de los países latinoamericanos no pueden prescindir, dado su

[856] Señala 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", en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Pág. 758. En la misma línea, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: La privatización de la empresa pública. Montecorvo. Madrid, 1991. Pág. 99.

[857] SANZ RUBIALES, I.: Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales. Universidad de Valladolid, 2004. Pág. 9.

[858] PIRIE, M.: "Teoría y práctica de la privatización", en Revista del Instituto de Estudios Económicos 1985-1. Págs. 4-5. VALDIVIESO DEL REAL, R.: "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. Prentice Hall. Madrid, 2001. Pág. 81.

[859] Como señala M. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, "la creación de un mercado a nivel europeo supone enfrentar a sujetos de diferente naturaleza. Pues el sector público de los diferentes Estados europeos varía notablemente de unos a otros. Así, mientras que en un país una actividad la desarrollan empresas, públicas o privadas, beneficiadas por un régimen de Derecho público, en otro puede que esas empresas actúen sujetas a las reglas de mercado. Obviamente no puede haber mercado allí donde no hay igualdad. Esto lleva a que desde Bruselas se trate de que todas esas empresas se sujeten a un mismo régimen (principio de igualdad de trato). Lo que exige en último término someter a estas empresas a la lógica del mercado". Prologo al libro Regulación y... Pág. XVI.

endeudamiento externo[860]. A lo que se añade también la acción de las grandes empresas multinacionales de servicio público, que pugnan por ocupar esos mercados.

- La acción del sector privado, que ven en estos sectores, antes en manos del sector público, una importante oportunidad de negocio que no quieren dejar pasar, por lo que se la disputan a éste[861].

- Intereses de determinados Estados (Estados Unidos y Japón, fundamentalmente) o grupos de Estados (como la Unión Europea) por que sus empresas copen los mercados internacionales, para lo cual necesitan mercados de mayor tamaño, que permitan también generar empresas mas poderosas a nivel internacional[862]. Esto ha llevado en ocasiones a la consecuencia, aparentemente contradictoria, de que se habrán estos sectores a la competencia, pero al mismo tiempo se fomente la fusión de empresas de servicios público, con el fin de aumentar su peso en el mercado internacional.

[860] EVANS, T.: "Ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe", en La transformación neoliberal del sector público. Lation editores. Managua, 1995. Págs. 2 y 3.

[861] SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: La actividad de la Administración y el servicio público. Comares. Granada, 1998. Pág. 140.

[862] GIMENO FELIU, J. M., en Derecho administrativo. Parte Especial. Coordinador: J. Bermejo Vera. Civitas. Quinta edición, 2000. Pág. 1103. BOIX PALOP, A.. "Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción del servicio público", en Revista General del Derecho 680 (2001). Págs. 3304-3305.

III
EL NUEVO MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS. ASPECTOS GENERALES

Como fruto de este proceso se consolida un nuevo modo de prestación de servicios esenciales, que cuestiona la concepción tradicional del servicio público, en cuanto ésta ya no engloba todas las modalidades a través de las que se suministran prestaciones básicas. Ahora bien, esto no convierte, ni mucho menos, al modelo de regulación en el único tipo de servicio público. Tan sólo va a suponer que se organicen de esta forma un importante número de servicios, sin que esto impida que sigan jugando otros posibles modelos de gestión (concesión, gestión directa, etc.).

En cualquier caso, en estos servicios antiguamente monopolizados se pasa a prestar el servicio mediante la creación de mercados sujetos a regulación económica. Este sistema de prestación se caracteriza, en primer lugar, porque no se da una consideración global del mismo. Pues no todo el sector es servicio público o actividad en régimen de libertad de empresa, sino que van a convivir en ellos una parte que sigue estando publificada y otra que no lo está[863].

Un rasgo relevante de este método de prestación de servicios públicos es que las actividades no publificadas van a ser prestadas por empresas en ejercicio de libertad de empresa. Esto no quiere decir que sean empresarios privados, pueden ser tanto

[863] JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", en Revista Española de Derecho Administrativo 84 (1995). Pág. 594. TORNO MAS, J.: Las autoridades reguladoras de lo audiovisual. Marcial Pons, 1999. Pág. 53.

empresarios públicos como privados, pero van a actuar en todo caso en régimen de mercado.

Lo anterior no supone, no obstante, la desaparición de la intervención pública en estos mercados. Esta sigue siendo imprescindible por dos grandes razones difícilmente cuestionables:

a) La necesidad de mantener la competencia. Porque una vez se liberaliza la actividad, sin una intervención pública que defienda la competencia, el monopolista público acabaría siendo sustituido por un monopolista privado.

b) Salvaguardar los intereses públicos que el mercado no está dispuesto a satisfacer. Pues hay, obviamente, prestaciones que, por no ser rentables económicamente, o por no serlo en las condiciones que demanda el interés colectivo, no serían prestadas o no lo serían en las condiciones que la Sociedad requiere[864].

Esta intervención pública se va a llevar a cabo, sin embargo, por cauces muy diferentes a los tradicionales, produciéndose, con ello, una radical transformación de los medios a través de los cuales se lleva a efecto. Más concretamente, en el nuevo modelo se abandona la actividad de prestación por parte de los Poderes Públicos, para ser sustituida por mecanismos de regulación[865].

Especialmente relevante es, además, destacar que esa intervención asume ahora un cierto carácter subsidiario, esto es, se da sólo si falta el mercado.

[864] LAGUNA DE PAZ: Liberalización y neorregulación... Págs. 503-506. DESDENTADO DAROCA, E.: La crisis de identidad del Derecho administrativo, privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Pág. 164-168.

[865] TALBOT, C.: "La gestion des services publics au Royaume-Uni (1979-2000): evolution ou révolution?", en Le service public en devenir. L'Harmattan, 2000. Pág. 142. DESDENTADO DAROCA: La crisis de identidad... Pág. 170.

La idea central que residía en el modelo tradicional de intervención era que, dado que el libre mercado no iba a funcionar en estas actividades, al ser monopolios naturales, mediante intervención pública se iba a hacer funcionar a las mismas en el régimen más favorables al interés público, convirtiéndolas, de este modo, en un monopolio público.

En el sistema de mercados regulados se parte, sin embargo, de la consideración de que la intervención pública es ineficaz y que nunca va a ofrecer unos resultados tan beneficiosos como los que ofrece el mercado. Por ello, hasta donde sea posible se le va a hacer funcionar en régimen de competencia[866]. Dicho en términos más claros, se va a inducir artificialmente a funcionar esa actividad como un mercado. Sólo cuando eso no sea posible se introduce intervención pública en el sentido tradicional, esto es, intervención no para generar competencia sino para lograr efectos que el mercado no lograría.

Nótese que la diferencia esencial es que en el modelo tradicional la satisfacción del interés público se trata de lograr directamente, mediante la intervención pública. En el nuevo modelo, con carácter general, se trata de lograr de forma indirecta. Esto es, la intervención pública va dirigida directamente a hacer funcionar estas actividades en régimen de mercado; y será luego la competencia la que de satisfacción al interés público. Sólo cuando no es posible generar mercado se utiliza una intervención del tipo tradicional, esto es, intervención dirigida directamente a satisfacer el interés público.

[866] CHARLES-LE BIAN, D.: "Service public et Droit Communautaire des reseaux", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché II. La documentation Française. París, 1998. Págs. 238-240. MORELL OCAÑA, L.: "La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos 50 años", en Revista de Administración Pública 150 (1999). Págs. 380-381.

IV
CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA APARICIÓN DE LOS MERCADOS REGULADOS PARA EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

En algunos momentos se planteó si esto suponía la desaparición de la idea de servicio público. En tal sentido se pronunció alguna doctrina, que consideró que debía abandonarse de forma definitiva dicha noción (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ[867]), mientras que otra parte de la misma entendió, sin embargo, que la idea de servicio público, aunque sujeta a una seria transformación seguía perviviendo (en España, MUÑOZ MACHADO[868]; en Latinoamérica, CASSAGNE[869]).

Es esta última postura la que se ha impuesto en la práctica, y hoy es un lugar común en la doctrina hablar de la existencia de un nuevo servicio público (ARIÑO ORTIZ[870], RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ[871]). Si bien, hay algunos autores que siguen con-

[867] MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: <<La regulación económica en España>>, en El nuevo servicio público. Marcial Pons, 1997. Pág. 209.

[868] MUÑOZ MACHADO, S.: Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Civitas. Madrid, 2004. Págs. 1130 y sigs.

[869] CASSAGNE, J. C.: "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en Administración Pública y Economía. INAP. Madrid, 2001. Pág. 12.

[870] Señala ARIÑO ORTIZ que "el viejo concepto de servicio público –monopolítico, igualitario, de mínimos, uniforme- ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda: hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica". Servicio público y servicio... Pág. 762.

[871] Señala J. RODRÍGUEZ-ARANA que "la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada". "La vuelta al Derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)", en Revista de Derecho 7 (2005). Pág. 89.

siderando que los mercados regulados no son un supuesto de servicio público, sino simples actividades reglamenadas (SALA ARQUER[872], MARTÍNEZ GARCÍA[873]).

En nuestra opinión, para entender el nuevo papel que corresponde al servicio público deben distinguirse entre dos grandes significados que se han atribuido tradicionalmente a dicho término y que deben ser diferenciados:

a) Por un lado, con dicho término se hacer referencia a una actividad en la que, dada su especial importancia social, su correcta prestación debe estar asegurada, tanto si el mercado está interesado en prestarla como si no lo está.

b) Por otro, se designa también con esa expresión a una actividad sujeta a un régimen jurídico peculiar, en el sentido de que está sometido a una intervención especialmente intensa, mayor que la que normalmente incide sobre una actividad.

Al primer concepto es, en nuestra opinión, a lo que se refiere los términos servicio esencial, o las expresiones propias del Derecho comunitario de servicio de interés general o de servicio universal.

[872] Considera SALA ARQUER que "la noción de <<servicio público objetivo>> supone la confusión entre dos conceptos –y dos regímenes jurídicos- perfectamente diferenciados y asentados en España, como son el servicio público y la actividad reglamentada, que no hay necesidad alguna de asimilar". A ello añade que la "tesis del resurgir del servicio público, entendido como una única realidad, que se puede articular en una vertiente funcional –el <<servicio público objetivo>>- y otra orgánica –el servicio público en régimen de reserva o <<publicatio>>- no parece muy acorde con la distinta posición jurídica –ante la Administración y ante terceros- propia de una empresa concesionaria y de una empresa de servicios liberalizados". Las concesiones de... Págs. 16 y 21.

[873] Considera C. MARTÍNEZ GARCÍA, refiriéndose a las telecomunicaciones, que se trata de una intervención a través de técnicas de policía administrativa, que convierten dicho sector en una simple actividad reglamentada. La intervención administrativa de las Telecomunicaciones. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2002. Pág. 193.

Las actividades que tienen este carácter pueden estar sujetas a una intervención especialmente intensa o pueden no estarlo, pues cabe perfectamente que se presten por el mercado competitivo si éste lleva a cabo su provisión en condiciones adecuadas.

Esto supone que estas actividades pueden ser o no servicios públicos, esto es, pueden estar sujetos a una intervención pública especialmente intensa o no estarlo. En realidad, sólo lo estarán si hay un fallo de mercado, es decir, si el mercado no los presta directamente.

Nótese que las actividades liberalizadas no han perdido su carácter de servicios esenciales o servicios de interés general, que siguen conservando. Lo que ocurre tan sólo es que son servicios de interés general o servicios universales prestados por el mercado en gran parte, pues no es necesaria una intervención pública especialmente intensa para que funcionen adecuadamente.

Sólo algunos de estos servicios de interés general o servicios universales son al mismo tiempo servicios públicos, en cuanto al no funcionar correctamente en un régimen de mercado están sujetos a una intervención especialmente intensa.

Debe tenerse en cuenta que esa intervención pública especialmente intensa que es el servicio público se debe poner en marcha no sólo cuando el mercado no presta esos servicios, sino también cuando no lo hace en condiciones adecuadas, esto es, no funciona con arreglo a los principios clásicos del servicio público (igualdad, regularidad y mutabilidad). Estos parámetros que son las exigencias mínimas que se deben satisfacer por un servicio esencial, son la medida de la necesidad del servicio público, sino se ven satisfechas es necesario intervenir ese servicio esencial, convirtiéndolo en un servicio público, para que funcione en las condiciones que exigen estos principios.

Conviene aclarar una cuestión, hasta ahora hemos dicho que una actividad es servicio público cuando está sujeta a una in-

tervención especialmente intensa. La cuestión es, entonces, determinar hasta que punto debe llegar esa intervención. Éste es, sin duda, el punto donde la noción de servicio público adquiere una mayor complejidad, habiéndose dado múltiples teorías al respecto. Si bien podemos distinguir dos grandes tesis típicas que son las que tienen una mayor difusión:

a) Tesis subjetiva: son servicios públicos tan sólo las actividades asumidas por los Poderes Públicos. La variante más difundida en el Derecho español es la que considera que servicio público lo son tan sólo aquellos sectores en los que la Administración asume la titularidad mediante un acto de publicación o *publicatio*.

b) Tesis objetiva: considera que son servicios públicos aquellas actividades que son sometidas a una regulación especialmente intensa, aunque no sean asumidas por un poder público[874].

Los recientes desarrollos y transformaciones que ha experimentado la teoría del servicio público han llevado a la imposición de la tesis objetiva. El problema de este tipo de tesis es que resulta muy difícil definir el servicio público, porque toda actividad es en mayor o menor medida intervenida por los poderes públicos[875].

En nuestra opinión, el factor que sirve para diferenciar lo que es servicio público de lo que no lo es, es la ruptura de las reglas de la competencia competitiva. De tal forma que habría servicio público cuando una actividad o prestación queda sujeta a un régimen peculiar de prestación en el que se combinan especiales obligaciones y privilegios.

[874] Sobre la distinción entre tesis objetivas y subjetivas puede verse: MONTAÑA PLATA, A.: El concepto de servicio público en el Derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición, 2005. Págs. 163-170.

[875] VEDEL, G.: Derecho administrativo. Traducción de la sexta edición francesa de 1976 realizada por J. Rincón Jurado. Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 72.

Así, por un lado, la obligación de satisfacer intereses públicos que el mercado no está dispuesto a satisfacer porque no son rentables. Lo que tiene como contrapartida, por otro lado, el establecimiento de especiales derechos o privilegios que compensan de esa carga. Por ejemplo, financiación pública, explotación en exclusiva de un monopolio, recepción de fondos que se exigen a todos los operadores del mercado.

Se debe distinguir de la actividad de servicio público las simples imposiciones de restricciones a través de la policía administrativa. En este caso nos encontramos con limitaciones que se imponen a los operadores que operan en un sector, actuando así como una condición para operar en el mismo, pero sin excluir, por ello, el régimen de mercado.

Compárese estos dos ejemplos:

a. El supuesto de una empresa a la que se encomienda prestar un servicio de cafetería en un establecimiento público a un precio reducido y cubriendo un horario determinado (produzca beneficios o no). Recibiendo a cambio el beneficio de explotar en exclusiva los servicios de cafetería dentro de ese recinto público.

b. Obligación que se impone a todas las personas que quieran poner un bar, de acondicionar determinados espacios o mantener determinadas condiciones de higiene.

Se puede observar como en el primer caso se trata de un servicio público. El empresario sabe que está sujeto con unas especiales obligaciones para satisfacer el interés público, pero a cambio se le sitúa fuera del mercado, se le elimina la competencia.

En el segundo caso, sin embargo, es una simple limitación de policía administrativa. Tan sólo se trata de unas condiciones que debe cumplir si quiere entrar en el mercado. Si así lo hace está sujeto a las reglas de éste. Si obtiene beneficios gana, sino

pierde. Pero no disfruta de ninguna medida que le exima del funcionamiento competitivo del mercado[876].

Otro elemento característico de los mercados regulados, al que conviene hacer referencia, es que la intervención pública se lleva a cabo en ellos a través de técnicas de regulación. Con este término no se hace referencia a la simple elaboración de normas que disciplinen un mercado, sino a un seguimiento continuo de un sector, a fin de salvaguardar su correcto funcionamiento.

Esta actividad de regulación se lleve a cabo a través de unos órganos que revisten el carácter de Administraciones Independientes, y que se encargan específicamente de la regulación de ese sector. La introducción de este tipo de entes, más propios del Derecho norteamericano que del europeo, responde a diversos motivos.

En primer lugar, podemos distinguir diversos motivos que llevan a que se atribuya a un órgano específico de la Administración, y no a la Administración general:

a) La especialización, en cuanto se trata de regular actividades muy tecnificadas, para lo que se requiere un alto grado de conocimientos y de experiencia acerca del funcionamiento de ese sector.

b) Se trata de una labor de seguimiento continuo, que puede desarrollar mejor un ente que asume específicamente dicha función, que la Administración general.

Existen, por otro lado, una serie de motivos que aconsejan que esa regulación se encomiende a una Administración Independiente:

[876] Un análisis más amplio y detenido de esta manera de concebir el servicio público se puede encontrar en SENDÍN GARCÍA, M. A.: Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos. Comares. Granada, 2003. Y del mismo autor, Regulación y servicio público. Comares. Granada, 2003.

a) Asegura que se lleva a cabo una gestión técnica por expertos, sin interferencias políticas. Esto es muy importante para estos sectores altamente susceptibles por su importancia de ser objeto de un tratamiento partidista, que se olvide de lo que exige para ellos el interés público[877].

b) Permite regulaciones a largo plazo y una mayor estabilidad, al no verse perjudicada por la persecución de intereses electoralistas inmediatos.

c) Facilita la separación entre regulador y prestador del servicio. Lo que es importante en sectores donde anteriormente había un operador dominante, muy vinculado a los poderes públicos.

Este planteamiento, no obstante, queda en entredicho en algunos aspectos en el Derecho español, en cuanto no se atribuyen todas las competencias de regulación a estos órganos específicos, sino que se atribuyen también competencias en este sentido a otras instancias. Lo que determina que los poderes públicos no pierdan realmente las facultades de controlar políticamente ese sector.

Como contrapartida, la utilización de este tipo de órganos genera un gran inconveniente: la posibilidad de que se produzca lo que se conoce como captura del regulador. Se puede definir ésta como una disfunción en los objetivos perseguidos por el regulador, de tal forma que en vez de perseguir éste la satisfacción del interés público al que debe servir, persigue otros intereses distintos[878].

[877] JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico. INAP. Madrid, 1987. Pág. 340.

[878] BALDWIN, R.; CAVE, M.: Understanding Regulation. Oxford, 2002. Pág. 36. DE LA CRUZ FERRER, J.: La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico (con la colaboración de E. Pérez Fernández). Marcial Pons. Madrid, 1999. Pág. 68.

Esta distorsión tiene su origen en la existencia en el regulador de internalidades. Se entiende por tales los intereses egoístas del regulador, distintos del interés público al que debe servir[879]. Estas internalidades se derivan del hecho de que el regulador sea una persona física, dotada de sus propios objetivos y aspiraciones (continuidad en el cargo, promoción política, promoción profesional en los sectores regulados, etc.). La obtención de estos objetivos puede hacer que su acción se desvié, olvidándose del interés públicos y poniéndose al servicio de aquellos que puedan ayudarle a dar satisfacción a estos intereses egoístas.

Esa captura se pude dar a favor de tres tipos de sujetos diferentes:

a) A favor de los empresarios regulados.

b) A favor del Gobierno o las fuerzas políticas en general[880].

c) A favor de los consumidores y usuarios de ese sector[881].

Ya hemos dicho anteriormente que estas entidades reguladoras son Administraciones Independientes. Debemos, no obstante, precisar cual es el grado de independencia del que deben estar dotadas.

En realidad, es equivoco hablar de independencia, pues se trata únicamente de un simple autonomía reforzada[882], pero sin llegar a ser la independencia propia de un Tribunal, sigue siendo un órgano administrativo, si bien la subordinación jerárquica a la que están sujetos normalmente este tipo de entidades aparece atenuada, disfrutando, en consecuencia, de una autonomía reforzada.

[879] WOLF, CH.: Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas. Traducción de J. J. F. Cainzos, de la segunda edición inglesa de 1993. IEF. Madrid, 1995. Págs. 69-72.
[880] DE LA CRUZ FERRER: Principios de regulación... Págs. 178-179.
[881] VISCUSI; VERNON; HARRINGTON: Economics of regulation… Pág. 13.
[882] BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes", en Etudes et Documents 52 (2001). Págs. 414-415.

Esta autonomía se manifiesta en un doble plano: orgánico y funcional. La autonomía orgánica hace referencia a la organización y articulación del órgano; mientras que autonomía funcional hace referencia a su funcionamiento. Ambos aspectos se hallan, no obstante, estrechamente unidos.

En lo que se refiere a la autonomía orgánica, se concreta en un conjunto de medidas:

a) Un régimen de inviolabilidad para sus dirigentes, que sin alcanzar las garantías que en tal sentido tienen jueces y tribunales, les da una estabilidad reforzada, y que se concreta en los siguientes elementos:

   - Que desarrollen sus funciones durante un mandato fijo previa y expresamente establecido por el ordenamiento jurídico.

   - Que ese mandato no coincida con el ciclo electoral.

   - Que sólo se pueda remover a los dirigentes durante ese mandato por alguna de las causas establecidas expresamente en el ordenamiento jurídico[883].

   - Que no se sustituyan todos los miembros de la Comisión de una vez, sino de forma parcial cada cierto tiempo, evitando así que el partido mayoritario pueda monopolizar su composición.

b) También que se establezcan un conjunto de garantías en su nombramiento y elección:

   - Que sean seleccionados entre personas de reconocido prestigio y amplia experiencia y conocimiento del sector regulado[884].

[883] DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 135.

[884] ARIÑO ORTIZ, G.: "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional", en Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo. Tomo I. Madrid, 1993. Pág. 70.

- Que ese nombramiento se produzca en el marco de un procedimiento que garantice el pluralismo.

- Que constituya un órgano colegiado, evitándose de este modo personalizar la regulación en una única persona[885]. Si bien esto abre el riesgo de que se convierta en un reparto de cuotas de poder entre las fuerzas políticas[886].

- Fijar un conjunto de incompatibilidades, particularmente asegurar que no se va a producir el nombramiento de personas contaminadas políticamente[887].

c) Establecimiento de prohibiciones que impidan una vuelta inmediata del regulador al sector regulado[888].

En cuanto a la autonomía funcional, se traduce en esencia en las siguientes garantías:

a) Que cuenten con poderes suficientes para desarrollar sus funciones. Lo que debe comprender:

   - Independencia financiera, lo que implica que cuente con recursos propios, para que no quede estrangulada económicamente, ni tenga que depender financieramente de la Administración General. Así como que tenga autonomía suficiente para poder gestionar su presupuesto[889].

[885] PROSSER, T.: Law and the regulators. Clarendon Press. Oxford, 1997. Pág. 299.

[886] LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: "Agencias administrativas reguladoras", en Administración Pública y Economía. INAP. Madrid, 2001. Págs. 48-49.

[887] BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "Las Administraciones Independientes. Los entes reguladores de los mercados y protección de los derechos", en La Administración Pública Española. INAP. Madrid, 2002. Pág. 611.

[888] CANANEA, G.: "Le réglementation des services publics en Italie", en Revue Internationale des Sciences Administratives 68 (2002). Pág. 98.

[889] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: "Reflexión preliminar" al libro de M. A. Lasheras. La regulación económica de los servicios públicos. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 6.

- Estas entidades ejercen funciones de naturaleza diversa, que comprende tareas propias de los tres poderes del Estado, de tan forma que van a ejercitar no sólo tareas ejecutivas, sino también cuasi-judiciales y cuasi-legislativas. Esto supone que van a recibir potestades muy diversas entre las que se incluyen, además de las típicas facultades de policía, poderes normativos y sancionadores.

b) No pueden recibir ordenes, instrucciones o directivas de los órganos generales del ejecutivo[890].

c) Sus decisiones deben poner fin a la vía administrativa, no debiendo poder ser objeto de recurso de alzada[891].

d) No perjudica su independencia el control judicial de sus decisiones. Dicho control corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-administrativa cuando ejerzan potestades administrativas y a la jurisdicción ordinaria en otro caso.

   No obstante, ese control judicial va a encontrarse muy dificultado por dos grandes obstáculos: a) la habitual lentitud de los procesos judiciales; b) falta de especialización.

   En todo caso, parece evidente que el órgano regulador va a estar dotado de un alto grado de discrecionalidad técnica, de difícil control judicial. Pues en caso contrario el tribunal podría convertirse en el verdadero regulador[892].

e) Debe operar a través de un procedimiento prefijado, que garantice la transparencia de su actuación y la participación de los sectores afectados.

[890] DEDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 134.
[891] LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias administrativas... Pág. 49.
[892] CANANEA: La réglementation des... Pág. 99.

V
ESTRUCTURA DE LOS MERCADOS REGULADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Una vez que hemos examinado las características generales del modelo de regulación, debemos analizar los elementos característicos que permiten el funcionamiento del sistema.

Para ello, debemos distinguir tres tipos de actuaciones. La primera es la adopción de un conjunto de medidas dirigidas a la liberalización del sector, se trata, con ellas, de convertir los antiguos servicios públicos en mercados liberalizados. En segundo y tercer lugar, la adopción de dos tipos de medidas de regulación, las primeras van dirigidas a permitir que se desarrolle la competencia en la parte competitiva del mercado, mientras que la segundas tratan de lograr dar satisfacción a los intereses públicos que el mercado no va a satisfacer por si mismo[893].

5.1 Liberalización del sector

El primer grupo de medidas que permiten la existencia de los mercados regulados es la puesta en marcha de un proceso de liberalización. Como ya sabemos, en dichos mercados se había restringido, mediante diversas formulas, casi siempre mediante un acto de *publicatio*, la libertad de empresa, de tal forma que no funcionaban en un régimen de mercado. La liberalización es el proceso mediante el cual se adoptan las medidas necesarias para eliminar las barreras estatales que impedían el funcionamiento competitivo en ese mercado.

[893] Un análisis más detallado de este método de prestación de servicios públicos se puede encontrar en SENDÍN GARCÍA: Regulación y servicio...

No obstante, debe tenerse en cuenta que esa liberalización no es total, sino parcial, pues, como ya sabemos, se va a extender tan sólo a una parte de estos mercados, mientras que otras van a seguir sujetas a un régimen públificado.

La primera de estas medidas es, obviamente, remover las barreras que impiden la entrada en ellos. Esto supone que se pasa de un sistema de concesión (que transfiere la facultad de desarrollar esa actividad) a una autorización (que remueve los obstáculos que impiden el ejercicio del derecho preexistente a realizar dicha actividad)[894].

Si bien, en ocasiones, el número de autorizaciones está muy limitado por la existencia de restricciones físicas que impiden la existencia de un número ilimitado de empresarios que operen en ese sector. A lo que se añade que, como señala SOUVIRÓN MORENILLA, en algunos casos, se dota a esas autorizaciones de un contenido regulatorio más denso, al que se condiciona su efectividad. Por lo que se llega, desde técnicas diferentes, a resultados similares[895]. Esto ha llevado a que se critique que se pueda estar sujetando, de forma encubierta, a quienes ejercen libremente una actividad a un estatuto jurídico similar al de un concesionario, con las cargas y deberes de éste, pero sin sus derechos[896].

Esto supone que los empresarios no gozan tan sólo de un interés legítimo a desarrollar esa actividad, sino de un auténtico derecho a desarrollarla.

[894] MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: La regulación económica... Págs. 237-239. CASSESE, S.: La nuova Constituzione economica. Laterza. Roma. Segunda reimpresión de la segunda edición, 2001. Págs. 86-87.

[895] SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: "Garantías Jurídico-Públicas y Estado Regulador: reflexiones al hilo de las últimas medidas de liberalización económica", en Persona y Estado en el umbral del siglo XXI. Malaga, 2001. Págs. 802-803.

[896] SALA ARQUER: Las concesiones de... Págs. 15-16.

La liberalización supone, igualmente, el reconocimiento de las libertades básicas que rigen en una actividad competitiva: la de fijar los precios y libertad de contratación[897].

5.2 Medidas dirigidas a la protección de la competencia

La mera liberalización no es suficiente para lograr que estos mercados funcionen de manera competitiva, sino que es preciso llevar a cabo una completa reestructuración que la haga posible[898], pues, de no llevarse a cabo ésta, lo más probable es que el monopolista público sea sustituido por un monopolista privado.

Esta labor es especialmente compleja, pues va a contar con la oposición del antiguo monopolista, que va a intentar no perder su dominio sobre el sector[899], e incluso de los propios poderes públicos, temerosos de perder sus facultades de control sobre servicio tan esenciales[900].

Nótese que, si en el grupo anterior (medidas de liberalización) se trataba de eliminar los obstáculos jurídicos que los poderes públicos imponían para impedir el desarrollo de mercado, aquí se trata de evitar la existencia de medidas fácticas, mediante las cuales los sujetos operadores en el sector podrían acabar con la competencia en el mercado.

En primer lugar tenemos que hacer referencia a la separación entre actividades competitivas y no competitivas (*undbulding*).

[897] ARIÑO ORTIZ, G.: "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", en El nuevo servicio público. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 29.

[898] 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. Marcial Pons, 1998. Págs. 65-68. DE LA CRUZ FERRER, J.: Principios de regulación económica en la Unión Europea. IEE. Madrid, 2002. Pág. 230. LASHERAS, M. A.: La regulación económica de los servicios públicos. Ariel. Barcelona, 1999. Págs. 141-142.

[899] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: La desregulación de... Pág. 68.

[900] DE LA CUÉTARA, J. M.; CARBAJALES, M.. "Privatizaciones. El porqué y el cómo de los procesos de liberalización", en Iuris 52 (julio-agosto de 2001). Pág. 28.

Este tipo de medidas tiene su origen en la convivencia en los mercados regulados de áreas de actividad sujetas a un régimen jurídico diferente: por un lado, tenemos un conjunto de actividades que están sujetas a un régimen publificado o de no mercado y otros sujetos a régimen competitivo o de mercado.

Esto supone que va a haber un conjunto de sectores en los que, al regir un régimen de servicio público, se van a disfrutar de un conjunto de privilegios o beneficios de carácter económico dirigidos a compensar las obligaciones de servicio público o interés público que se imponen a quienes las desarrollen (subvenciones públicas, derechos de exclusiva, etc.).

No sería esto problemático si no fuese porque existe la posibilidad de que un mismo sujeto desarrolle actividades de ambos tipos, esto es, que desarrolle al mismo tiempo actividades reguladas y no reguladas.

Lo que genera el riesgo de que el empresario que disfrute de estas ventajas abuse de ellas, y trate de hacer uso de las mismas en la parte competitiva del mercado, impidiendo la existencia de verdadera competencia en el mismo. Concretamente, puede dar lugar a subvenciones cruzadas, esto es, a la utilización de ventajas económicas atribuidas para sufragar los costes que ocasione la labor de servicio público, para obtener una ventaja competitiva en la parte competitiva del mercado.

Para evitar que este efecto se produzca, hay que adoptar medidas que neutralicen los efectos que puedan tener los privilegios concedidos en el área no competitiva en la parte competitiva del mercado, estableciendo una separación efectiva entre ellos. A esta separación de actividades competitivas y no competitivas es a lo que denominamos *unbundling*[901].

[901] SIMON, D.: "Les mutations de services publics du fait des contraintes communautaires", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché. La documentation Française. París, 1998. Pág. 82. ROUVIER-MEXIS, C.: "Service public ou service rendu au public", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché II. La documentation Française. París, 1998. Pág. 134.

Esta separación puede llevarse a cabo con distintos niveles de intensidad:

a) En su versión menos rígidos supone una simple separación contable, que obliga a llevar cuentas separadas de las actividades publificadas y de las competitivas. Se trata con ello de que se lleve a cabo una gestión transparente, que impida las subvenciones cruzadas entre esos sectores.

b) Más rigor alcanza si se exige una separación funcional, esto es, que las actividades no competitivas y las competitivas sean llevadas a cabo por recursos personales y materiales distintos.

c) Un nivel superior sería la separación jurídica, que obliga a que cada actividad sea llevada a cabo por una empresa específica, dotada de personalidad jurídica propia, sin perjuicio de que ambas empresas pertenezcan a un mismo *holding* o grupo empresarial que las controle a ambas.

d) Separación de propiedad, es la versión más rígida y exige que la actividad se desarrolle a través de empresas independientes, que no dependan las unas de las otras[902]. Si bien algunos autores se manifiestan de forma crítica ante esta posibilidad, en cuanto puede perjudicar la formación de un sector empresarial nacional fuerte, que pueda ser competitivo a nivel internacional (CABALLERO SÁNCHEZ)[903].

Para que exista verdadera competencia es preciso también que se establezca la oportuna separación entre operador y regulador[904]. Ya sabemos que la transformación de los viejos servicios

[902] DE LA CRUZ FERRER: Principios de regulación... Págs. 143-144.
[903] CABALLERO SÁNCHEZ, R.: Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos. INAP. Madrid, 2003. Pág. 131.
[904] PAGE, A. C.: "Member States, Public Undertakings and article 90", en European Law Review 7 (1982). Pág. 21.

públicos monopolísticos en sectores regulados no impide que siga perviviendo la intervención y control públicos sobre estos sectores.

El ejercicio de estos poderes se debe llevar a cabo desde el principio de neutralidad, esto es, no deben tomar partido a favor ni en contra de ninguno de los operadores del mercado. Téngase en cuenta que si esto ocurriera no sería posible la competencia, pues el regulador, en cuanto arbitro y, en cierto modo, director del funcionamiento de ese mercado, podría diseñar el funcionamiento del mismo a la medida del interés del operador que quisiera privilegiar, dotándole de una situación de preeminencia (posición dominante) que le permitiría acabar con sus competidores.

Si en la separación de actividades lo que se trata de evitar son las distorsiones que pueden producir ventajas económicas, con la separación entre operador y regulador lo que se trata de evitar es las distorsiones que produciría el ejercicio de las funciones públicas que se ejercitan en ese mercado. Siendo indiferente que éstas las ejercite una Administración pública o un sujeto privado, en realidad la acumulación de las tareas de regulador y operador se pueden dar en dos supuestos:

a) Cuando los poderes públicos actúan en la actividad de prestación, bien directamente o a través de un órgano personificado.

b) Cuando se atribuye el ejercicio de las funciones públicas de regulación a un empresario privado[905].

Por último, es imprescindible para que exista verdadera competencia en los mercados regulados que se garantice el acceso a la red.

[905] LANGODET, F.: "La dissociation des fonctions su sein du service universel", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché II. La documentation Française. París, 1998. Págs. 259-260.

Una de las más destacadas características de algunos de los nuevos mercados regulados es la existencia en ellos de redes que tienen el carácter de infraestructuras o facilidades esenciales. Se entiende por tales aquellas infraestructuras sin las cuales un empresario no puede acceder al mercado. Lo que supone que se definen por dos notas: a) son indispensables para prestar el servicio; b) la imposibilidad o al menos extraordinaria dificultad para duplicarlas[906].

Tradicionalmente, como ya habíamos visto, la necesidad de este tipo de redes se entendía que conducía a la gestión monopolística del servicio. Hoy en día, los avances tecnológicos han modificado esta situación. De tal forma que en la actualidad se puede prestar de forma competitiva los servicios a través de la red. Ahora bien, eso no impide que la gestión de la red siga siendo un monopolio natural. Hay que distinguir, por tanto, entre la gestión de la red, que es una actuación monopolística y publificada, y la prestación de servicios a través de la misma que es una actividad competitiva[907].

Debe tenerse en cuenta otro factor: la empresa que controla la infraestructura goza de un posición dominante, que le permite dominar el mercado. De tal forma que si se negara de forma injustificada el acceso a la red de una empresa estaría cometiendo un abuso de posición dominante.

De la combinación de estos dos factores se deriva que la liberalización no exige la duplicación de la red, que sería una actuación económicamente injustificada mientras la red tenga capacidad, sino tan sólo su gestión autónoma, que garantice el acceso en condiciones adecuadas y no discriminatorias de todos los em-

[906] GLAIS, M.: "Facilités essentielles: de l'analyse économique au droit de la concurrence", en Etudes et Documents 53. Pág. 404.

[907] PERROT: Dereglementation et service... Págs. 165-166. GLAIS: Facilités essentielles… Pág. 412.

presarios que prestan su servicio en el mercado[908]. El acceso a la red está, por ello, regulado, de tal forma que la negación del misma debe ser motivada y será objeto de control objetivo. Con ello se pretende, como señala VILLAR ROJAS, sujetarla a "un régimen especial de utilización basado en un principio general: la neutralidad competitiva", que "persigue que la titularidad de esta clase de bienes no distorsione las condiciones de la competencia, ni confiera a su titular una ventaja competitiva injustificada frente a otros operadores"[909].

El acceso no es gratuito, debe ser retribuido, pero se debe permitir en condiciones adecuadas, de tal forma que se debe cobrar por el acceso un precio que esté justificado económicamente. Dicho precio debe permitir un beneficio razonable no excesivo, que permitiría el abuso por parte del gestor de la red de su posición dominante; pero tampoco exiguo, pues acabaría afectando a la calidad del servicio de red, tarde o temprano.

La gestión de la red se encomienda en ocasiones a un órgano público, pero en otros a un sujeto privado, en cuyo caso estaremos ante una red privada afectada a un uso público, que viene a constituir una suerte de ejercicio privado de funciones públicas, sin que impida que siga estando sujeto a un régimen publificado. Esta última posibilidad ha sido criticada por algunos autores, que consideran que la propiedad pública garantizaría mejor el interés público (CABALLERO SÁNCHEZ)[910].

En algunos casos se establecen limites al capital máximo en el gestor de la red, para evitar que pueda ser dominado por un único empresario o varios concertados, dominando así el mercado.

[908] JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: Obras publicas e iniciativa privada. Montecorvo. Madrid, 1998. Págs. 215-216.

[909] VILLAR ROJAS, F. J.: Las instalaciones esenciales para la competencia. Comares. Granada, 2005. Pág. 138.

[910] CABALLERO SÁNCHEZ: Infraestructuras en red y... Pág. 247.

Debe existir separación de actividades entre la gestión de la red y la actividad que se realice como operador, para evitar que se generen subvenciones cruzadas[911].

5.3 Regulación dirigida a satisfacer las necesidades de interés público que el mercado no satisface por si sólo

Nos queda, por último, por examinar un tercer tipo de medidas: la satisfacción de los intereses públicos que el mercado no está dispuesto a cumplir. Se viene a resolver con ello un fallo de mercado, en cuanto se trata de necesidades no prescindibles pero a las que un mercado en competencia no va a dar respuesta, sin que sea posible tampoco generar competencia que les de satisfacción.

Esto son los supuestos en que existe verdaderamente servicio público, dando lugar al peculiar régimen de privilegios y cargas al que nos referimos en su momento. No lo son y no quedan comprendidas aquí aquellas prestaciones que son servicios esenciales, servicio universal o de interés general que:

a) Son prestadas por el mercado en competencia, en cuyo caso serían simplemente actividad empresarial realizada en ejercicio de libertad de empresa.

b) Las que se encomienda su prestación obligatoria a todos los operadores o a todos los operadores que tengan determinadas características objetivas, en este caso se trata de una simple limitación de policía administrativa, que opera como un limite a la libertad de empresa, pero sin excluir ésta, pues es simplemente una condición más para operar en el mercado, que todo operador debe cumplir.

[911] GLAIS: Facilités essentielles… Págs. 414-415.

La diferencia entre estos dos supuestos y los que nos ocupan en este momento se pueden observar claramente en su financiación, pues nos muestran como unas y otras están sujetas a un régimen jurídico diferente. Los dos supuestos antes vistos no dan derecho a compensación alguna, sin embargo, cuando hay servicio público si que la hay, porque debe compensarse al empresario o empresarios que la prestan de los sobrecostes que ocasiona su realización.

En los mercados liberalizados, al coexistir estas actividades con actividades competitivas, debe evitarse que existan subvenciones cruzadas, que perviertan la competencia.

Esta financiación se puede organizar de tres formas: mediante la creación de derechos de exclusiva y la compensación entre sectores rentables y no rentables; mediante ayudas públicas; mediante la creación de mecanismos de distribución de costes entre los operadores del sector[912]. Veamos brevemente cada uno de ellos.

a) Establecer derechos de exclusiva, de tal forma que se compensen los sobrecostes que ocasione el servicio público, con los beneficios derivados del derecho de exclusiva. Se permiten, con ello, las subvenciones cruzadas, pero sólo para compensar el servicio público. No cabría utilizar los beneficios del sector reservado, sin embargo, en el sector competitivo, pues sería una subvención cruzada. Es, no obstante, una forma de financiación poco adecuada para los mercados liberalizados, aunque en algunos casos se mantiene[913].

[912] MARCCHESOU, P.: "Les modes de financement du service universel existants et retenus par le Droit communautaire", en Service public et Communauté européenne: entre l'intérêt general et le marché. La documentation Française. París, 1998. Págs. 289-294.

[913] VIRGALA FORURIA, E.: "Servicios públicos y servicios de interés económico general en la Unión Europea", en Revista de Estudios Europeos 27 (2001). Pág. 65.

b) Mediante ayudas públicas. Se trata simplemente de la concesión por parte del Estado de ventajas económicas de cualquier tipo (como por ejemplo una subvención) que compensen los sobrecostes que ocasiona la prestación del servicio.

c) Mediante un fondo de compensación, que se nutre fundamentalmente de las aportaciones de los empresarios que operar en el sector, con dicho fondo se compensa al prestador del servicio por los sobrecostes que le haya ocasionado su realización.

LAS AGENCIAS REGULADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

I
INTRODUCCIÓN

Muchas y muy variadas mutaciones ha experimentado el Derecho administrativo durante los últimos años. No es algo que genere extrañeza, pues es la nuestra una disciplina que lleva el cambio marcado en la piel[914]. En cuanto realidad estrechamente ligada a la Sociedad a la que sirve, la Administración es un sujeto expuesto a un continuo proceso de transformación, un eterno intento de adaptación a una realidad voluble y multiforme que se resiste a ser gobernada[915].

No han sido los últimos tiempos, además, parcos en novedades. Es innegable que el tránsito hacia nuevas estructuras sociales,

[914] Como indica S. MUÑOZ MACHADO, 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". Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. Civitas. Madrid, 2004. Pág. 82.

[915] Señala C. MANUEL 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 FLAVIO ESCORCIA, J.: Derecho Administrativo. León. Nicaragua, 2002. Pág. 4.

políticas y económicas es una realidad presente en mayor o menor medida en toda etapa histórica, pero también lo es que hay momentos en que se experimentan transformaciones de mayor calado, que suponen un replanteamiento drástico del modo de entender las cosas.

Los tiempos actuales parecen destinados a ser uno de esos momentos históricos. Los avances técnicos y científicos, especialmente en el campo de la información y la genética, han hecho al mundo girar muy deprisa, dejando atrás muchos dogmas, hasta hace poco considerados como inmutables, y hoy relegados al desván de los trastos viejos.

El Derecho en general, y el Derecho administrativo en particular, se han visto obligados a buscar soluciones para nuevas realidades que los viejas instituciones jurídicas se ven incapaces de encauzar. El cambio social ha generado, en definitiva nuevos retos, cuya superación requiere de nuevos instrumentos jurídicos[916].

La aparición de las Agencias Reguladoras de servicios públicos en Europa e Hispanoamérica entran de lleno en esta problemática. No son ciertamente una novedad absoluta en el mundo jurídico. Es de sobra conocido que estas instituciones han jugado desde antiguo un relevante papel en el Derecho Norteamericano. Pero eso no impide que constituya una rotunda novedad la amplia expansión internacional que han experimentado en los últimos años.

Un proceso imposible de entender sin tener en cuenta, por un lado, los procesos de internacionalización jurídica y económica que han tenido lugar en los últimos años; y, por otro, la profunda incidencia

[916] 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". Administraciones públicas y Derecho privado. Marcial Pons, 1998. Pág. 13.

que los avances tecnológicos han producido en la gestión y comercialización de servicios públicos económicos. Especialmente evidente en el campo de las comunicaciones electrónicas, un mercado que ha sufrido una revolución, pero también en otros como el sector eléctrico, el mercado del gas o el propio ferrocarril.

En este modesto estudio, vamos a tratar de pasar revista a las razones que han llevado a su introducción, poniéndolas en contacto con los elementos que tratan de dar respuesta a esas necesidades y, como no, a las disfunciones y efectos negativos que su introducción puede conllevar.

II
LAS AGENCIAS REGULADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS: MOTIVOS DE SU EXPANSIÓN

Los muy variados argumentos que se pueden utilizar para defender la entrada en escena de las Agencias Reguladoras de servicios públicos, pueden reducirse a dos grandes razones, que engloban todas ellas: independencia y especialización.

Por lo que se refiere a la primera nota, independencia, pocas dudas caben acerca de su carácter estructural en las entidades que nos ocupan. En realidad, la Agencia Reguladora es una modalidad específica de una figura más amplia, la Administración Independiente, que constituye una de las más reseñables novedades que se han producido en el ámbito del Derecho público, durante los últimos años[917].

[917] Como señala E. GARCÍA LLOVET, "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". "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", en Revista de Administración Pública 131, mayo-agosto de 1993.

Tan ajena a la cultura jurídica europea como a la latinoamericana, estas entidades, de profunda raigambre en el Derecho estadounidense, se han instalado entre nosotros, parece ser que con un propósito duradero, para dar respuesta a un conjunto de cuestiones jurídicas de singular importancia. Esta implantación no asume, obviamente las dimensiones que reviste en Norteamérica, donde es el modo normal de administrar, pero ha calado, a pesar de operar únicamente en ámbitos muy concretos[918], de forma considerable en dos sectores especialmente relevantes, la defensa de algunos derechos fundamentales y la regulación de determinados sectores económicos[919].

Esta categoría de Administración independiente comprende una amplia gama de sujetos, de naturaleza y configuración muy diversa (hay quien ha dicho que no hay dos Administraciones independientes iguales[920]), pero susceptibles de tratamiento unitario, en cuanto reúnen las suficientes notas comunes para integrar un concepto[921].

Notas que encuentran unidad precisamente en su mal llamada independencia, pues en realidad no es más que una autonomía reforzada, con la que se logra que funcionen de forma neutralizada[922]. Primariamente respecto a las fuerzas políticas[923], pero también respecto a cualquier otro grupo de presión, bien burocrático o económico[924].

[918] GNES, M.: "The italian Independent Administrative Authorities: the Transplantation of an American Experience?", en European Public Law 1997-3. Pags. 38-39.

[919] A. BETANCOR RODRÍGUEZ las ha clasificado por ello en dos grandes grupos: entidades de regulación de mercados y de protección de derechos y libertades fundamentales. "L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes", en Etudes et Documents 52 (2001). Pags. 416-417.

[920] ÁLVAREZ GARCÍA, V.; DUARTE MARTÍNEZ, R.: Administración pública y electricidad. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 98.

[921] GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas... Pág. 94.

[922] GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: Curso de Derecho administrativo I. Octava edición. Madrid. Civitas,1997. Pág. 418.

[923] JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico. INAP. Madrid, 1987. Pág. 340.

[924] GNES: The italian Independent... Pág. 35.

Para lograr esa especial autonomía se adoptan un amplio elenco de medidas, examinadas en el próximo apartado, que no alcanzan a dotar a estos órganos de la independencia característica de los órganos judiciales, pues siguen siendo simples órganos administrativos, sujetos, como tales a control judicial[925].

La cuestión es, entonces, cuáles son las razones que obligan a que los entes que asumen funciones reguladoras asuman esta especial independencia que les convierte en Administraciones Independientes.

El primero de esos motivos, es que se trata de sectores especialmente sensibles, en los que concurren intereses públicos especialmente intensos, que conviven tras su conversión, fruto de los procesos de privatización y liberalización, en mercados en parte competitivos, con intereses privados.

La viabilidad del funcionamiento de estos mercados de naturaleza mixta, en parte públicos, en parte privados, pasa necesariamente por un correcto funcionamiento de la competencia. De hecho su propia existencia sólo puede ser entendida teniendo en cuenta que el papel que en ellos jugaba la intervención pública en etapa anteriores, que era el instrumento que garantizaba el funcionamiento de los mismos conforme a las condiciones que exigía el interés público, lo va a jugar ahora la competencia.

Ahora bien, esa sustitución de la intervención pública por la competencia, es una delicada operación, de complejidad extrema, que requiere como un elemento crucial de una correcta articulación de una entidad reguladora que supervise ese mercado. Ello es así porque, desarticulado el viejo sistema monopolístico que identificaba los viejos servicios públicos, quedarían libres dos elementos sumamente perturbadores del correcto funcionamiento de estos mercados: las fuerzas políticas y los grandes poderes económicos que operan en esos mercados.

[925] CANANEA, G.: "La réglementation des services publics en Italie", en Revue Internationale des Sciences Administratives 68 (marzo de 2002). Pág. 99.

Es más que probable que uno y otro tiendan en la práctica a perturbar el funcionamiento de estos sectores como mercados competitivos. Los poderes públicos, por un lado, tratarán de mantener el control sobre estos campos de actividad, que tienen un claro carácter estratégico, y son, por ello, una importante foco de poder, antes bajo su control, y que ahora escapa de sus manos.

No menor interés en burlar la competencia tendrán algunos intereses privados, particularmente el antiguo monopolista, que tratarán de evitar que esa importante fuente de ingresos escape de sus manos, e intentarán lograr, por ello, que lo que antes era un monopolio público se convierta en un monopolio privado.

La entidad reguladora, en cuanto sujeto neutralizado, en cierto modo independiente de los intereses políticos partidistas y de los poderes económicos, es, al menos teóricamente, la instancia más adecuada para impedir que esos grupos de interés impidan el funcionamiento del mercado de acuerdo a las reglas de la libre competencia, por un lado; y, por otro, que mejor garantiza la satisfacción de los intereses públicos que el mercado no va a poder satisfacer por sí sólo.

Es importante retener, no obstante, que esto no supone que la Agencia opere como un ente contrapuesto a los operadores y a los poderes políticos. La entidad reguladora actúa en defensa de todos los intereses presentes en el sector, y no sólo a favor de los de los consumidores, para lograr un correcto funcionamiento global del mismo. Tan dañoso puede resultar en la práctica una regulación que tenga presente tan sólo los intereses de los consumidores, como una favorable tan sólo a la de los empresarios que operan en el sector.

Piénsese, por ejemplo, en una política reguladora que obligara a actuar a los operadores bajo coste, tarde o temprano acabaría provocando un descenso de calidad en las prestaciones, cuando no una desatención del mercado, que acabaría perjudicando su correcto funcionamiento.

Otro factor que postula la regulación por parte de estos órganos es la necesidad de evitar una política reguladora favorable al operador nacional. Esta necesidad es especialmente intensa en la Unión Europea, donde la liberalización ha provocado el efecto de eliminar los viejos monopolios nacionales, que fragmentaban el mercado europeo, dando lugar a un auténtico mercado comunitario de servicios públicos, en el que operadores de los diversos países miembros compiten, de acuerdo al principio de igualdad de trato. Para evitar la tentación de beneficiar al operador nacional, frente al extranjero, se hace preciso establecer una separación real entre operador y regulador. Objetivo para el que las entidades reguladoras independientes, alejadas en gran medida del poder político, son de nuevo el instrumento más adecuado.

Por otra parte, las Agencias, alejadas de los intereses políticos, permiten dar una mayor estabilidad a estos mercados, y adoptar medidas reguladoras a largo plazo, cuando éstas son precisas. Algo que los poderes políticos, cuya actuación viene marcada casi siempre por objetivos electorales, que exigen la consecución de objetivos a corto plazo, no pueden conseguir.

El segundo factor que explica el éxito de las Entidades Reguladoras es su especialización. En cuanto constituyen instancias técnicas que operan, al menos presuntamente, desde un criterio no político, sino desde el juicio fundado de un experto, están dotadas de una nueva forma de legitimidad: legitimidad técnica[926].

Esta nota, cuestiona seriamente uno de los postulados estructurales del Derecho público tradicional, que entendía a la Administración como un sujeto falto de legitimación propia, que

[926] Como señala A. 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". Las Administraciones Independientes. Tecnos. Madrid, 1994. Pág. 29.

obtenía ésta tan sólo a través de la legitimación representativa indirecta de la que estaba dotado el gobierno[927].

Se trata, sin embargo, de un elemento imprescindible para el funcionamiento de los mercados regulados de servicios públicos. Por un lado, porque los sectores llamados a regular son ámbitos de actividad especialmente complejos y muy tecnificados, cuya dirección y supervisión requiere de un alto grado de conocimiento técnico y de experiencia práctica, que los órganos generales de la Administración no están en condiciones de satisfacer.

Por otro lado, la regulación a la que deben estar sujetos estos mercados, para garantizar su adecuado funcionamiento, requiere de un seguimiento continuo de los mismos, que sólo está en condiciones de llevar a efecto un órgano encargado específicamente de esas funciones.

III
MEDIDAS DIRIGIDAS A GARANTIZAR LA AUTONOMÍA Y ESPECIALIZACIÓN DE LAS ENTIDADES REGULADORAS

Para lograr que las Entidades Reguladoras actúen con la autonomía y capacidad técnica y profesional que les es propia deben de adoptarse un conjunto de medidas de carácter muy diverso.

En primer lugar, los directivos de las Entidades Reguladoras van a estar dotados de un Estatuto peculiar, que se aproxima en cierto modo al de jueces y magistrados, pero sin alcanzar la intensidad que alcanza para éstos, pues la Agencia no deja de ser, no lo olvidemos, un órgano administrativo.

[927] Véase al respecto, DESDENTADO DAROCA, E.: La crisis de identidad del Derecho administrativo, privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 136-137.

Concretamente se fija previa y expresamente un mandato fijo durante el que desarrollarán sus funciones. Durante ese mandato, que no puede coincidir con la duración del ciclo electoral, sólo podrán ser removidos de sus cargos por alguna de las causas previa y expresamente establecidas en su normativa reguladora. No pudiendo llevarse a cabo de una sola vez el relevo de todos los miembros de la Comisión, sino tan sólo de forma parcial[928].

En segundo lugar, se toman también una serie de cautelas en el nombramiento de estos directivos, que responden a un doble objetivo: por un lado, van dirigidas a garantizar la especialización y capacidad de los mismos; por otra, las dirigidas a asegurar su imparcialidad política.

Para garantizar los primero se deben fijar requisitos que garanticen que van a ser nombrados tan sólo entre profesionales de reconocida competencia y experiencia profesional en el sector de que se trate.

En orden a conseguir el segundo objetivo, se fijan un conjunto de incompatibilidades, que impidan que el nombramiento recaiga sobre personas comprometidas políticamente. A lo que se añade de su selección en un procedimiento que garantice el pluralismo, con la intervención de diferentes órganos públicos, particularmente del legislativo. Es también conveniente, que no se permita la renovación de los miembros de la Comisión, pues eso facilita que estos puedan ser presionados al finalizar su mandato[929].

[928] Véase SENDÍN GARCÍA, M. A.: Regulación y servicio público. Editorial Comares. Granada, 2003. Págs. 50 y sigs. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: "Agencias administrativas reguladoras", en Administración Pública y Economía. INAP. Madrid, 2001. Págs. 49 y sigs. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: "Reflexión preliminar", al libro de M. A. Lasheras: La regulación económica de los servicios publicos. Ariel. Barcelona, 1999. Págs. 6 y sigs. DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 135 y sigs.

[929] Véase ARIÑO ORTIZ, G.: "Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional", en Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo. Tomo I. Madrid, 1993. Págs. 70 y sigs. DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Págs. 135 y sigs. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "Las Administraciones independientes. Los entes reguladores de los mercados y protección de los derechos", en La Administración Pública Española. INAP. Madrid, 2002. Pág. 607 y sigs.

En tercer lugar, es preciso que la Entidad Reguladora cuente con una configuración específica, que refuerza su independencia. Así, es preciso que esté dotada de personalidad jurídica[930]. Es conveniente, igualmente, que constituya un órgano colegiado y no un órgano unipersonal, lo que impide que se personalice la responsabilidad de la regulación en una única persona, y dota a la Agencia de una pluralidad de perspectivas y de criterios[931].

No debe permitirse que esa composición plural permita un reparto entre las fuerzas políticas conforme a cuotas de poder[932]. Ni siquiera que su composición sea un reflejo de los distintos sectores o grupos implicados en el ámbito donde la Comisión ejerce sus funciones, que permita que los conflictos entre los distintos afectados se resuelva en la oscuridad de una negociación interna, sin participación ni transparencia[933]. Si bien, esto último no impide, más bien es deseable, que la Comisión cuente con órganos en los que estén debidamente representados los distintos actores afectados por la regulación, facilitando así el acceso de sus intereses a la Comisión[934].

En cuarto lugar, es preciso que estén dotados de un ámbito competencial propio y exclusivo[935]. Debiendo, además, contar con poderes suficientes para desarrollar debidamente esas funciones[936].

[930] TORNO MAS, J.: Las autoridades reguladoras de lo audiovisual. Marcial Pons, 1999. Pag. 73. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., en Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 43.

[931] PROSSER, T.: Law and the regulators. Clarendon Press. Oxford, 1997. Pág. 299. GARCÍA LLOVET: Autoridades Administrativas… Pág. 103. BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones independientes. Los entes... Pág. 608. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 48.

[932] LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Págs. 48-49.

[933] PROSSER: Law and the... Pág. 299.

[934] BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 608.

[935] DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 134.

[936] DE LA CRUZ FERRER, J.: Principios de regulación económica en la Unión Europea. IEE. Madrid, 2002. Pág. 210.

En tal sentido, debe tenerse presente que la función de regulación que se les encomienda, implica la supervisión de un ámbito sectorial concreto y determinado[937]. Eso determina que las funciones que se le atribuyen, y los poderes precisos para llevarlos a cabo, sean de una naturaleza muy diversa, no siendo posible incardinarlas en el ámbito estricto de las tradicionales funciones ejecutivas. Se dice, por ello, que ejercen también funciones cuasijudiciales y cuasilegislativas.

En quinto lugar, es preciso que gocen de autonomía funcional, lo que se traduce, en esencia, en la no sujeción de estas instituciones a instrucciones o directivas por parte de los órganos generales del ejecutivo. A lo que se añade que sus decisiones no puedan ser recurridas ante dichos órganos[938]. Lo que no impide, por supuesto, el control judicial de sus decisiones.

En sexto lugar, las Agencias deben de gozar de autonomía financiera. Lo que supone, por un lado, que deberán contar con recursos propios; y, por otro, la facultad de gestionar su propio presupuesto[939].

Por último, en séptimo lugar, en cuanto sus órganos directivos son normalmente profesionales que operan en el sector regulado, al que más tarde o más temprano deberán regresar, se hace preciso adoptar medidas en orden a garantizar su neutralidad que se prolongan más allá de su relación con la entidad reguladora. Más concretamente, es preciso que se fije un régimen de cuarentena, que impida durante un lapso de tiempo suficiente la vuelta al sector regulado[940].

[937] GARCÍA LLOVET: Autoridades administrativas... Pág. 100.

[938] Véase DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Pág. 134. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: Reflexión... Pág. 6. BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 608.

[939] FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: Reflexión... Pág. 6. BETANCOR RODRÍGUEZ: Las Administraciones Independientes. Los entes... Pág. 614.

[940] CANANEA: La réglementation... Pág. 98. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 49.

Con ello, se trata de evitar que, durante el periodo que actúe como regulador, se pueda ver tentado de favorecer a alguno de los operadores presentes en el sector, seducido por ofertas laborales atractivas en esas empresas una vez terminado su mandato en la Comisión.

IV
VALORACIONES DOCTRINALES

Las Agencias Reguladoras no son, ni mucho menos, una realidad pacíficamente aceptada. Aunque cuentan con el apoyo decidido de una parte de la doctrina, lo cierto es que también han encontrado fuertes resistencias.

La explicación a esta oposición se encuentra, quizás, en el enorme impacto que la introducción de estos entes ha provocado en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos. Su entrada, juicios de oportunidad aparte, trastoca y cuestiona elementos estructurales del Derecho administrativo tradicional[941].

Eso ha llevado a que algunos vean en ellas un elemento perturbador, que viene a romper la armonía de nuestros sistemas jurídicos, insertándose en ellos como un elemento extraño, incompatible y patológico. Al que una parte relevante de la doctrina acusa de inconstitucionalidad[942].

Frente a ello hay quien ven en ellos un soplo de aire fresco, que viene a renovar nuestro viejo aparato burocrático tradicional, modernizando sus estructuras y adaptándolas a los nuevos tiempos[943].

[941] Véase DESDENTADO DAROCA: La crisis de... Págs. 136-137.

[942] PARADA VÁZQUEZ, R.: Derecho Administrativo II. Marcial Pons. Catorceava edición, 2000. Págs. 320-323. BACIGALUPO SAGGESE, M.: "El Derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés económico general: ¿repliegue o transformación?", Boletín de la Facultad de Derecho 16 (2000). Págs. 163-164.

[943] LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: Agencias... Pág. 51.

V
CONCLUSIONES

En nuestra opinión, deben huirse de valoraciones maximalistas a la hora de analizar este fenómeno. A nuestro juicio las Comisiones Reguladoras son un instrumento más, un modo alternativo de administrar que no es en sí mismo ni beneficioso ni perjudicial. Lo decisivo va a ser, como casi siempre, el uso que se haga de ellas.

Una correcta articulación de estas entidades, que permita que estén dotadas de auténtica independencia, y una atinada selección de los sectores donde debe operar, serán las claves del éxito de una figura que, nos tememos, producirá efectos muy diferentes en los distintos países dónde se están estableciendo, según el rigor y seriedad con que se implanten.

SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El acceso a un servicio público ha sido reconocido como un derecho humano, tanto en el derecho interno de los Estados como en el aspecto internacional, a través del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, hay que diferencias, "derechos humanos", "derechos fundamentales"[944] y "garantías individuales"[945]. Los derechos humanos son prerrogativas inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo. El derecho fundamental, dentro de cualquier sistema jurídico, será aquel que se encuentra previsto en el texto superior de un Estado, en específico, en la Constitución y los tratados internacionales, ya que éstos constituyen "Ley Suprema", conforme al mandato constitucional. Y, las garantías individuales constituyen el mecanismo de protección de un derecho humano.

[944] Eduardo Soto Parra define a los derechos constitucionales como la predeterminación constitucional de la conducta del Estado debida a un individuo en situación de exclusividad, se trata de una actividad humana, imperativamente protegida que genera un interés propio, excluyente y de titularidad diferenciada y que habilita a exigir una prestación también diferenciada, edificado sobre el reconocimiento de un poder de un sujeto concreto frente a otro (que generalmente es el Estado o la administración), imponiéndole a este obligaciones o deberes en su interés propio, que puede pedir hasta con tutela judicial. Soto Parra, Eduardo, "Derechos de los administrados ante los servicios públicos". Servicio público. Balance y perspectivas, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 1999.

[945] La relación entre derechos humanos y garantías individuales, un interesante comentario lo realiza Héctor Fix-Fierro, al señalar que los derechos humanos son una categoría superior al de garantías individuales, y éstas constituyen el reconocimiento de un derecho humano por el Estado. Fix-Fierro, Héctor, "Comentario al artículo 1o. constitucional", en Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones, 4a. ed., México, H. Cámara de Diputados-LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004, p. 7.

Al reconocer el servicio público, como un derecho humano, quiere decir que toda persona deberá tener acceso a dicho servicio, sin que se pueda imponer costo o traba de cualquier tipo o género. Estas necesidades sociales y su atención son las que han justificado su universalidad, igualdad o uniformidad, regularidad y continuidad.

Sin embargo, la relación jurídica que se establece, entre el usuario y el prestador del servicio, va ser distinta, de acuerdo a él régimen jurídico, y ésta ha variado, en las distintas etapas de la historia, como lo reseño en este artículo.

I
EL SERVICIO PÚBLICO: UN CONCEPTO EN PERMANENTE DISCUSIÓN

1.1 Una noción en evolución constante

A pesar de ser la idea del servicio público una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, no existe una definición estable de la misma[946]. Históricamente, es una técnica

[946] 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.

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[947], que explica tanto su falta de precisión, como su constante evolución[948].

Por tal razón, el servicio público, al igual que la Administración, es fácil de describir, pero difícil de definir[949] porque, al igual que ésta y que el ordenamiento jurídico que la rige, el Derecho Administrativo, es un producto histórico[950], 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

[947] M. A. SENDIN GARCÍA apunta que el servicio público "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.

[948] 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 aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina", en RAP 54 (2001). Pág. 446.

[949] Como afirma T. R. FERNANDEZ RODRIGEZ 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.

[950] 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.

cambio y transformación[951]. Todo ello provoca que el servicio público sea un elemento que va a variar al modificarse los fines que el Estado vaya asumiendo[952].

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[953].

Desde este punto de vista, podemos enmarcar la evolución del término servicio público, en las siguientes etapas[954]:

- 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

[951] 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; MARTINEZ, R. B.: Derecho económico. UNAN, México. 1996. Pág. 20 y sigs.

[952] 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 pú blico económico. Segunda edición. Editorial Comares. Granada, 2001. Pág. 488.

[953] 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.

[954] 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

revolución francesa[955], pero carece de un significado jurídico preciso.[956]

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[957].

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[958].

[955] 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.

[956] 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.

[957] R. RIVERO ORTEGA indica que la actividad administrativa prestacional tiene antecedentes en el Antiguo Régimen: el servicio de correos, por ejemplo, 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.

[958] M. DOMINGUEZ-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.

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[959]. 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[960].

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 que desarrollar una acción cada vez más intensa en la vida social[961], lo que les lleva a asumir la prestación de servicios económicos (ferrocarriles, transporte,

[959] ROLDÁN MARTÍN, A.: "Los nuevos contornos del servicio público", en Derecho administrativo económico. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000. Págs. 20-21.

[960] SENDÍN GARCÍA, M. A.: "Los servicios públicos en el siglo XIX", en Anuario del Derecho Español 2005.

[961] 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.

carretera, electricidad, gas teléfono, etc)[962]. 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[963]. 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[964], 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[965].

[962] 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.

[963] ARIÑO ORTIZ, G.: "Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones", en Derecho de las Telecomunicaciones. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Pág. 758.

[964] 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.

[965] En palabras de S. MUÑOZ MACHADO, "para explicar el cambio de actitudes de los poderes públicos, han dicho que hemos pasado del Estado gestor 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.

II
LA NECESIDAD DE UN CONCEPTO JURIDICO

La función histórica justificadora del peculiar régimen jurídico al que se somete la actividad de la Administración Pública, así como la utilización impropia de la expresión servicio público en los más diversos campos extrajurídicos, son algunas de las razones que nos ayudan a explicar la desmesurada extensión de su ámbito de aplicación, junto con la tendencia de las actividades privadas semejantes a ser consideradas o a erigirse en servicios públicos cuando llevan a cabo una tarea de interés general o cuando realizan una prestación con objeto similar.

Debido a la imprecisión del término se hace necesario la búsqueda de una noción estrictamente jurídica del servicio público; meta que resultaría inalcanzable de no separar con nitidez la dimensión jurídica de las orientaciones políticas, filosóficas, económicas, sociológicas[966]...; esfuerzo que no implica, sin más, ofrecer un concepto que, aislado de estas últimas, no tenga en cuenta el carácter proteico de la realidad en la que se encuentra inmerso.

Es necesario, por tanto separar, o diferenciar entre servicio público como filosofía del Estado y como técnica de intervención pública.

La extensión de la actividad del Estado a los ámbitos más diversos, la multiplicación de las técnicas de intervención utilizadas en dicha tarea, así como la creciente complejidad de unos y otras, determinan que los mecanismos de garantía tradicionales

[966] BASSOLS COMA señala que en la estructura íntima (del servicio público) subsisten elementos (ideológicos, jurídicos, económicos y sociológicos) de validez conceptual permanente en cuanto traducen un determinado modelo de relaciones político-jurídico. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales. RAP. Núm. 84. Número Homenaje a EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA. Sep-Dic. 1977. Pág. 28.

hayan devenido insuficientes e inadecuados, en muchos casos, para lograr la eficacia de la actuación administrativa[967].

El carácter polisémico de la expresión servicio público[968] encuentra una de sus más elementales explicaciones, junto a la función que históricamente ha cumplido, en el hecho de su utilización indiscriminada en los más diversos ámbitos extrajurídicos, sin que exista una correlativa preocupación por delimitar con precisión su significado exacto en cada uno de ellos.

Ya GARRIDO FALLA se refería a la tradicional indeterminación del concepto de servicio público, característica que no ha hecho sino acrecentarse como consecuencia de la progresiva asunción por el Estado de nuevas misiones que ha ampliado en los campos en los que debe intervenir.

Diversas teorías han tratado de delimitar los alcances de dicho concepto, sin embargo, no existe un acuerdo unánime[969], convirtiéndose ésta en una de las cuestiones que más polémica ha levantado en el ámbito del Derecho Administrativo, y a cuya solución ha estado orientado el esfuerzo de un sinnúmero de juristas, que han pretendido encontrar una fórmula que permita

[967] GARRIDO FALLA indica que en "España la terminología legislativa es más complicada. Tanto la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 como la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido de 1988) utilizan una variedad terminología legal para designar y clasificar a los distintos organismos con personalidad jurídica propia, que gestionan servicios y funciones públicas". "El concepto de servicio público"…Pág.21.

[968] PARADA VAZQUEZ expresa el servicio público es un término polémico y polisémico. Polémico por la tensión político-ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del intervencionismo y del déficit público en contraste con la iniciativa y empresa privada, el no va más de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explicación y el lucro que guía a la empresa privada. Es también polisémico en cuanto por servicio público (como con el término intervensionismo) no se entiende exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento". Los servicios públicos en España.

[969] Como señala A. TRONCOSO REIGADA que no "existe una noción clara de servicio público ni con anterioridad a la Constitución ni a partir de ésta". "Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público", en Revista Española de Derecho Constitucional 57 (1999). Pág. 112.

responder a esta inquietante pregunta con el fin de encontrar el elemento determinante que justifique el requerimiento de una concesión gubernamental para poder acceder a la explotación económica de una determinada actividad en el mercado.

La imposibilidad de llegar a un consenso sobre la respuesta parece cada vez más evidente[970]. Con razón ha podido decir CHENOT que la definición del Servicio Público "constituye un ejemplo relevante de una de estas nociones fundamentales en las que su contenido sólo ha podido ser precisado en breves períodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las leyes y de las decisiones jurisprudenciales"[971].

Una de las principales razones en las que puede justificarse dicha falta de consenso es, quizá, la diversidad de regímenes económicos que han servido de marco para el desarrollo del concepto de servicio público, a lo que se añade que responden a realidades jurídicas diversas.

ARIÑO ORTIZ, con referencia a las leyes españolas, -que sirven de ejemplo del uso tan dispar del concepto de servicio público- ha descubierto hasta cuatro grandes enfoques en función del sector del Ordenamiento en el que nos encontremos. Así, la legislación financiera ofrece un concepto orgánico al referirse a cualquier actividad estatal que implique gastos públicos; la legislación general civil, penal, mercantil y procesal atienden al criterio sustantivo o material; la legislación administrativa general da una significación ambivalente, pues en unas ocasiones opta por la concepción orgánica, en otras por la material e, incluso, en algunos casos se refiere "a cualquier actividad admi-

[970] VILLAR PALASI, en el prólogo al libro de JOSE LUIS VILLAR EZCURRA, se preguntaba qué es un servicio público, respondiendo: "ante esta simple pregunta acuden a la respuesta múltiples perspectivas, infinidad de contestaciones, puntos de vistas muy diversos. Una simple ojeada a nuestra bibliografía sobre la materia confirma con toda claridad esa primera afirmación. No hay una doctrina pacífica, no una tesis compartida por todos en cuanto a lo que, a fin de cuentas, venga a ser un servicio público". Servicio Público y técnicas de conexión...Pág. 9

[971] Citado por BASSOLS COMA.: RAP. Núm. 84...Pág. 36.

nistrativa que suponga el ejercicio de competencias específicas para la consecución de los fines peculiares que la Administración tiene hoy confiados"; por último, en la legislación sectorial se hace referencia a sectores concretos de actividad[972].

Con fines metodológicos se hace necesario hacer algunas precisiones de las diversas teorías o variables interpretativas de la noción de servicio público, sin ánimo de agotar el tema sino tan sólo con el propósito de que nos ayuden a elaborar un concepto que sea útil para analizar la realidad.

2.1 Teorías o variables interpretativas de la noción de Servicio Público

2.1.1 El esquema de DROMI y ALBI

Entre ellos vamos a destacar las interesantes sistematizaciones elaboradas por DROMI[973] en el segundo tomo de su Derecho Económico, y la de ALBI, en "El servicio público municipal y sus modos de gestión"[974].

El esquema seguido por DROMI, es el siguiente:

a) Interpretación negativa, que habla de crisis y extinción de la noción del servicio público. (CORAIL).

b) Interpretación positiva, con alternativas:

[972] ARIÑO ORTIZ: Principios... Págs.539, 540 y 541 sobre este tema, véase también, VILLAR EZCURRA.: Servicio público y técnicas... Págs. 98-150.

[973] DROMI, J. R.: Derecho Administrativo Económico. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979. Págs. 81, 82 y 83.

[974] ALBI.: El servicio público municipal y sus modos de gestión". REVL. 1947. Núm, 35 y 36. Pág. 656, 657, 658, 659, 660, 661 y 662.

1. Máxima. Servicio público es toda actividad del Estado cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado (DUGUIT, BONNARD, EISENMAN).

2. Media. Servicio Público es toda actividad de la administración pública. (VEDEL, ALVAREZ GENDIN).

3. Mínima. Servicio público es una parte de la actividad de la administración. (JEZE, HAURIOU).

Asimismo, para unos "servicio", es una organización de medios, y para otros, una actividad o función estatal. En cuanto al término "público", las tendencias doctrinales se dividen de acuerdo ha: la condición del sujeto titular (persona pública); el fin del servicio (público); el régimen jurídico al que se somete el (derecho público); los destinatarios o usuarios (el público)[975].

Por su parte, ALBI nos proporciona el siguiente esquema o clasificación de las diferentes definiciones del servicio público:

1. Criterios subjetivos, que refieren el servicio al régimen orgánico del mismo[976].

[975] BOQUERA OLIVER, J. M.: Derecho Administrativo. Vol. 1 Madrid, España. IEAL; 1972. Págs. 211, GARRIDO FALLA, F.: "Sobre el derecho administrativo, y sus ideas cardinales". RAP. Madrid, Núm. 7. Pág. 78.

[976] ALBI con el objetivo de sustentar su criterio, nos ofrece las siguientes definiciones: APPLETON: "Organización establecida por los poderes públicos para satisfacer socialmente necesidades, generales por procedimientos administrativos". Traité élementaire du contentieus administratif. París, 1927. Pág. 114; HAURIOU: "Una organización pública de poderes de competencia y de prácticas administrativas, que asume la función de prestar al público, de modo regular y continuo, un servicio determinado con una finalidad de polícia, en el sentido elevado de la palabra". Précis de Droit administratif et de Droit public. París. 1933. Pág. 66 ; SIMONE: "Los diversos organismos instituidos con el objetivo de dar satisfacción a las necesidades y a los intereses generales del país". Traité élémentaire de Droit public et administratif. París. 1902. Pág. 445; POSADA: "Las organizaciones adecuadas de personal técnico, capaces de aplicar con la máxima eficacia y economía, al fin del servicio, los medio de que al efecto disponen, empleando los procedimientos administrativos del caso". Derecho Administrativo...Pág. 267; ROYO VILLANOVA: "La organización de todos aquellos elementos y actividades que trascienden de la esfera de los intereses privados y que afectan a las necesidades o conveniencias de la colectividad". Elementos de Derecho Administrativo. Valladolid. 1926. Pág. 230; GARCIA OVIEDO: " Ordenación de elementos y actividades para un fin que... es la satisfacción de una necesidad pública". La teoría del servicio público. Madrid. 1923. Pág. 22.

2. Criterios objetivos, que identifican el servicio con su prestación material al público; con la actividad administrativa[977].

3. Criterio que reduce el servicio público a una simple aportación de medios a una finalidad administrativa.

4. Criterios reducidos exclusivamente a la noción de la necesidad pública[978].

5. Criterio que enlaza el servicio con la norma jurídica que lo regula[979].

[977] DUGUIT: "Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurado más que por la intervención de la fuerza gobernante. Manuel de Droit constitutionnel. París. 1918. Pág. 73; HAURIOU: "Servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública". (Esta es la postura inicial de HAURIOU y figura en la décima edición de su obra citada; en la duodécima encontramos ya la rectificación de criterio); ALVAREZ GENDIN: "Coordinación o conjunto de actividades jurídicas-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminada a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua". El servicio público. Madrid. 1927. Pág. 21; FERNANDO DE VELASCO: "La actividad encaminada a cierto fin". Los contratos administrativos. Madrid. 1927. Pág. 89; RANELLETI: "Toda la serie de acciones y prestaciones que el Estado u otro ente público efectúa para la satisfacción de una determinada necesidad colectiva". "Concetto delle persone giuriddiche publiche amministrative". Riv. Dir. Pubblico e della Pubblica Amministrazione. Tomo I. Pág. 345. Nota. 4; BLONDEAU: " Toda actividad organizada por la Administración para satisfacer una necesidad considerada esencial y que sólo puede satisfacer completamente mediante la intervención de la Administración". Traité élémentaire du contentieux administratif. Pág. 115; RAGGI: "Aquel complejo de prestaciones personales encaminadas a un fin, efectuadas por personas físicas que obran en nombre y en el interés del Estado o de otras personas públicas aunque a título de concesionario, salvo si se trata de prestaciones que estén completamente sometidas a las normas de derecho privado y consideradas como prestaciones de derecho privado". Servizio pubblico e demanilitá. Pág. 81; CAMMEO: "La satisfacción de las necesidades colectivas mediante manifestaciones de la actividad del Estado". Comentario alle legge sulla giustizia ammnistrativa. Núm. 83.

[978] GASCON y MARIN: " El prestado para satisfacer necesidades general pública, de modo regular y continuo; utilizando procedimiento jurídico público también que somete las relaciones creadas a régimen especial". Derecho Administrativo. Pág. 230; SANTAMARIA DE PAREDES: " Tiene por objeto inmediato directo la satisfacción de una necesidad pública". Curso de Derecho Administrativo. Madrid. 1914. Pág. 728.

[979] JEZE: "Existe un servicio Público cuando para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un régimen jurídico especial y este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos". Los principios generales del Derecho Administrativo. Versión española. Madrid. 1928. Pág. 283.

A pesar del gran interés de estas teorías nosotros hemos preferido elaborar nuestra propia sistematización, que pasamos a examinar.

2.1.2 La teoría del interés general

Para un amplio sector de la doctrina, el servicio público debía estar referido a todas aquellas actividades destinadas a satisfacer el interés general de la población[980].

No estamos de acuerdo, pues la idea de interés público no permite distinguir el servicio público de otras actividades realizadas por la Administración. La acción administrativa es, por definición, actividad realizada para la satisfacción de un interés público. Esto supone que el servicio público, siempre se realiza para cumplir un interés público. Sin embargo, la afirmación inversa, no es cierta, pues no toda actividad de interés público es un servicio público. Dicha afirmación solo sería correcta desde una noción amplia de servicio público, como la defendida por DUGUIT, hoy en día claramente superada.

[980] ALESSI utiliza el término de "interés público", para la satisfacción de las necesidades concretas de orden colectivo. Instituciones de derecho administrativo. Tomo II. Barcelona, España. 1970. Pág. 361.
Para ALBI, el servicio público sirve para la "satisfacción de todas las necesidades del individuo que trasciendan la esfera estrictamente privada, que ofrezca un contenido social, un caracterizado interés general, se producirá una intervención de la Administración tendente a ordenar jurídicamente la satisfacción de aquellas necesidades en cuanto, por el aspecto público de las mismas, no pueden ser abandonadas al libre juego de las iniciativas particulares. ALBI, F.: "El servicio público municipal y sus modos de gestión...Pág., 646-
Por su parte, para DIEZ, por servicio público debía entenderse: "…toda actividad que desarrolle la Administración pública por sí o por concesionario, con el objeto de dar satisfacción regular, continua y uniforme a las necesidades generales, bajo un régimen jurídico especial de derecho público". Cita tomada de: PICCIONE, B. S.: Concepto jurídico de servicio público. Buenos Aires, Argentina. 1992. Pág. 22.

2.1.3 La teoría de la necesidad colectiva

En contraposición a aquellos que sostenían que existía una clara diferencia entre el concepto de servicio público y de función pública[981], cierto sector de la doctrina pretendió definir al servicio público como aquel destinado a la satisfacción de necesidades colectivas[982]. Es decir, aquellas necesidades que eran demandadas de manera conjunta por un determinado grupo social, sin que fuese posible individualizar en él, el interés de cada uno de los miembros del grupo.

En este sentido, la presencia de intereses comunes, imposible de ser individualizados, era presentada como el criterio determinante para constituir una determinada actividad en un servicio público.

2.1.4 La teoría de la actividad esencial

Debido a la poca eficiencia para distinguir el concepto de servicio público que representaban los criterios de interés general y necesidad colectiva, cierto sector de la doctrina pretendió encontrar en determinadas actividades esenciales el factor determinante para identificar qué actividades debían calificar como servicios públicos.

[981] La distinción entre servicio y función pública, explica DE LA CUETARA, "procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que "toda tare administrativa es constitutiva de servicios públicos" hoy ya desechada". La actividad de la administración. Técnos. Madrid, España. 1983. Pág. 139.

[982] GORDILLO, escribe que el "objeto o finalidad de esta actividad (servicio público) es...satisfacer una necesidad pública (colectiva, de interés público, etc.). Necesidad pública, o necesidad de interés público, significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deben tenerla, sino sólo que una mayoría de ellos la tiene" Teoría general del...Pág. 563.

DE LA CUÉTARA, señala que "…hay que decir rotundamente que tan sólo las prestaciones básicas son exigibles por medios de derecho público, y, por lo mismo, tan sólo ellas son prestaciones de servicio público…Todo lo demás debe negociarse y exigirse mediante fórmulas comerciales comunes"[983].

Si bien este autor no hace referencia expresa a actividades esenciales, señala que tan sólo las prestaciones básicas son susceptibles de ser satisfechas mediante un servicio público. Pero, evidentemente, si de lo que se trata es de delimitar al máximo las fronteras del concepto para determinar qué actividades son las que deben ser sometidas a un régimen de concesión por parte del gobierno, qué diferencia habría entre las actividades básicas y las actividades esenciales. Aparentemente ninguna. De lo que se trata, en ambos casos, es de actividades tendentes a satisfacer necesidades fundamentales para el desarrollo social. Sin embargo, bajo esta definición, cómo identificar qué actividades básicas pueden ser satisfechas libremente por el sector privado, y en qué casos se hace necesario el otorgamiento de una concesión.

Según parece, entonces, la definición propuesta por DE LA CUÉTARA resulta insuficiente para la realización de este objetivo. Asimismo, resultan insuficientes definiciones como las propuestas por MEILÁN, para quien el servicio público se constituía tan sólo como aquella "…actividad esencial para la comunidad organizada en Estado, de contenido primordialmente económico, cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado y cuya gestión indirecta –por los particulares es siempre posible".[984]

Bajo estas definiciones de servicio público, no resultaba posible identificar con precisión que actividades debían calificar como tales y cuáles debían ser libradas al sector privado.

[983] ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUETARA, J. M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: El nuevo servicio público. Marcial Pons: Madrid 1997. Pág. 152.

[984] MEILAN GIL, J. L.: "El servicio público en el derecho actual". En: RDA". Núm. 15 a 17 1994. Pág. 359.

Por su parte, ARIÑO ORTIZ considera que el servicio público debe estar referido a actividades que, sin ser inherentes a la soberanía del gobierno (funciones públicas), resultaban indispensables para la vida social. En efecto, continúa ARIÑO, la actividad al ser calificada como un servicio público debe estar regida por las siguientes notas,"…primera, se trata de una actividad estatal, esto es, asumida en su titularidad por el Estado; segunda, se trata de una actividad destinada al público, a la utilidad de los ciudadanos; tercera, se trata de una actividad de reconocida necesidad, indispensable para la vida social (lo cual es distinto a decir que sea actividad necesaria para la vida del Estado: para la vida del Estado no es necesaria), y cuarta, se trata de una actividad cuyo ejercicio no supone el ejercicio de poderes soberanos"[985].

2.1.5 La teoría de la obligatoriedad de la prestación

Por otro lado, para un reducido sector de la doctrina, relativamente reciente, el elemento definitorio para determinar qué debe ser un servicio público y que no, radica en un criterio de obligatoriedad. Es decir, la diferencia fundamental entre el sometimiento de una determinada actividad al régimen de los servicios públicos, y su abandono al libre ejercicio empresarial en el sector privado, estaría basada en la obligatoriedad, para quien realiza el servicio, de prestarlo a todos quienes lo requieran.

En esta línea se ha pronunciado el argentino CASSAGNE para quién un elemento primordial del servicio público es la "obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen necesidades públicas"[986].

[985] ARIÑO ORTIZ: Economía y ... Pág. 294.
[986] CASSAGNE, J. C.: La intervención administrativa…Págs.31.

De esta manera, CASSAGNE entendía que el carácter distintivo de una actividad económica para determinar si el régimen jurídico al que está sujeta constituye o no un servicio público, es el criterio de la obligatoriedad.

2.1.6 La teoría de los monopolios naturales

Para otro sector de la doctrina, el servicio público debía estar referido sólo a aquellas actividades que no pudiesen ser prestados en un régimen de libre competencia por constituir monopolios naturales, y que requerían, en tal virtud, de una concesión gubernamental que permitiera identificar al óptimo prestatario del servicio otorgando en favor de éste la realización exclusiva de la actividad, sometiendo al mismo a un intenso control que evite el ejercicio de prácticas abusivas en perjuicio de la colectividad.

La razón de ello, según CASES PALLARES, estribaba en que, "existen determinados sectores económicos en que resulta ineficiente, en términos económicos, la existencia de más de una empresa. En este caso, por un lado, la regulación aparece para controlar a esta empresa, que disfruta de un monopolio natural, a fin de evitar que incremente sus beneficios en perjuicio de los ciudadanos…"[987].

Sin embargo, esta posición de la doctrina era acorde con la realidad de los Estados, en los que se venían declarando servicios públicos a actividades que bien podían estructurarse sobre la base de la libre competencia, como era el caso del transporte urbano, por ejemplo, o del servicio de correos, del transporte por carreteras o de la navegación aérea, etc.

[987] CASES PALLARES.: Derecho Administrativo de la defensa de la competencia. Marcial Pons: Madrid, 1995. p. 26.

En efecto, señalaba ARIÑO, "…el monopolio de hecho se ha mantenido durante muchos años en la mayoría de los servicios públicos. En aquellos que exigían una infraestructura de red para su prestación (agua, gas, electricidad, teléfono y transmisión de datos o señales, ferrocarriles de todo tipo, trolebuses, etc.) la justificación venía dada por la inconveniencia de duplicar las redes en estos sectores en los que se dan las condiciones económicas propias de un monopolio: disminución de coste con el aumento de demanda y aumento del coste con pluralidad de oferta".

Sin embargo, en aquellos que no requerían de una infraestructura de red para su prestación y que podían estructurarse sobre la base de la competencia en la oferta, según ARIÑO, la declaración como servicio público se justificaba en la necesidad de garantizar a los prestatarios del servicio, la existencia de unos mercados en exclusiva sobre los que se pudiesen calcular una demanda cierta y unos ingresos determinados.[988]

2.1.7 La teoría del servicio al público

Ante la carencia de una fórmula que sirviera para determinar qué servicios debían calificarse como servicios públicos, algunos autores entendieron que lo es todo servicio brindado al público. Entre dichos autores es posible encontrar a MARIENHOFF, para quien, "servicio público no es otro que servicio para el público"[989].

[988] GASPAR ARIÑO.: Economía y Estado. Marcial Pon, Madrid, España. 1993. Pág. 338.
[989] MARIENHOFF, M: Tratado de Derecho Administrativo. T. II. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1996. Pág. 21. Citado en: CASSAGNE, J. C.: La intervención... Págs. 36.

Como puede verse, hay una multiplicidad casi infinita de definiciones acerca de lo que el servicio público es. Como consecuencia de ello, y ante la falta de consenso en la doctrina y en la legislación de los Estados, hubo algunos autores que se atrevieron a negar toda utilidad conceptual del servicio público.

2.2 Criterios para la definición del servicio público

Como ya hemos podido constatar, la noción de servicio público, se configura como una realidad especialmente compleja, en la que se combinan elementos muy diversos y en numerosas ocasiones contradictorios.

La búsqueda de una concepción operativa del servicio público impone, una delicada tarea de simplificación y sistematización, que elimine aquellos elementos que vienen a traer confusión a dicha definición.

Sin pretensiones excesivas vamos a tratar de construir una noción coherente y adecuada para ser utilizada en la práctica, mediante la coordinación de los elementos básicos aportados por la doctrina, algunos de los cuales tendremos que rechazar.

En primer lugar, tenemos que dejar constancia de la existencia de una noción amplia del servicio público[990]. Fue la doctrina francesa, y especialmente la llamada escuela realista la que propuso esta concepción, que considera que es servicio público la totalidad de la actuación administrativa, o cuando menos, a aquella actuación en la que se ejercen potestades públicas[991].

[990] En la literatura española existen amplias referencias a la mejor doctrina francesa sobre el concepto amplio del servicio público, en este apartado, solamente voy a esbozar las ideas cardinales, debido a que en el capítulo primero aborde el tema el surgimiento del concepto amplio de servicio público de manera detallada. Véase, GARRIDO FALLA.: Las transformaciones del régimen administrativo. segunda edición. Madrid, España. 1962. Págs. 139-156; Tratado de Derecho...Pág. 306 y 307. MANZANEDO.: Servicio público: aproximación... PágS. 221-239.

[991] DE LA CUETARA.: La actividad...Pág. 134.

En sus *Transformaciones del Derecho Público*, DUGUIT, pretendió sustituir las bases tradicionales de esta rama del derecho que había venido girando en torno al concepto de soberanía, para poner en su lugar el de servicio público. Toda actuación administrativa deviene así actuación de servicio público[992].

En este concepto amplísimo se engloban funciones y servicios públicos, potestades internas y externas[993], de tal forma que la totalidad del tráfico administrativo viene a quedar configurado como "servicio público"[994].

El concepto amplio del servicio público, ha sido una justificación teleológica del poder, lo que, desde el ángulo de su legitimación, tiene una importancia fundamental para el derecho administrativo. Sin embargo, su utilidad actual para definir el servicio público es nula, pudiéndose afirmar que hoy en día esta totalmente superada. Vamos por ello, a rechazar esta tipo de definiciones, y a utilizar una noción estricta de servicio público.

Cuando hablamos de noción estricta de servicio público, estamos refiriéndonos a aquellas definiciones que consideran que el servicio público, es sólo una forma de actividad administrativa, que convive con otras formas de acción administrativa como por ejemplo el fomento, o la policía administrativa.

[992] JEZE, continuador de la escuela realista, persistió en esta visión unilateral, poniendo el acento sobre el procedimiento jurídico especial por el que se rige la gestión de los servicios públicos: procedimiento de servicio público y régimen jurídico-administrativo venían así a identificarse. Esta fue, por lo demás, la postura de la jurisprudencia francesa a partir del Arret Blanco dictado por el Tribunal de conflictos en 1873, que viene a erigir la existencia de servicio público en criterio determinante de la atribución de una determinada cuestión litigiosa a la competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa. HAURIOU, ocasionalmente aceptó el concepto amplio de servicio público. GARRIDO FALLA.: Tratado de derecho... Pág. 306.

[993] VILLAR PALASI, indica que en efecto "el servicio público se concibe como piedra angular del derecho administrativo clásico y fundamento de todas las teorías especiales del mismo: obras públicas, expropiación, dominio público, concesión administrativa, etc". Concesiones… Pág. 691.

[994] DE LA CUETARA.: La actividad...Pág. 134.

Su definición implica por tanto, delimitar las características esenciales que diferencian esta actividad de las demás forma de actividad administrativa. La doctrina suele partir para ello, de dos grandes notas, que están fuertemente asentadas: El carácter esencial de la actividad, y que esté sujeta a una intervención especialmente intensa por parte de los poderes públicos[995].

El primer elemento, ese carácter esencial o indispensable hace referencia obviamente a la existencia de intereses públicos especialmente intensos, en este tipo de actividades[996]. A partir de aquí se convierte, en un elemento difícilmente definible, pues resulta difícil determinar cuando se da esa especial relevancia.

Aunque en ocasiones se hace referencia únicamente a la necesidad, de que esa actividad se desarrolle para dar satisfacción a un interés público, dicha caracterización es claramente insuficiente. Pues como ya dijimos, la idea de interés público no puede por sí sola el servicio público, pues toda actividad administrativa se lleva a cabo para lograr un interés público[997].

[995] SENDIN GARCIA.: Hacia un servicio público...Pág. 2. SANTAMARIA PASTOR: Principios de Derecho Administrativa II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1999. Pag. 306.

[996] De esta forma, el interés público se presenta como un elemento común a todos los servicios público, independientemente de su modo de prestación. ARAUJO-JUÁREZ.: J.: "Régimen jurídico de los servicios económicos de interés general". En: Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Tomo II Estudio en Homenaje al profesor ALLAN R. BREWER CARIAS. Civitas Ediciones. Madrid, España. 2003. Págs. 1970 y 1971.

[997] Es esto lo que llevó a WALLINE a formular su radical crítica a la validez jurídica del concepto de servicio público. Afirma este autor, que la jurisprudencia no ha dado jamás una definición en forma" del servicio público. Las únicas conjeturas que pueden hacerse sobre este concepto, y que de hecho se hacen, las diferentes jurisdicciones superiores francesas (Tribunal de Conflictos, Cour de Casation, Conseil d´Etat) resultan del esparcimiento de las que, en cada caso concreto, han estimado la existencia o inexistencia del servicio público. Sin embargo, si reunimos todas las resoluciones podemos constatar, no solamente que no hay unanimidad entre ellas, sino que las divergencias no provienen de una oposición entre las jurisprudencias respectivas de estas diversas jurisdicciones supremas. Parece más bien que la concepción que se hacen unas y otras del servicio público varía según las consecuencias a que en cada supuesto específico a propósito del cual la cuestión se somete a su conocimiento. Precis de Droit administratif. Ed. Montchrestien. París. 1969. Pág. 455. Citado por VILLAR EZCURRA.: Servicio Público y técnicas...Pág. 78.

Sin embargo, ha resultado una tarea francamente infructuosa la de identificar los intereses públicos especialmente relevantes que califican un sector como servicios público, lo que ha llevado a la mayor parte de la doctrina a considerar que la delimitación de éstos es una decisión política que corresponde al legislador. De tal forma que se trata de algo más inserto en la política que en el Derecho[998].

Si bien esta discrecionalidad política encuentra un límite en la existencia de estipulaciones constitucionales en virtud de las cuales se declara expresamente en la norma fundamental determinadas actividades como tales, eliminando de esta manera la discrecionalidad política de la que el legislador goza en este sentido (por ejemplo, cuando el artículo 27 de la Constitución española establece que todos tienen derecho a la educación, convirtiendo con ello, a la educación en un servicio público)[999].

Ahora bien, esto no sirve por sí solo para caracterizar al servicio público, sino que es necesario que ese carácter esencial venga acompañada de una intervención especialmente intensa por parte de los poderes públicos. De nuevo aquí nos encontramos con un criterio de difícil precisión, pues toda actividad está en mayor o menor medida intervenida por los poderes públicos. Resulta entonces necesario, fijar un grado de intervención que suponga la conversión de un servicio esencial a un servicio público.

La doctrina tradicional encontró el criterio para responder esta pregunta en la existencia de una intervención pública que diera lugar a un monopolio de iure, mediante un acto, en virtud del cuál se producía la declaración formal de una actividad como servicio público, es lo que VILLAR PALASI ha denominado pu-

[998] SOUVIRON MORENILLA, J. M.: La actividad de la Administración y el servicio público. Comares. Granada. 1998. Pág. 156.

[999] Véase, SENDIN GARCIA.: La educación como servicio público. Trabajo inédito, de próxima aparición en Diario la Ley.

blicatio, o acto de publicatio[1000]. Esta declaración implica: a) Que la actividad pierde su carácter privado y devenía administrativa; es decir, la Administración se convertía en titular o propietaria de la misma, con lo que quedaba vedada a los sujetos privados, que no podían llevarla a efecto salvo que los poderes públicos le transfiriesen dicha facultad mediante concesión. b) Por otro lado, un título jurídico de intensa reglamentación de la actividad de servicio público, que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos modelos predeterminados.

Los distintos autores que se enfrentaron a este tema no lo han hecho desde una posición uniforme. No obstante, hay un grupo francamente mayoritario que defendió la equiparación entre servicio público y publicatio[1001].

Frente a ellos, otro grupo, claramente minoritario, entendió que la tesis anterior no se adaptaba a la realidad, como lo demuestran los llamados servicios asistenciales (sanitarios, enseñanza, etc). De tal forma que, en opinión de estos autores el "carácter monopolístico del servicio público lo es sólo en determinados servicios, pero no es nota general y esencial al servicio público"[1002].

Una tercera postura, pertenece a los autores que flexibilizan la exclusividad, pero sin prescindir de ella[1003]. Así, a juicio de ARIÑO ORTIZ, sin importar el criterio que se adopte, es un hecho que toda calificación de algo como servicio público requiere

[1000] DE LA CUETARA señala que el término "publicatio" ha sido tomado del latín por VILLAR PALASI para señalar un fenómeno muy concreto: la asunción por el Poder Público de un bien, una tarea o una responsabilidad. Desde el Derecho romano pueden encontrarse en todos los tiempos actos de este tipo y es, así, un fenómeno universal y muy amplio en cuanto a su objetivo. La "publicatio" pude recaer prácticamente sobre cualquier cosa que presente interés para la colectividad". La actividad en la administración...Pág. 169. SENDIN GARCIA.: Hacia un servicio...Pág. 109

[1001] VILLAR PALASI.: "La actividad industrial del Estado..." Pág. 63; GARCIA DE ENTERRIA.: "La actividad industrial y mercantil... Pág. 116 y 117.

[1002] GARRIDO FALLA.: Tratado...Pág. 335 y sigs.

[1003] VILLAR EZCURRA.: Servicio público y...Pág. 143-150.

una "referibilidad" de tal actividad al Estado) o a la Administración local): esto es, que tal actividad esté asumida por la Administración, por una doble vía: a) Por una declaración formal de titularidad de la misma (*publicatio*, en sentido estricto), que supone la reserva previa de un sector y la necesidad de una concesión; o b) por una intensa reglamentación de la misma que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos modelos predeterminados (*publicatio*, en sentido lato): no se afirma en estos casos una titularidad real, sino titularidad virtual, que permitirá el desarrollo de la actividad sin previa concesión, pero sometida a autorización reglamentada[1004]

En la actualidad, tras los procesos de liberalización, que han puesto en evidencia de forma definitiva la tesis de la publicatio, se abre paso una cuarta posición, que considera que la idea de monopolio y servicio público no debe identificarse, y que éste es una nota coyuntural, no esencial a la idea de servicio público[1005].

Con ello se ha abierto un nuevo proceso de discusión acerca del alcance que debe asumir la noción de servicio público, que se enfrenta de esta manera a una nueva revisión. Aunque algunos profetizaron su desaparición[1006], el paso del tiempo ha devuelto las aguas a su cauce, y el servicio público vuelve a mostrar buena salud. Si bien ya no adopta la forma de la vieja concepción monopolística de la publicatio, sino que como señala ARIÑO ORTIZ**,** " el viejo concepto de servicio público -monopolístico, igualitario, de mínimos, uniforme-ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que las nuevas rea-

[1004] ARIÑO ORTIZ: Principios...Pág. 551.

[1005] SENDIN GARCIA.: Hacia un servicio...Pág114 y 115; MALARET I GARCIA.: Servicios público, funciones públicas...Págs.65-68.

[1006] MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L.: "La regulación económica en España". En: El nuevo servicio...Pág.191

lidades social demanda: hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica"[1007].

Aunque no vamos a realizar aquí un examen detallado de este nuevo concepto del servicio público, que empieza a estar ya bien perfilado por la doctrina, pues será objeto de análisis en otra parte de este estudio. Si vamos a resaltar, que mantiene los mismos fines que pretendía el viejo servicio público monopolizado, particularmente sigue rigiéndose por los tradicionales principios del servicio público.

Por lo demás, los cambios se han manifestado en su aspecto formal, ya que abandona su viejo carácter monopolístico para buscar una mayor adecuación al mercado y la competencia[1008].

III
PRINCIPIOS O REGLAS DEL SERVICIO PÚBLICOS[1009]

La mayor parte de los autores están de acuerdo en que existen principios, características o reglas que son comunes a todos los

[1007] ARIÑO ORTIZ.: Servicio público y servicio universal en... Pág. 759. Pág. 15.

[1008] Sobre el nuevo concepto de servicio público véase, SENDIN GARCIA.: Hacia un servicio.... Así como el prólogo a dicho libro de DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN.

[1009] Sobre los principios o reglas del Servicio Público, véase: GASPAR ARIÑO.: Principios de derecho...Págs.553-574, GARRIDO FALLA.: Tratado...Pág. 346, GUAITA, A.: Derecho Administrativo especial. Zaragoza. 1969. Pág. 64. CASSAGNE, J. C.: La intervención... Págs. 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51, GORDILLO, A.: Teoría General...Pág. 565. DE LA CUETARA.: La actividad de la...Págs. 151, 152, 153 y 154. CANASI, J.: Derecho administrativo. Vol. II. Edición Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1974. Págs. 23-30. PARADA RAMON.: Derecho Administrativo I. Marcial Pons. Barcelona, España. 1998. Págs. 434-438. VILLAR EZCURRA.: Derecho administrativo especial. Civitas. Madrid, España. 1998. Págs. 217-220. GABINO FRAGA.: Derecho Administrativo...Pág. 253; RIVERO ORTEGA.: Introducción al Derecho...Pág. 143.

servicios públicos, constituyendo una serie de notas o elementos constitutivos de su noción conceptual[1010]: continuidad, regularidad, uniformidad o igualdad, generalidad y obligatoriedad.

Todos los caracteres señalados se ponen claramente de manifiesto con el funcionamiento del servicio público, pues atañen primordialmente a la forma como debe prestarse.

3.1 Continuidad

Si la causa que legitima la existencia del Servicio Público es una necesidad colectiva, la prestación del servicio debe ser continua, lo cual significa que en ningún caso debe ser interrumpida, y así mismo debe ser asegurada esa continuidad. VILLAR EZCURRA indica que "la continuidad del servicio público constituye no ya una consecuencia de la declaración de servicio, sino su característica definitoria más importante, hasta el punto de que la misma prestación verificada de forma discontinua pierde la naturaleza de servicio público"[1011].

Teniendo en cuenta las características y condiciones de la necesidad o exigencia que se procura atender con la prestación del servicio público, la continuidad puede revestir carácter absoluto o solo relativo[1012]. La exigencia absoluta de continuidad se presenta en el supuesto de servicios que atienden necesidades permanentes, y por tanto que deben estar siempre cubiertas, tal como ocurre en el suministro de agua, gas o electricidad, mientras que la exigencia de continuidad podrá ser relativa cuando se atiende requerimientos que son intermitentes, es decir que se presenten en ciertos momentos y no en otros.

[1010] JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ: "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", en Revista Española de Derecho Administrativo 84 (1995). Pág. 593.

[1011] VILLAR EZCURRA.: Servicio público y técnicas...Pág. 211.

[1012] ARIÑO ORTIZ: Principios de derecho...Pág. 574

De cualquier manera, quien presta un servicio público debe abstenerse de realizar todo tipo de actos que puedan llegar a atentar o afectar esa continuidad, previéndose - además - que la falta de continuidad constituirá una falta al sistema de prestación que habrá de ser sancionado como tal.

La continuidad de los servicios públicos se asegura por medio de diferentes medidas jurídicas, entre los cuales cabe citar los siguientes:

a) El establecimiento de limitaciones a la posibilidad de que se puedan realizar huelgas y paros patronales que suspendan o dificulten la prestación del servicio[1013], la ejecución directa por la administración pública en aquellos casos en que el servicio haya sido otorgado a un concesionario que no lo presta de manera debida en este aspecto,

b) la imposibilidad de que se admita la ejecución forzada de bienes que están afectados a la prestación del servicio y de cuya privación puede resultar perjuicio para el servicio,

c) aplicación de la teoría de la imprevisión como medio de asegurar la ecuación económico financiera de los contratos de concesión de servicios públicos y de ese modo la continuidad de su prestación y

[1013] Sobre la Huelga en los servicios esenciales, véase el número monográfico, "El Derecho de huelga". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Núm.17. Madrid, España. 1993. Págs. 191-253.

d) en los casos de quiebra de sociedades concesionarias de servicios públicos, la necesidad de que las autoridades designadas continúen con la explotación regular y continuada del servicio, etc[1014].

3.2 Regularidad

Para un sector de la doctrina, la regularidad constituye una consecuencia del principio de continuidad del servicio público, sin embargo como afirma CASSAGNE, "lo cierto es que son reglas diferentes. En efecto, si la regularidad se refiere a la prestación del servicio de acuerdo a las reglas que surgen del reglamento que rige el servicio o del contrato de concesión (en su caso), bien puede ocurrir que dicha prestación se lleve a cabo de manera continua pero irregular. Por ese motivo, el llamado impropiamente "trabajo a reglamento" que practican determinados sindicatos (que consiste en una interpretación literal o rigurosa de ciertas normas o interpretarlas de mala fe) configura una afectación del principio de la regularidad.[1015]

[1014] GORDILLO señala que "la necesidad de asegurar el funcionamiento -y con ello la continuidad -del servicio, determina además que a) la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, b) que quien presta el servicio pueda pedir al Estado que expropie bienes útiles a su gestión, c) que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio -indemnizando, en el primer caso-, d) que los contratos que asocien un particular al funcionamiento del servicio, sean contratos administrativos, e) que se organice el poder de percibir tasas en contraprestación por el servicio, f) que el monto de las tasas esté sujeto a la autorización o aprobación del poder público, g) que en ciertos casos, la prestación sea obligatoria para los particulares, h) que, eventualmente, el servicio sea monopólico -esto es, que no se admita la libre competencia de los particulares para realizar la actividad del servicio público-,i) que toda cuestión vinculada al mismo corresponda -en doctrina al menos- a la jurisdicción contencioso-administrativa. Teoría general del derecho administrativo…Pág. 565.

[1015] CASSAGNE, J.C.: La intervención...Pág. 51.

3.3 Uniformidad o igualdad

De origen eminentemente político, el principio de igualdad, aparece en el art. 1 de la Declaración de los Derecho del hombre y del ciudadano de 1787, y concretamente en el preámbulo de la Constitución de la 4.a República francesa, en sucesivos principios concretos y recogidos universalmente. En la Constitución Española de 1978 abundan alusiones al acceso a los distintos servicios públicos, al deber de promoción por los poderes públicos y al principio de igualdad ante la Ley (art. 1, 44, 139, etc). Igualmente, en el Pacto Internacional de los Derecho económicos, sociales y culturales son numerosas las en concreciones de este principio (arts. 2 y sigs)[1016].

Traducida a la problemática del Servicio Público, este principio significa que todos los posibles usuarios tienen derecho a exigir y recibir las prestaciones en que éste consista en igualdad de condiciones, sin discriminación. La uniformidad o igualdad en los servicios públicos no es más que el principio de igualdad ante la ley.

El principio que nos ocupa, que tiene cabida igualmente respecto de los servicios públicos llamados comerciales o industriales, se aplica incluso en el supuesto de ciertos servicios públicos que admiten, sobre la base de condiciones generales básicas, la posibilidad de contrataciones individuales con los usuarios - caso de algunos servicios por abono -, bastando para que así ocurra con que en los supuestos que ofrezcan iguales condiciones, el servicio se preste también de la misma forma.

Esta regla de igualdad debe, en cualquier caso, operar tanto en el acceso al servicio, como en su funcionamiento. Debiendo ceder únicamente cuando existan usuarios que se encuentren en determinadas situaciones objetivas (por ejemplo incapacidad

[1016] AA:VV.:Derecho administrativo (II). UNED. Madrid, España.1980. Pág. 512.

física o psíquica) que les sitúen en una situación especialmente desfavorable que solo pueda ser removida con medidas especiales, que permitan que alcancen una igualdad real con los demás usuarios.

3.4 Generalidad

La generalidad del servicio público consiste en el reconocimiento de que todos los habitantes tienen el derecho de utilizarlos, dentro de las modalidades establecidas, sin que se pueda negar a unos, sin causa debida lo que se concede a otros.

En consecuencia, la generalidad niega la posibilidad de que haya exclusiones arbitrarias o indebidas. Quien tenga la necesidad de utilizar un servicio público, debe poder hacerlo, a fin de satisfacer esa necesidad.

Como se observa, la generalidad es inherente, directamente, al carácter "público" del servicio, y, por tanto, una de sus condiciones básicas.

3.5 Obligatoriedad

La configuración el régimen jurídico del servicio público quedaría desprovista de sentido si no se asegura la prestación efectiva del mismo y la consecuente satisfacción de las necesidades colectivas. A ello tiende, precisamente, el principio de obligatoriedad, que predica no sólo una vinculación entre el Estado y el prestatario (en los supuestos de los llamados servicio públicos impropios) sino el derecho de los usuarios que utilizan el servicio para reclamar ante quienes lo prestan (ya sea el Estado o los particulares) su realización efectiva.[1017]

[1017] CASSAGNE, J. C.: La intervención... Pág. 52

a) Régimen de Derecho Público: Este principio significa que debe de existir un régimen jurídico de protección especial de su prestación con inmunidades y prerrogativas especiales, tanto de la Administración en relación con los titulares de la gestión, como del servicio frente a terceros.

b) Actividad indispensable: Esta nota es definitoria del servicio público, ya que no se trata de actividades necesarias al estado (por ejemplo, la soberanía), sino de actividades indispensables para la vida de la sociedad; este carácter es una clave indispensable para la comprensión de su régimen jurídico.

c) Prestación regular y continua: Aunque en el apartado anterior, ya me he referido en a este punto con detenimiento, es preciso, destacar que esta es una nota esencial y especial de su régimen jurídico.

d) Prestación al público (finalidades de utilidad general del público): Ello significa que la actividad del servicio público esta dirigida a la prestación al público, de donde se deriva un derecho abstracto del usuario a la prestación, exigible judicialmente[1018].

[1018] DE LA CUETARA encuentra las notas definitorias del concepto del Servicio Público, en las siguientes notas: 1) Titularidad de la actividad asumida por el Estado. Se exige una asunción formal en la que la totalidad de un sector de la actividad se predica del Estado, por lo que dicho sector, una vez declarado servicio público, queda fuera del ámbito de la iniciativa privada: los particulares pueden entrar a gestionar la actividad únicamente por transmisión del Estado (concesión administrativa); 2) Actividad indispensable para la vida colectiva. Se trata de una actividad necesaria para la sociedad y altamente cualificada en función de su repercusión sobre la vida colectiva, 3) Destinada a los usuarios "uti singuli". La actividad de...Pág. 137.

Sin embargo, otros autores le suman otros elementos definitirios al concepto tales como:

(a) Una actividad explotable económicamente. El servicio público requiere de una actividad explotable económicamente. La participación del sector privado en la economía se justifica sólo en la obtención de los beneficios económicos que éste obtiene por la producción de bienes o la prestación de servicios en el mercado. De esta manera, si no fuese posible obtener una retribución económica por las actividades que los privados realizan, difícilmente se verían interesados en su prestación.

Existen sólo dos clases de actividades que no permiten al sector privado la obtención de beneficios económicos. Éstas son, de un lado, aquellas actividades que requieren para su

ejercicio del ius imperium del gobierno; y, de otro lado, aquellas respecto de las cuales no es posible individualizar el cobro del servicio entre sus beneficiarios. En ambos casos se hace necesaria la intervención del gobierno para que dichas actividades puedan ser satisfechas. En el primer caso nos encontramos ante los típicos actos de autoridad, que distan mucho del concepto de servicio público por ser actos que sólo pueden ser prestados por el gobierno, ya que es indispensable para su prestación el ejercicio de un poder soberano (ius imperium).

En el segundo caso, en cambio, nos encontramos ante actividades que, si bien no requieren de un poder soberano para su ejercicio, no representan interés alguno para el sector privado, dada la imposibilidad de imputar los costos del servicio que se brinda entre sus beneficiarios. Es el caso por ejemplo del alumbrado público, la limpieza de parques y jardines, la semaforización de calles y avenidas, entre otras, en las cuales no es posible imputar los costos del servicio entre sus beneficiarios. En efecto, no es posible determinar objetivamente cuanto se beneficia una persona por la luz que recibe la fachada de su casa, por la limpieza del parque de su distrito, o por la implantación de un semáforo en la avenida que utiliza para ir a su trabajo. Se requiere, pues, en estos casos, que el gobierno asuma la prestación de dichas actividades y determine el pago que corresponde hacer a sus beneficiarios independientemente del beneficio que perciban. Sin embargo, ello no obsta a que el gobierno pueda contratar a personas privadas para que asuman la prestación de estas actividades mediante el pago de una contraprestación determinada. Así por ejemplo, el alumbrado público puede ser prestado por empresas privadas, al igual que la limpieza de parques o la semaforización de calles. Sin embargo, se trata de actividades que requieren de la necesaria intervención del gobierno, pues de lo contrario no habría forma de obtener contraprestación alguna por parte de los beneficiarios del servicio.

Los servicios públicos, por otro lado, no están referidos a ninguna de estas actividades, sino más bien a actividades en las cuales el sector privado mantiene un interés económico, y que son posibles de ser explotadas por éste en el mercado.

(b) Una actividad concesionable. Sin duda alguna, uno de los elementos principales del Servicio público es la concesión gubernamental, en torno al cual gira una parte de la definición del concepto mismo. La concesión gubernamental apareció como un mecanismo por medio del cual, el gobierno facultaba al sector privado a concurrir al mercado en la prestación de aquellas actividades sobre las cuales el gobierno hubiese decidido interferir de modo avasallante, con el fin de garantizar su adecuada satisfacción. Tal y como afirman los autores LÓPEZ PELLICER y SÁNCHEZ DÍAZ, "…[la concesión] aparece ligada con el nacimiento…de los grandes servicios públicos de carácter económico (ferrocarriles, obras públicas, etc.), como formula arbitrada por la concepción liberal para armonizar y conciliar la abstención del Estado en materia económica…con la necesidad real de intervenir para asegurar la prestación adecuada de los servicios públicos económicos". Cita tomada de: FERNÁNDEZ TORRES, M.: "El servicio público del gas". RAP. Núm. 86. May – Ago. 1978. Pág. 63.

Este mecanismo, el de la concesión, confería al gobierno una serie de poderes y facultades de carácter permanente, que le permitían controlar el acceso del sector privado al mercado, así como la dirección y gestión de la actividad y el eventual cese de su prestación. En este sentido, Fernando GARRIDO FALLA no dudaba en definir al servicio público como todo, "[s]ervicio técnico prestado al público…cuya titularidad pertenece a la Administración pública y bajo un régimen jurídico especial". GARRIDO FALLA.: "El concepto de servicio público en derecho español"...Pág. 21. En efecto, el otorgamiento previo de una concesión

para la prestación de un servicio público, implicaba que el gobierno declarase primero dicho servicio bajo su titularidad. Es claro que si la actividad no se encontraba bajo la titularidad del gobierno, no había nada que conceder. Sólo en tanto el gobierno fuese el titular de la actividad, podía estar facultado para conceder su prestación al sector privado. De lo contrario, el acceso a su prestación se encontraría libre de restricciones. En este orden de ideas, ENTRENA CUESTA afirma que, "…el servicio público supone, por definición, la titularidad pública de la actividad, cuya mera gestión se cede al concesionario, lo que, evidentemente, niega el derecho propio y originario de los sujetos económicos a emprender la actividad; pero no es sólo una cuestión que podría considerarse formal: en la gestión del servicio público, el concesionario está sujeto a las cláusulas concesionales y, sobre todo, a los poderes exorbitantes de la Administración concedente, de forma que, aunque frente al ejercicio de los mismos pueda el concesionario accionar su derecho al equilibrio financiero, no cabe sostener que el concesionario se encuentre en posición de ejercicio de la libertad de empresa". "El principio de libertad de empresa". En: GARRIDO FALLA.: El modelo económico en la Constitución española. Pág. 163. Por tanto, la titularidad del gobierno sobre una determinada actividad, se traduce en un mecanismo que restringe el derecho a la libertad de empresa de los particulares, y más concretamente, el derecho a la libertad de acceso al mercado, que se encuentra, en estos casos, sujeto al otorgamiento previo de una concesión gubernamental.

(c) La discrecionalidad del gobierno para concesionar

La declaración de servicio público, y su consecuente sometimiento a la titularidad del gobierno, supone que el otorgamiento de la concesión no constituye un deber imperativo del gobierno de acceder a cualquier solicitud del sector privado para prestar un determinado servicio público, sino que le permite contar con una facultad discrecional para controlar el acceso al mercado para la prestación de dicha actividad, y los términos en los cuales otorga la concesión. La facultad discrecional del gobierno para decidir el otorgamiento de la concesión, es precisamente lo que caracteriza al mecanismo de la concesión. Si el gobierno no contase con la facultad discrecional para permitir el acceso del sector privado al mercado de servicios públicos, mal podría decirse que éstos se encuentran bajo su titularidad.

En efecto, si el gobierno no contase con la facultad discrecional de negarse a permitir el acceso del sector privado al mercado, estaríamos, simplemente, ante servicios que pueden ser prestados libremente por el sector privado Por el contrario, en el caso específico de los servicios públicos, el gobierno cuenta con la facultad discrecional de limitar el acceso al mercado, aun cuando los particulares cumplan con los requisitos necesarios para prestar el servicio. Dicha facultad discrecional se hace manifiesta mediante el mecanismo de la concesión. Es necesario, pues, determinar qué actividades deben ser sometidas al mecanismo de la concesión, y que actividades deben ser libradas al sector privado para su prestación en el mercado. Es, precisamente, a partir de esta necesidad, que surge en diversos autores la inquietud por limitar los alcances del concepto de servicio público y, consecuentemente, establecer los criterios para determinar aquellas actividades que deben ser consideradas como tales, y sometidas al otorgamiento previo de una concesión para poder ser prestadas en el mercado.

IV
EL NUEVO SERVICIO PÚBLICO

El concepto tradicional del servicio público estaba determinado por las ideas de solidaridad e igualdad (ideología); la universalidad en la prestación y la regularidad en la misma (técnica); el interés general y la "publicatio" (jurídico); y el monopolio y el precio por el coste inferior (económicas).

Con el proceso de privatización y regulación, como ya hemos apuntado, se empezó a discutir y cuestionar precisamente los postulados económicos del servicio público; y todo este proceso tuvo como consecuencia un cambio de modelo, que en palabras de ARIÑO ORTIZ, consiste "esencialmente en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de "servicios universal", pero no con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados no ciudadanos cautivos). Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad que se trate" .

El nuevo modelo de ordenación jurídico-económico, ha traído consigo, además nuevas autoridades (Gobiernos y "reguladores independientes"), protagonistas (empresas privatizadas) y nuevas normas e instituciones.

En este proceso, la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mer-

cados para garantizar su funcionamiento conforme al principio de libre competencia e incluso, ahí donde la tendencia natural es el monopolio u oligopolio, para crear las condiciones de un auténtico mercado de concurrencia".

De esta forma, la actividad del Estado se transforma, pasa de ser prestatario, a un actor imparcial con varias tareas a su cargo: promover la libre competencia en los sectores en que ésta puede darse y servir de árbitro en el juego de intereses que se genera entre usuarios, prestatarios, etc.

Todo este proceso exige la aprobación legislativa de leyes denominadas normas de organización y procedimiento, idóneas y necesarias para hacer posible, en este caso, la libertad de elección del usuario, el servicio universal, la libertad de competir de los operadores de los servicios públicos.

Esta nueva concepción del servicio público trata de conciliar, por una parte, la instauración de "un sistema más eficaz y competitivo", y por otro, la garantía de un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho, a través del servicio universal. A través de la introducción de la competencia en los servicios públicos lo que se pretende es precisamente mejorar la eficiencia del sistema en beneficio de todos, especialmente de los consumidores.

Este modelo se rige, por la separación de actividades del sector, y con ello se busca que una actividad que ha operado en monopolio en un mercado, de forma concentrada, sea objeto de una separación en varios aspectos. Primero, se pretende hacer una separación de las actividades del sector, después se busca separar las actividades competitivas y no competitivas, principio que se refleja en toda la estructura del nuevo modelo de regulación. Por último separar las actividades del regulador y del operador.

Con la separación de actividades se busca alcanzar, dos objetivos: Por un lado, establecer un régimen jurídico diferenciado; y,

por otro, procurar la transparencia en los precios y costos de la actividad , evitando las subvenciones cruzadas.

La separación o disociación de las actividades del sector, es un mecanismo que busca introducir transparencia en los precios y en los costos de los servicios. Esa transparencia permite reducir las distorsiones de la competencia entre operadores que producen las subvenciones cruzadas. La separación puede referirse a varios ámbitos: separación contable, funcional o por gestión; jurídica o estructural y material, y accionaría .

Hasta el momento no se ha establecido reglas para determinar cuál es la separación más adecuada, lo importante es que la transparencia pueda ser efectiva. Es preciso advertir que el nuevo esquema de regulación "no prejuzga la estructura empresarial, que salvando ciertos límites debe dejarse a las decisiones de las fuerzas del mercado".

De acuerdo con ARIÑO ORTIZ, el régimen jurídico de las actividades competitivas esta de determinada por cuatros libertades:

1) Libertad de entrada: Consiste básicamente en la apertura del sector a la iniciativa privada y pluralidad de oferta en los servicios. Cualquier operador que reúna los requisitos necesarios, tendrá derecho a construir, explotar, comprar y/o vender las instalaciones necesarias para la actividad de que se trate. El único requisito es la obtención de una autorización administrativa, que tendrá carácter reglado y no discrecional.

2) Libre acceso al mercado, a la red, a las infraestructuras (doctrina de las esencial facilities): Se reconoce a todos los operadores el libre acceso a las instalaciones o infraestructura sobre las que la prestación de los servicios descansa (físicas o infraestructuras: redes eléctricas, oleoductos y gasoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de te-

lecomunicaciones (cables o ondas), redes de abastecimiento de agua, de autopistas, etc. La efectividad de dicho acceso determina la competencia real en la oferta de servicios. Las condiciones de acceso en términos objetivos (no discriminatorios), la fijación de un canon para su uso, y las razones exactas para justificar una denegación de acceso, deben de quedar definidas en la regulación, a través de un Estatuto Jurídico de las redes .

3) y 4) Libertad de contratación y formación competitiva de los precios: Este principio significa que las empresas gestoras de los servicios competitivos, tiene libertad para operar bajo principios comerciales (comprar y vender; importar y exportar; extender sus actividades a otras áreas, libertad de fijación de precios a sus clientes) sujeto sólo a límites o restricciones generales aplicables a todas las empresas de mercado. La función del regulador es el garantizar el respecto a las reglas en la formación competitiva de precios y actuar contra prácticas restrictivas de la competencia. d) Libertad de inversión: Esta consiste en la plena libertad para diseñar o realizar inversiones cuya rentabilidad quedará al riesgo y ventura del inversor. No se limita beneficios ni pérdidas.

Con lo que respeta a las actividades no competitivas, se caracteriza por las notas siguientes:

1) Instalación y gestión de infraestructuras: Las infraestructuras son de uso común, y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios variados, distintas modalidad de transporte, distintos horarios, distintas modalidades de suministros (Ferrocarril: uso de estaciones y vías; transporte aéreo: aeropuertos y servicios portuarios; energía eléctrica: redes de alta tensión; telecomunicaciones: redes de cables y red telefónica; petróleo y gas: oleoductos y gasoductos).

   La importancia de las redes e infraestructuras esenciales, radica en que son la vía física por medio de la cual se materia-

liza el mercado. Se define a las infraestructuras en red, como aquéllas "instalaciones de valor estratégico, ramificadas por le territorio y con conexión física entre sus extremos, caracterizadas por su configuración unitaria al estar entrelazadas, su capacidad limitada y su duplicación antieconómica debido a su altos costos de implantación todo lo cual constituye conductos de paso obligado para participar en un determinado mercado de interés general".

La red es la clave del mercado, y su regulación debe de tener las siguientes características: a) Gestión autonómica, b) Estatuto jurídico de las redes y acceso a terceros, c) un nuevo concepto de propiedad que afecta al uso público, en la que se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso y no por su titularidad.

2) Servicio universal: El servicio universal integra aquellas prestaciones a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta, por lo que la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicios al que todos tienen derecho. En este tipo de servicios no hay competencia, porque no hay oferta. En este caso la regulación interviene imponiendo obligatorias prestaciones a cualquiera de los operadores del sector. Para ARIÑO ORTIZ este planeamiento ha supuesto una radical transformación del concepto de servicio público". La apertura de los servicios a la competencia y al mercado, se caracteriza por lo siguiente: a) La no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto, sino sólo de algunas tareas, misiones, actuaciones concretas dentro de aquél. Es necesario precisar en cada sector cuales son las obligaciones o cargas de servicio público; es decir de servicio universal obligatorio para el operado garantice el interés general. b) Abandono del concepto de reserva: Es decir se abandona el concepto de titularidad de la actividad a favor del Estado, y se introduce la idea de actividad reglamentada .

3) Sustitución de un régimen cerrado y en exclusiva por un régimen abierto, en el que basta una autorización para entrar en el sector . Sin embargo, se le imponen obligaciones y cargas de servicio, en la medida que haya que determinadas prestaciones al público, que se impondrá de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector, ya se unilateralmente por la norma reguladora del servicio, o contractualmente, pactándolo en cada caso con los distintos operadores.

4) Régimen de los precios. Este tema siempre ha resultado polémico. En el sistema de servicio público, éste se regulaba fundamentalmente entre el regulador y el regulado. En el nuevo modelo los precios de las prestaciones y servicios serán determinados por el propio mercado, y en otros, regulados de acuerdo si existe o no competencia real. La revisión del control de ha de caracterizarse por su estabilidad y no por su flexibilidad.

5) Las empresas de servicio público. Las empresas privatizadas de servicio público no representan solamente un negocio privado, donde lo importante es los beneficios y abaratamiento de los precios al consumidor, sino que tiene una dimensión pública, y la actitud del regulador y del juez debe de observar por su austeridad y moderación en la retribución de directivos y accionistas, como por su fortaleza y buena cotización en el mercado.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES BÁSICA, EN ESPECIAL A LOS SERVICIOS DE PENSIONES, SALUD Y EDUCACIÓN EN NICARAGUA

I
INTRODUCCIÓN

A inicios de 1990, se inicia un proceso de descentralización del Estado. Conforme el Decreto Número 1-90[1019] y de acuerdo al artículo 151 de la Constitución[1020], la Presidencia de la República descentraliza doce instituciones, entre ellas el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar Social (INSSBI), el Instituto Nicaragüense de Energía (INE), Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados (INAA) y el Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos (TELCOR).

[1019] Decreto-Ley Núm. 1-90. Decreto de Ley Creadora de Ministerios de Estado. La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990. Se reforma a través del Decreto Núm. 3-92. 6 de enero de 1992. La Gaceta Núm. 2 de7 de enero 1992.

[1020] Artículo 151 de la Constitución de 1987 establecía: "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[1021] fue el marco jurídico de la descentralización y reforma de la Administración Pública en Nicaragua[1022]. A través del Decreto 44-94 se crea el Comité Ejecutivo de la reforma de la Administración Pública (CERAP) y la Comisión Sectorial para la Descentralización (CSD) [1023]; además, siete Comisiones Sectoriales de Reforma, la Secretaría Ejecutiva para la Reforma de la Administración Pública y la Unidad de Coordinación del Programa de Reforma y Modernización del Sector Público (UCRESEP) [1024].

[1021] Decreto-Ley Núm. 4-90. "Entes Autónomos Descentralizados del Estado". La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990. l Decreto 4-90, "Entes Autónomos Descentralizados", publicado en La Gaceta No. 87, del 8 de mayo de 1990; y su posterior reforma, contenida en el Decreto 38-90, Reforma al Decreto 4-90, Ley de Entes Autónomos Descentralizados", publicado en La Gaceta No. 156, del 16 de agosto de 1990. Estos decretos fueron, derogados por la "Ley de Organización, competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo". Ley Núm. 290, capítulo V. Disposiciones finales y transitorias. Artículo 50, inciso 2.

[1022] En el artículo 1 del Decreto Núm. 4-90, se lee: **"**Los Entes Autónomos descentralizados del Estado son los siguientes: 1. Instituto Nicaragüense de Repatriación. 2. Instituto Nicaragüense de Fomento Municipal. 3. Instituto Nicaragüense de Desarrollo de las Regiones Autónomas. 4. Instituto Nicaragüense de Reforma Agraria. 5. Instituto Nicaragüense de Recursos Naturales y del Ambiente. 6. Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar. 7. Instituto Nicaragüense de Cultura. 8. Instituto Nicaragüense de Deportes. 9. Instituto nicaragüense de Turismo. 10. Instituto Nicaragüense de Seguros y Reaseguros. 11. Instituto Nicaragüense de Energía. 12. Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados. 13. Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos. 14. Banco Central de Nicaragua". Artículo 2.- Para cada Ente Autónomo, el Presidente de la República nombrará un Director, a excepción para el Banco Central de Nicaragua, el cual tendrá el cargo de Presidente.

[1023] En el capítulo I de este Decreto se establece: "El citado Comité será responsable de la dirección estratégica de un Programa dirigido a efectuar su reorganización estructural, administrativa, revertir la baja productividad del gasto público, elevar la eficiencia y calidad de las prestaciones, mejorar la asignación, administración y utilización de los recursos, jerarquizar sus cuadros gerenciales y técnicos y fortalecer la capacidad de decisión".

[1024] El Comité Ejecutivo para la Reforma de la Administración Pública (CERAP) estaba conformado por 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). UCRESEP fue creada inicialmente en el ámbito de Ministerio de Finanzas y con el Decreto Presidencial No. 10-98 pasó a funcionar en el ámbito de la Vicepresidencia de la República - con la responsabilidad de brindar apoyo técnico y operativo a la Secretaría Ejecutiva (de CERAP), servir de enlace con los Organismo Internacionales y administrar los recursos financieros del Banco Mundial y de cualquier otro Organismo multilateral y/o bilateral que así lo requiera. Esta Unidad era dirigida por un Coordinador Técnico con la función de brindar apoyo técnico y operativo en la ejecución de los proyectos de la Reforma a fin de poder centralizar toda la información y documentación respectiva; para lo cual cuenta con un equipo técnico de reforma conformado por consultores nacionales responsables de coordinar los principales componentes del Programa de Reforma y de actuar como contraparte de las instituciones beneficiarias de éste. Adicionalmente cuenta con la asistencia de un equipo administrativo financiero, de un especialista en adquisiciones y de un asesor legal.

Este decreto, en su artículo 9, establece la creación de siete Comisiones Sectoriales de Reforma:

1.1 Comisión Sectorial para la Descentralización, con el objetivo de diseñar, proponer y promover los planes y programas que garanticen un proceso fiscal, administrativo y funcional ordenado en materia de desconcentración y/o descentralización de actividades y servicios a los Gobiernos Municipales. Esta Comisión estará presidida por el Presidente del INIFOM y tendrá como miembros al Ministro de Salud, al Ministro de Educación, al Ministro de Finanzas, al Ministro de Gobernación, al Director de INAA y al Vice-Ministro de la Presidencia para Asuntos de Estado, o sus delegados respectivos.

1.2 Comisión Sectorial para la Reforma de Las Empresas Públicas a fin de diseñar, proponer y promover los planes y programas que garanticen la adecuada reestructuración, reorgani-

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 esta comprendido por las Instituciones y organizaciones del Gobierno Central, entes autónomos, empresas y otras unidades administrativas dependientes del Poder Ejecutivo. Inicialmente CERAP estuvo coordinado por el Ministro de la Presidencia y su sede administrativa funcionaba en el Ministerio de la Presidencia. A partir de Febrero de 1998, según el Decreto Presidencial No. 10-98 que reforma al Decreto Presidencial No. 44-94, la coordinación de CERAP pasó a estar a cargo del Vicepresidente de la República y su sede administrativa a funcionar en la Vicepresidencia de la República.
El mismo Decreto Presidencial creador de CERAP y UCRESEP establece la finalidad y los objetivos del Programa de Reforma. La misión de éste es "crear una Administración Pública moderna, pequeña, fuerte, eficiente y facilitadora"; para lo cual se establecieron los siguientes objetivos: Efectuar la reorganización estructural y administrativa del Gobierno (entendiéndose éste último como Poder Ejecutivo); revertir la baja productividad del gasto público; elevar la eficiencia y la calidad de las prestaciones; mejorar la asignación, administración y utilización de los recursos; jerarquizar los cuadros gerenciales y técnicos; Fortalecer la capacidad de decisión y gestión de los servicios en las áreas o funciones indelegables del Estado, en el ámbito 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 Núm 102. 3 de Junio de 1988.

zación y racionalización de las empresas y/o instituciones en las áreas de Hidrocarburos, Electricidad, Acueductos y Alcantarillados, Telecomunicaciones, Correos, Puertos, Aeropuertos y cualquier otra área de infraestructura que garantice el adecuado balance entre entes reguladores, normativos, planificadores y empresas operativas de dichos servicios.

1.3 Comisión sectorial para la Reforma del Sector Financiero Estatal a fin de diseñar, proponer y promover los planes y programas que garanticen la adecuada reestructuración, racionalización y eficiencia del Sector Financiero Estatal. Esta Comisión estará presidida por el Ministro de Finanzas y tendrá como miembros al Ministro de Economía y Desarrollo, al Presidente del Banco Central, al Superintendente de Bancos o sus delegados y además al director del Banco Estatal sujeto a reforma

1.4 La Comisión para la Reforma del Servicio Civil y Carrera Administrativa: a fin de elaborar planes y programas que tiendan a la creación de un régimen integral de servicio civil y desarrollo de la carrera administrativa del Estado.

1.5 Comisión para la Reforma de la Administración Financiera y Control Gubernamental: Para llevar a efecto la implantación de los sistemas integrados de presupuesto, tesorería, crédito, compra y suministros, control interno y externo y contabilidad gubernamental.

1.6 Comisión para la Reforma Administrativa[1025]**,** con el fin de proponer la reestructuración administrativa y orgánica de los Ministerios e Instituciones del Gobierno Central sobre la

[1025] La Secretaría Ejecutiva para la Reforma de la Administración Pública era ejercida por un Secretario Ejecutivo que tiene la responsabilidad de velar por la ejecución, supervisión y seguimiento de los planes y programas que sean aprobados por el CERAP. Hasta Febrero de 1998 el Secretario Ejecutivo era el Viceministro de Finanzas por mandato del Decreto Presidencial No. 44-94, pero a partir de esa fecha, y según el Decreto Presidencial No. 10-98, éste es nombrado por el Presidente de la República.

base de una política macroinstitucional y de acuerdo a las características propias de los mismos.

1.7 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.

II
LA DESCENTRALIZACIÓN DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE LAS PENSIONES

De acuerdo a los objetivos trazados por el Decreto 44-94, la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, con apoyo financiero del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), promovió el estudio y la elaboración de una propuesta de un Nuevo Modelo Previsional.

Conforme a los resultados y recomendaciones, el Resumen Ejecutivo del documento establece que: "Urge entonces, sobre la base de la definición de Nuevos Modelos de Seguridad Social y de atención a los grupos vulnerables, elaborar un nuevo marco económico, jurídico y de organización que responda a las recientes orientaciones de democracia participativa con descentralización operativa-financiera y dentro del marco de una economía social de mercado"[1026].

Para la efectiva realización del modelo propuesto, la comisión de expertos, propuso las siguientes acciones: Reestructurar el INSSBI, tanto en sus aspectos de organización administrativa como financiera, definición de un nuevo marco jurídico, fo-

[1026] LOPEZ, H.: "La Seguridad Social en Nicaragua, su crisis y su proyección". Estudios de la Seguridad Social. Núm.73. Pág. 101.

mentar la participación activa del sector privado en las acciones tanto de previsión como de desarrollo social. En ese mismo año el INSS revisa y readecua su programa institucional, definiendo cuatro áreas específicas que son: a) Fortalecimiento Salud Previsonal, c) El Modelo de Riesgos Profesionales, d) El Modelo Privado del Sistema de Pensiones[1027].

A inicios de 1993, como parte del proceso de reforma del Sector Salud en Nicaragua, en el marco del proyecto de Modernización del Sector Salud, y con el argumento de qué el Seguro Social no cumplía con los compromisos de ofrecer a los asegurados y a su familia la atención medica adecuada, y al habérsele privado todos los hospitales y tres policlínicas, se va a implementar un nuevo modelo de atención medica a través de la contratación de servicios médicos privados con las Empresas Medicas Previsionales (EMP)[1028] reconociéndoles un per cápita por cada trabajador asegurado adscrita a cada una de estas empresas. Ese per cápita único que paga al INSS por un asegurado le confiere el derecho a él, a su cónyuge en estado de embarazo y a sus hijos menores de 6 años, para que reciban la atención médica y quirúrgica, los medicamentos y los exámenes de laboratorio que se establece en los listados del contrato. Además, por esos mismos per cápita, la EMP debe de pagar al asegurado el subsidio de reposo por enfermedad[1029].

[1027] RIZO, S.: Reforma de la Seguridad Social en Nicaragua, Managua, Nicaragua, 1996.

[1028] Estas empresas médicas derivan su nombre del llamado "Modelo de Salud Previsional" que fue creado por el INSS para brindar atención médica a los asegurados que pagaban los Seguros de Enfermedad-Maternidad y Riesgos Profesionales, Maternidad y Riesgos Profesionales

[1029] VALLADARES, L.: Modelo de salud previsional en Nicaragua. Segunda edición. Friedrich Ebert. Managua. Nicaragua, 2002.

Desde la creación del Modelo de Salud Previsonal se identificaron cuatro componentes: El Instituto Nicaragüenses de Seguridad Social (INSS)[1030], las Empresas Médicas Previsionales (EMP), los Asegurados Activos, Empleadores[1031].

Con las reformas al sistema de salud, en la primera mitad de la década de los noventa, en la práctica se creó un sistema mixto de Atención a la Salud con los siguientes componentes:

- Un subsistema público, integrado por el Ministerio de Salud, Ministerio de Gobernación, Ministerio de Defensa y otras instituciones del Estado.

- El subsector privado, en el cual se incluyen hospitales, clínicas, organismos no gubernamentales, farmacias, ópticas, laboratorios, de análisis y centro de diagnósticos.

- El subsector Previsional, en el que se incluyen las Empresas Médicas Previsionales y las Unidades de Salud Acreditadas

[1030] Es necesario aclarar que entre los conceptos de Seguridad Social y el Seguro Social existe notables diferencias. Los Seguros Sociales abarcan seis programas principales, que son: Enfermedad, Maternidad, Invalidez, Vejez, Muerte, Riesgos Profesionales y. atención de salud de las enfermedades y accidentes comunes.
La Seguridad Social moderna, al ser más amplia que un Seguro Social, incluye los siguientes programas:
Prestaciones de dinero. (Aquí se incluye pensiones de Vejez, Invalidez, subsidios de sobrevivientes y Desempleo).
Cuidados de Salud (atención curativa, salud preventiva, atención a la maternidad y atención en rehabilitación).
Asignaciones Familiares por matrimonio, nacimiento, número de hijos.
Prestaciones Familiares por matrimonio, nacimiento, número de hijos.
Prestaciones Sociales, en la forma de servicios adicionales que proporciona la Seguridad Social en el campo de la educación, salud y vivienda, préstamos, guarderías, entretenimiento, servicios de recreación y vocacional.
De acuerdo a esta distinción, los artículos 61, 82, inciso 7 y el 105 de la Constitución Política claramente establecen el concepto de Seguridad Social y no de Seguro Social.
Del contenido de los referidos artículos de la Constitución Política podemos establecer que, por una parte, el Estado garantiza la prestación de servicios básicos, pero, por otra, permite el establecimiento de servicios privados en las áreas de salud y educación, por lo tanto, lo más sensato hubiese sido el establecimiento de un sistema mixto, en donde el usuario pudiese escoger entre un sistema estatal o privado de seguros sociales.

[1031] VALLADARES, L.: Modelo de salud previsional en Nicaragua...Pág. 13.

para atender enfermedades y agresiones a la salud que se producen por Riesgo Profesional. Ambas venden sus servicios al INSS, a quien garantizan el cumplimiento de las obligaciones que este contrae por las cotizaciones obligatorias a los trabajadores.

El INSS de esta forma se convierte en un ente normador, regulador y facilitador de la salud que recibirían los asegurados. Sin embargo, hasta el día de hoy, el Modelo de Salud Previsional ha sido cuestionado públicamente por organismos gubernamentales como la Contraloría de la República, debido a que la Ley orgánica vigente del Seguro Social no contempla la compra de servicios médicos a terceros; o sea, que las reformas al sistema de salud y de riesgos profesionales fueron de "facto", al no haber sido sometidos a legislación alguna[1032].

2.1 La privatización de las pensiones

En la primera mitad de la década de los noventa se realizaron diversos diagnósticos y estudios sobre la reforma al sistema de pensiones. Entre los más importantes tenemos: Los de la OIT, AISS, CISS, Julio Bustamante, Superintendente de Chile, diagnostico de la Fundación Friedirch Ebert, realizado por el doctor Carmelo Mesa-Lago y la propuesta de reforma del Foro Democrático Nicaragüense[1033].

[1032] Reflexiones sobre las reformas de la seguridad Social. CISS-CEDES, México, 1997. Pág. 303.

[1033] A solicitud del INSS, la organización Internacional del trabajo (OIT), realizó una evaluación que dio como resultado un informe, que contenía las recomendaciones siguientes: Separar los programas del INSS, de las Pensiones Especiales a cargo del Estado, y de los servicios del Ministerio de Salud (MINSA), establecer una mejor coordinación entre el INSS y el MINSA para mejorar las prestaciones de salud de los asegurados, suprimir las medidas dictadas en 1982 que redujeron los años de cotización y aumentaron las tasas de reemplazo en el programa de IVM, modernizar los procedimientos de afiliación y control del pago de las contribuciones para reducir la enorme mora, extender la cobertura de la población a nuevos grupos de trabajadores. De todas las recomendaciones, solamente el INSS siguió la tercera, ya que se derogaron las normas que flexibilizaban las condiciones de acceso, aspecto que tuvo un impacto positivo en las finanzas del INSS.

Propuesta del INSS. Con el apoyo del PNUD, el INSS elaboró propuestas para la reforma de salud y pensiones. Con respecto a las reformas en salud, la propuesta recomendaba: Otorgar atención de salud diferenciada de la del MINSA a los asegurados del INSS y a sus familiares dependientes. Al no tener infraestructura hospitalaria propia (ya que la traspaso al MINSA en los ochenta), tuvieron que utilizarse servicios externos mediante contratos con el MINSA. Los asegurados tendrían libre elección entre establecimientos públicos y privados y el INSS supervisaría el sistema. Esta propuesta contribuye para el establecimiento de las Empresas Médicas Previsionales. En cuanto a la propuesta de reforma de pensiones, hacia las siguientes recomendaciones: Crear un programa de capitalización plena e individual, al que contribuirían obligatoriamente el empleador, el asegurado y el Estado. El sistema sería administrado por el INSS, que recaudaría las contribuciones, mantendría las cuentas individuales e invertiría los fondos. La distribución del rendimiento del referido fondo entre las cuentas individuales se harían en forma "solidaria", favoreciendo a los asegurados de menores ingresos. Según el criterio del doctor CARMELO MESA-LAGO, esta propuesta era vaga, y tenía problemas conceptuales y no fue implantada, pero algunos de sus elementos fueron retomados en la posterior propuesta que sería presenta en 1996.

El informe de la Comisión Técnica Internacional de la OIT-AISS-CISS-OISS. 1995. En octubre de 1994, por medio de la invitación del INSS, se constituyó la Comisión Técnica Internacional para la evaluación del régimen de IVM. La comisión analizó varios escenarios: Primero: Mantenimiento del sistema actual (de prima escalonada por la ley), pero modificado y perfeccionado. Segundo: Substitución del sistema actual por otro basado exclusivamente en un sistema de ahorro individual. Tercero: Integración de un sistema mixto. De acuerdo a la Comisión, la mayor fortaleza del sistema actual, pero modificado y perfeccionado, sería la de no implicar gastos de transición que resultarían inevitables al cambio de sistema. Con respecto a la substitución por un Sistema de Cuenta de Ahorro Individual, la Comisión concluía que por las condiciones macroeconómicas, la situación salarial y laboral, así como las condiciones intrínsecas de los "sistemas de ahorro individual parecen inalcanzables por lo pronto en Nicaragua".

Y con respecto al último sistema, el mixto, la Comisión analizó la posibilidad de considerar un régimen general de prestaciones definidas que fuera complementado por uno o varios regímenes de ahorro individual, conforme la capacidad económica de los diferentes sectores. Sin embargo, en ese momento la Comisión considera necesario realizar mayores estudios que garantizaran su viabilidad financiera, su respeto a las normas internaciones del trabajo y que reflejaran la voluntad y las posibilidades de los nicaragüenses.

Propuesta de JULIO BUSTAMANTE. En 1995, a solicitud del INSS, el Superintendente de las AFP de Chile, Julio Bustamante, con un equipo de asesores chilenos elaboró un estudio y propuesta, que consta de tres partes principales: 1) Una descripción breve de 3 páginas, de las tres alternativas de reformas a los sistemas de pensiones "tradicionales", o sea, modelos público-reformado, mixto y sustitutivo. 2) Alternativas para la reforma de IVM en Nicaragua (en que analiza la viabilidad de dos modelos: el perfeccionamiento del sistema actual y el modelo sustitutivo). 3) La propuesta en sí (una mezcla de los tres modelos). En esta última parte del estudio se contiene la propuesta, que es la siguiente: 1) Se mantiene el actual programa de IVM del INSS con carácter obligatorio, pero dividido en dos subsistemas: a) Transitorio, en el cual se mantendrán los actuales asegurados de 45 ó más años de edad y los actuales pensionados. b) Permanente, en el cuál se incorporarán los actuales asegurados de menos de 45 años y los futuros ingresantes del mercado de trabajo. El sistema voluntario pagará pensiones complementarias a los dos subsistemas del obligatorio, se ba-

será en capitalización plena e individual y será administrado por administradoras privadas iguales a las chilenas: Entidades Gestoras de Pensiones Complementarias (ESPC). Se crea un nuevo sistema de pensiones complementario, de carácter voluntario La propuesta del superintendente se salía de los modelos existentes para crear un nuevo modelo híbrido, una combinación de sustitutivo y mixto voluntario.

La segunda propuesta del INSS (RIZO) en salud y riesgos profesionales Esta propuesta fue elaborada por SIMEON RIZO CASTELLON y comprende tres componentes: salud, riesgos profesionales y pensiones. El modelo de Salud Previsional, ratificaba la práctica de las Empresas Médicas Previsionales iniciadas en 1993, aunque propone algunas mejoras para el futuro. Con respecto al "Nuevo Modelo de Riesgos Profesionales", propone la separación de los servicios y el fondo del programa de riesgos profesionales (RP) de los de pensiones (IVM) y salud, con el objetivo de lograr: a) Proveer mejores incentivos a la afiliación del trabajador y reducir la evasión, mora y subdeclaración de ingresos, suministrando atención de salud especializada (preventiva, curativa y rehabilitadora) a los asegurados en RP; b) permitir una evaluación de los costos de RP y hacer más transparente el financiamiento de este programa; y c) evaluar actuarialmente las reservas del programa de RP a fin de determinar su situación y la prima adecuada.

Con respecto a la reforma del sistema de IVM, el doctor MESA-LAGO, catedrático distinguido de la universidad de Pittsburg, consultor del Banco Mundial y experto en Seguridad Social, hace la siguiente reflexión sobre la propuesta de RIZO CASTELLON: "adolece de serios problemas de confusión conceptual y técnica, contradicciones y falta de precisión en aspectos claves como: los sistemas transitorios y permanente, los tres pilares, el régimen financiero y el financiamiento, la pensión mínima, el bono de reconocimiento, las transferencias entre los dos sistemas, y la administración de los mismos y los tres pilares. De hecho no queda clara en la propuesta si se trata de un modelo sustitutivo o mixto. También introduce elementos excepcionales de reforma, los cuales no son adecuadamente elaborados y de cuestionable viabilidad".

Propuesta de CARMELO MEZA-LAGO. El estudio realizado por el doctor Carmelo Mesa lago y publicado por la Fundación Friedrich Ebert, analiza profundamente la situación de la rama de IVM, y propone como solución, un sistema mixto, en este caso, transitorio, ya que al dividir la población a la edad de 45 años, la gente que queda en el sistema antiguo, va desapareciendo a medida que no hay nuevos ingresos y se van jubilando los que permanecen en el pilar público. Esto, en su opinión, daría tiempo suficiente para que las condiciones de que hablaba en el informe de la OIT se vayan mejorando gradualmente, al igual que el desarrollo de mercados de capitales y de seguros.

Creación de la Comisión de Reforma de Pensiones de Nicaragua. En este contexto de debates propuestas y diagnósticos se formo la Comisión para la Reforma de Pensiones de Nicaragua (CEPREN), a través de la Resolución Ministerial No. 014-98, concebida para el análisis de la situación y para dar una solución viable para nuestro país y crear un modelo propio, adecuado, factible y sostenible, acorde con la realidad nicaragüense, con las aspiraciones y demandas del conglomerado social que cotiza y cotizó para obtener al momento de requerirlo una pensión decoros. Para un examen detallado de este tema véase: AVENDAÑO, NESTOR.: El sistema de Salud en Nicaragua. Friedrich Ebert. Managua, Nicaragua, 2001; JARAMILLO, IVAN.: Evaluación de los sistemas locales de atención integral de salud-silais, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua, 2001; La crisis de la seguridad social y la atención a la salud, experiencias y lecciones latinoamericanas, selección de CARMELO MEZA-LAGO, México, F.C.E., 1986,. II.t; La Seguridad Social en Nicaragua: El Nuevo Modelo, Managua, Nicaragua, INSS, 1994; LOPEZ, HUMBERTO.: La Seguridad Social en Nicaragua, su crisis y su proyección. Es-

Por su parte, la Comisión para la Reforma de Pensiones de Nicaragua (CEPREN), recomendó al Gobierno de Nicaragua adoptar una reforma al sistema de pensiones basada en la capitalización individual y en la administración privada de los Fondos de Pensiones[1034].

tudios de la Seguridad Social. No. 73. pp. 101-124; QUINTANA, PEDRO J.: Evaluación de la gestión técnica-administrativa e impactos del seguro de Enfermedad-Maternidad, 1997-2001, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua, 2001; Reflexiones sobre las reformas de la seguridad Social. CISS-CEDES, México, 1997; RIZO CASTELLON, SIMEON.: La reforma de la seguridad social en Nicaragua. Managua, INSS, 1996; RIZO CASTELLÓN, SIMEÓN.: Seguridad Social para el siglo XXI, INSS; Managua, Nicaragua, 1996; RIZO CASTELLON, SIMEON.: Contra la pobreza, INSS, Managua, Nicaragua, 1996; RUIZ ARIAS, MANUEL ISRAEL.: Análisis sobre las empresas médicas previsionales organizadas y financiadas por el INSS, Managua, Nicaragua, MIRACOM-96; VALLADARES, LARRY.: Modelo de salud Previsional en Nicaragua: Evolución y perspectivas de las EMP, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua, 2002; VOGEL DELGADILLO, ALAJANDRO.: Reformas al sistema de pensiones en Nicaragua, INSS, Managua, Nicaragua, 1998; SIERRO ROJAS, PEDRO.: El sistema de Seguridad Social en Nicaragua, Monografía, UCA; Managua, Nicaragua, enero, 1994; MEZA-LAGO, CARMELO.: Seguridad social y desarrollo en América Latina, Revista de la CEPAL No. 28, 1986; MEZA-LAGO, CARMELO.: Las reformas de las pensiones en América Latina y la posición de los organismos internacionales, Revista de la CEPAL, No. 60 , 1996; MEZA-LAGO, CARMELO.: Política y reforma de la seguridad social en América Latina, Nueva Sociedad 160; MEZA-LAGO, CARMELO.: La privatización de los sistemas de pensiones de la seguridad social en América Latina: un balance al final de siglo. En: Anuario Social y Político de América Latina, FLACSO, San José, 1999.CARMELO MEZA-LAGO.: La Seguridad Social en Nicaragua. Diagnostico y propuesta de reforma, Friedrich Ebert, Managua, Nicaragua. Págs. 109-126. AA.VV.: La privatización que sangra, INPRHU. Managua Nicaragua. 1999.

1034 El nuevo modelo planteado es de cuenta individual, en la que entrarían todos los asegurados obligatoriamente. Los fondos serán administrados por las AFP y estas, a su vez, reguladas y controladas por la superintendencia de valores, seguros y pensiones. Los fondos serán invertidos en el mercado de capitales, para eventualmente ser convertidos en rentas vitalicias a través de las compañías de seguro. Los fondos se constituirían sobre la base de los ahorros de los asegurados más un bono de reconocimiento con mantenimiento de valor y la rentabilidad de la inversión de fondos. Habrá una separación patrimonial entre los que administran los fondos y los que los invierten para proteger la integridad de los ahorros. En caso en que quiebren las administradoras, los fondos no sufrirían ningún daño y podrán trasladarse a otra administración.

Las empresas que formen el Sistema Financiero de Administradoras de pensiones, estarán constituidas por sociedades anónimas, con participación pública o privada, y serán instituciones de giro especial, es decir, solamente a este objetivo podrán dedicarse. No existirán limitaciones en cuanto a la propiedad accionaría y las únicas serán las que señale el Código de Comercio y otras leyes que sean aplicables. Estas empresas incluirán en su nombre comercial la frase Administradora de Fondos de Pensiones, o las siglas AFP'S. El patrimonio será determinado por estudios actuariales, se pactara mantener un patrimonio igual a capital mínimo el que aumentara con relación al numero de afiliados que se encuentren adscritos a las administradoras.

Sin embargo, este modelo propuesto entra en contradicción con la Constitución Política, que establece en su art. 105 que "los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que ésta obligado a prestarlos sin exclusiones; mejorarlos y ampliarlos".[1035]

El artículo 130 de la actual Constitución, establece como forma de organización política un "Estado Social de Derecho que vela por hacer realidad toda una serie de derechos fundamentales para las personas contempladas en los tratados internacionales".

Por su parte el artículo 46, establece de manera clara "que los nicaragüense gozamos de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a las personas 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 (Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social...art. 22); en la Declaración Americana de derechos y Deberes del hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultural; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos".

[1035] En Nicaragua, el derecho de la Seguridad Social se estableció por primera vez en la Constitución de 1939. Sin embargo, es en la Constitución de 1948, donde con claridad en el artículo 85 se lee: "El Estado establecerá el Instituto Nacional de Seguro Social. La ley regulará la forma de establecer el fondo del seguro a favor de los asalariados del Estado, del beneficiario y del patrón, para cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación". La Constitución de abril de 1948, sustituyó a la de 1950, sin embargo, conservó el derecho constitucional y en base al artículo 97, se aprobó en 1955, la Ley orgánica de Seguridad Social. EN 1982, se aprobó una nueva ley de Seguridad Social. En el artículo, se establecía la Seguridad Social como un Servicio Público.

Después de un intenso debate, la Asamblea Nacional, a través de la Ley Número 568, aprobada el 25 de noviembre del 2005, derogó la Ley Núm. 340, Ley de sistema de ahorro para pensiones y la Ley Núm. 388, Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones[1036].

2.2 Salud Pública

Durante casi un siglo, la Constitución fue el único marco jurídico legal de la Salud en Nicaragua[1037]. Sin embargo, en la Constitución de 1987 (y sus reformas) se establece, que "los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado esta-

[1036] En la Ley Núm. 568, en su considerando III, se lee: " Que el Gabinete Económico del Gobierno, con base en los estudios y análisis realizados por el Poder Ejecutivo y Legislativo, así como los Organismos Financieros Internacionales, resolvió suspender en el año 2005 la implementación de la Ley Núm. 340, "Ley de Sistema de Ahorro de Pensiones", debido que pone en peligro la estabilidad macroeconómica del país, al causar un déficit insostenible para el Estado; las alternativas de financiación propuesta son insuficientes para cubrir el déficit; y genera desigualdad social, al obligar a la población a asumir costos de transición que benefician solamente al sector laboral formal del país. La Gaceta Núm. 05 del 06 de Enero 2006.

[1037] JAIME ESPINOSA escribe: "Desde la Constitución de 1893 se contemplaba que era deber del Gobierno Central y las municipalidades la reglamentación de la higiene. En la Constitución de 1939 se estableció que la maternidad y la salud (sanidad) deberían ser tuteladas por el Estado. En 1948 se estableció la creación de un sistema de seguridad social y en la Constitución de 1987 y sus reformas, que es la vigente, se concibe la salud como un derecho que debe ser (CN. 59): Equitativo: "Los nicaragüenses tiene derecho, por igual, a la salud". Integral: "El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación". Público: "Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud". Participativo: "Corresponde al Estado promover la participación popular en defensa de la misma". Normativo: "(los ciudadanos) tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen". Otras disposiciones constitucionales que tiene que ver con el tema son: CN. 60 sobre la Obligación del Estado de la "preservación, conservación y rescate del medio ambiente"; el CN. 61. Derecho a la Seguridad Social; CN. 62. Se establece la obligación del Estado de elaborar programas para la "rehabilitación física, psico-social y Professional de los discapacitados. CN. 71. "La niñez goza de protección especial". CN. 74. "La mujer tendrá protección especial durante el embarazo". CN. 89. "Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional"... Nicaragua: El desarrollo del Sistema de salud"(Desde mediados del siglo XX hasta nuestro días). Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. Managua, Nicaragua. Pág. 19.

blecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en la defensa de la misma. Los ciudadanos tiene la obligación de acatarlas medidas sanitarias que se determinen".[1038]

Es necesario destacar que en la segunda mitad de los años ochenta, momento en que se aprueba la Constitución, el Ministerio de Salud (MINSA) se caracteriza por una excesiva centralización. No obstante, en la década de los noventa se efectuó una reforma al sistema de salud, transformándose el MINSA en el rector, controlador, normador y regulador de los servicios de Salud, con participación del sector privado. Asimismo, se inicio un proceso de desconcentración y de municipalización de salud[1039].

En abril de 1991, por medio de la resolución 91[1040], se crearon los Sistemas Integrales Locales de Atención Integral en Salud (SILAIS) en todo el país. Un año más tarde, mediante un decreto

[1038] Otras disposiciones constitucionales que tiene que ver con el tema son: Art. 60 de la Constitución, sobre la Obligación del Estado de la "preservación, conservación y rescate del medio ambiente". Art. 61. Derecho a la Seguridad Social; Art. 62, establece la obligación del Estado de elaborar programas para la "rehabilitación física, psico-social y profesional" de los discapacitados. Art 71, "La niñez goza de protección especial", art. 74, "La mujer tendrá protección especial durante el embarazo", Art. 89, "Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad Nacional".

[1039] El plan Maestro de salud 1991-1996, fue el primer documento de política de salud del gobierno que tomaba el poder a inicios de la década de los noventa. Este Plan fue elaborado en 1990 y publicado en 1991, y según sus propias palabras debía ser "el marco de referencia de las políticas de salud en Nicaragua y el instrumento que orientará la programación y movilización de recursos para este quinquenio". El eje de las políticas del Plan Maestro de salud era "...la implementación de la estrategia de Atención Primaria" y "como parte de esta estrategia se organizarán los Sistemas Locales de Salud (SILOS), bajo el concepto de "Fortalecimiento de los Servicios de Salud". El proyecto tenía como objetivo "profundizar el proceso de descentralización y atender los programas prioritarios, con énfasis en la población de riesgo" ESPINOZA, F.: Nicaragua: El desarrollo del Sistema de salud...Pág. 81

[1040] Resolución Ministerial Núm. 91. 1991.

Ministerial[1041], se orientaba la disolución de las representaciones regionales, asumiendo los SILAIS la delegación del MINSA en los departamentos[1042]. En octubre de 1993, producto de un proceso de discusión, e influenciados por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, se aprobó la "Política Nacional de Salud", que entre otras medidas importantes señalaba que, la implantación de los SILAIS era el "eje de la reforma del sector",

Ratificando "la atención Primaria de Salud como la estrategia central del modelo".

El MINSA definió dos niveles de participación de la sociedad en la gestión de salud. A nivel nacional, a través del Consejo Nacional de Salud, y a nivel local a través de los Consejos Departamentales de Salud y los Consejos municipales.

En 1997, el MINSA presentó un nuevo cuerpo de políticas de salud[1043]. La Atención Primaria en Salud no fue retomada como la estrategia central del modelo, y fue sustituida por el concepto de "modernización sectorial", la cual giraba en torno a cinco políticas: Completamiento y modernización del marco jurídico, fortalecimiento del Ministerio de Salud, fortalecimiento de la atención hospitalaria, desarrollo de nuevas estrategias en salud pública y modernización de la seguridad social.

De acuerdo a esta política, los SILAIS se constituyen en la unidad organizativa intermedia del Ministerio de Salud, éste "cuen-

[1041] Resolución Ministerial Núm. 96. 1992.

[1042] En la resolución 96, se definirán a los SILAIS, como "el lugar donde se articulan las políticas nacionales de salud con la realidad de a población y donde las estrategias deben convertirse en acciones concretas relacionado los problemas y necesidades de salud de la población con los conocimientos (clínicos, epidemiológicos, sociales y administrativos) y los recursos (gubernamentales, privados, de la comunidad y de otros organismos), definiendo prioridades, considerando alternativas de acción y conduciendo el proceso hasta la resolución y centro de los problemas, mediante el fortalecimiento de la Atención Primaria, como la estrategia para proveer a toda la población de servicios básicos de salud".

[1043] MINSA. "Política Nacional de Salud 1997-2000. Julio de 1997. Managua, Nicaragua.

ta con servicios municipales de salud y hospitales con descentralización creciente", más adelante se señala que "el proceso de descentralización debe profundizar hacia los municipios" y al "aumento de la autonomía hospitalaria".

El 7 de mayo del año 2002 fue aprobada la Ley General de Salud (423), entre sus disposiciones destaca que sus principios básicos son:

1. **Gratuidad:** Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas materno-infantil, personas de la tercera edad y discapacitados.

2. **Universalidad:** Se garantiza la cobertura del servicio de salud a toda la población, conforme los términos previstos en los regímenes que se establecen en la presente Ley.

3. **Solidaridad:** Se garantiza el acceso a los servicios esenciales de salud, a través de la contribución y distribución de los recursos y conforme las reglas propias de los diferentes regímenes que se establecen en la presente Ley.

4. **Integralidad:** Se garantiza un conjunto de acciones integradas en las diferentes frases de la prevención, promoción, tratamiento o recuperación y rehabilitación de la salud, así como contribuir a la protección del medio ambiente, con el objeto de lograr una atención integral de la persona, su núcleo familiar y la comunidad, de acuerdo a los diferentes planes de salud.

5. **Participación Social:** Se garantiza la participan activa de la sociedad civil en las propuestas para la formulación de políticas, planes, programas y proyectos de salud en sus distintos niveles, así como en su seguimiento y evaluación.

6. **Eficiencia:** Optimizar los Recursos del Sector Social, a fin de brindar los servicios esenciales que requiere la población.

7. **Calidad:** Se garantiza el mejoramiento continuo de la situación de salud de la población en sus diferentes fases y niveles de atención conforme la disponibilidad de recursos y tecnología existente, para brindar el máximo beneficio y satisfacción con el menor costo y riesgo posible.

8. **Equidad:** Oportunidad que tiene la población de acceder a los servicios esenciales de salud, privilegiando a los sectores vulnerables, para resolver sus problemas de salud.

9. **Sostenibilidad:** Se garantiza la viabilidad del sector a través de la continuidad de acciones y procesos dirigidos a preservar la salud, de manera que no decaiga o se extinga por factores políticos, culturales, sociales, financieros, organizacionales o de otra naturaleza, considerando las limitaciones propias en materia de recursos disponibles.

10. **Responsabilidad de los Ciudadanos:** Todos los habitantes de la República están obligado a velar, mejorar y conservar su salud personal, familiar y comunitaria, así como las condiciones de salubridad del medio ambiente en que viven y desarrollan sus actividades.

Respecto al Modelo de Atención, la Ley establece en el artículo 7, inciso 38, que entre las funciones del MINSA está la de "definir el modelo de atención que regirá la organización de los establecimientos de salud pública, incluyendo su organización interna y sus interrelacciones". Más adelante, en el Art. 11, se indica que "las Regionales Autónomas de la Costa Atlántica podrán definir un modelo de atención de salud conforme a sus tradiciones, cultura, usos y costumbres dentro del marco de las políticas, planes, programas y proyectos del Ministerio de Salud".

La Política de Descentralización establece únicamente la rectoría del sector a través del MINSA, para la elaboración de políticas, normación de la organización de la previsión de servicios a la población, regulación del ejercicio profesional en coordina-

ción con universidades y gremios, y la decisión de las formas de financiamiento de sus unidades de salud.

Una breve evaluación del proceso nos permite deducir que si bien, a través de la descentralización, se pretendía transferir capacidad de decisiones y recursos a diferentes niveles (Departamental y Municipal), en la práctica lo que se ha venido impulsando, ha sido más bien un proceso de desconcentración, con la particularidad de que dicho proceso es acompañado por niveles considerables de participación de los pobladores.

No ha habido una descentralización efectiva hacia los municipios, pues la hegemonía y control de las decisiones y recursos, se concentra en el MINSA, sin poder de decisión en los Municipios, porque todavía se mantiene la dependencia del nivel central en términos económicos, materiales y administrativos La Descentralización, en este sentido, no ha tenido como efecto la mejoría en los niveles de eficiencia en la prestación del servicio. Más bien la calidad de la prestación del mismo se ha deteriorado como efecto de la reducción del gasto en salud.

2.3 Educación

Durante la década de los 90's, las reformas educativas ha ido adquiriendo una mayor amplitud y profundidad en Nicaragua. La reforma educativa ha estado centrada en tres grandes objetivos: descentralización educativa en su versión de autonomía escolar[1044] y la Administración delegada a los gobierno municipal, transformación curricular y formación en valores.

[1044] HUMBERO BELLI señala que la Autonomía se basa en tres elementos: (i) Una transferencia fiscal a las escuelas, en base a criterios técnicos y de equidad; (ii) el control de los padres sobre la transferencia fiscal a nivel de la escuela y (iii) la plena autoridad del Consejo Escolar local sobre las decisiones de contratación y despido. La autonomía escolar en Nicaragua: o restableciendo el contrato social. PREAL. Núm. 21. Diciembre. 2001. Pág. 7. Asimismo véase su versión anterior, ARCIA, GUSTAVO y BELLI, HUMBERTO.: Rebuilding the Social

La participación de los padres y docentes en la toma de decisiones escolares fue considerada como un elemento fundamental en la reforma de 1990, que buscaba mejorar la eficiencia y la efectividad del servicio educativo. Los primeros pasos hacia el Programa de Escuelas Autónomas se dieron en 1991, cuando los Consejos Consultivos se establecieron en todas las escuelas públicas para asegurar la participación de la comunidad, especialmente de los padres en la toma de decisiones escolares.

En 1993 esta iniciativa se profundizó en un proyecto piloto con la transformación de los consejos consultivos en consejos directivos en 24 colegios de secundaria. Al inicio el programa tuvo como objetivo únicamente los colegios de secundaria ubicados en áreas urbanas, pero desde 1995 incluyó escuelas primarias siguiendo dos modelos: uno de ellos, igual al ya mencionado, dirigido a escuelas urbanas, incluyendo por lo tanto la figura de los consejos directivos; y el otro para escuelas rurales organizadas en núcleos municipales en donde una escuela del grupo

Contract: School Autonomy in Nicaragua. (Reconstruyendo el contrato social: La autonomía escolar en Nicaragua). LCSHD Paper Series #40, Dept. of Human Development, Latin America and the Caribbean Regional Office, The World Bank, 1999. También, KAESTNER, ROBERT.: Lessons Learned from Nicaragua's School Autonomy Reform. A Review of Research by the Nicaragua. Reform Evaluation Team of the World Bank Institute of Government and Public Affairs University of Illinois at Chicago Paper written for the project "Empowering Parents While Making Them Pay: Autonomous Schools in Nicaragua," funded by the Tinker Foundation. New York: New School University, Milano Graduate School of Management & Urban Policy.Seehttp://www.newschool.edu/milano/cdrc/schoolreport/index.html for the project web site.

Hay que señalar, necesariamente, que en la política educativa de EEUU la descentralización, aparece conectada a políticas de desintitucionalización, privatización subsidio estatal a la demanda educativa, sistema de vouchers y escuelas charter. Lo que queda en evidencia es que no hay modelo único para descentralizar los servicios educativos, como lo plantea BELLI. Vésase, HANNAWAT, JANE.: "Decentralization in two school districtis, challenging the standard paradigm", en CARNOY , MARTIN (edit.): Decentralization and school improvement. San Francisco, Jossey-Bass Publishers. 1993.

administra y lleva las cuentas bancarias para todo el núcleo. En este caso el consejo directivo funciona a nivel municipal[1045].

Según documentos oficiales del Ministerio de Educación, el proceso de descentralizaron "va dirigido a garantizar la participación de la sociedad civil en los asuntos educativos, en los que involucra a los padres de familia, docentes, alumnos, la Iglesia, la Empresa privada y al Gobierno Municipal, donde a través de estructuras representativas, les ha transferido recursos y poder de decisión... propiciando de esta manera un control más eficiente de los recursos, y a la vez contribuyendo a la profundización de la democracia en el país por la vía de la participación ciudadana[1046]".

[1045] Entre las competencias de los consejos directivos se encuentran: establecen el calendario, horario y las horas de clase por tema; eligen la metodología pedagógica; seleccionan algunos textos; definen el programa de estudios y las actividades extracurriculares; y establecen normas para la evaluación de alumnos. Pero en la medida en que el Ministerio establece los estándares de materiales y el currículo nacional, los consejos no intervienen en la práctica, pese a las numerosas competencias que tienen asignadas. Se observa que los padres tienen cabida más fácil en aspectos de la gestión pedagógica relacionados con la definición del horario y el calendario escolar, el monitoreo de la asistencia de los alumnos y especialmente con el seguimiento a los resultados institucionales en materia de los logros obtenidos por los alumnos, organizando así una especie de veeduría sobre la calidad del servicio educativo.
Los Consejos Directivos Escolares, también administran fondos transferidos mensualmente por el Ministerio de Finanzas. El monto de la transferencia se calcula con base en el número de estudiantes, el tamaño y la ubicación de las escuelas; e incluye los recursos para el pago de los salarios que pueden ser incrementados con fondos recolectados por el mismo centro educativo. Una vez que estos recursos llegan a la escuela, el Consejo puede decidir su gasto de manera autónoma. Además, preparan y hacen seguimiento a las asignaciones presupuestarias, buscan recursos adicionales, establecen las tarifas escolares, y administran los fondos para la compra de materiales escolares, la construcción y el mantenimiento. Los Consejos contratan y despiden a maestros y administrativos a través del director; pagan y supervisan el desempeño de los docentes y establecen incentivos. Resulta interesante que, además de pagar las remuneraciones de los docentes, la escuela puede aumentar el salario de los profesores hasta 25% dependiendo de la asistencia de alumnos y docentes. Los contratos de los maestros se hacen por un año. Los Consejos también seleccionan, contratan y despiden al director. MARGARITA LOPEZ, M.C.: Una revisión a la participación escolar en América Latina. Documento preparado para el grupo de trabajo sobre descentralización educativa y Autonomía Escolar de PREAL. De la misma autora: Pluralidad en la manera de hacer política educativa: Reforma de descentralización de la educación. Bogota, Colombia. 2001.

[1046] En el año 2002 la Asamblea Nacional aprobó la Ley Número 413 de participación educativa, publicada en la Gaceta No. 56 del 21 de Marzo del 2002. En el Artículo 1 se estable que el objeto de esta ley es "regular el régimen de la participación de la sociedad civil en la función educativa, en especial de padres de familia, educadores y estudiantes".

Sin embargo, en la práctica ha significado (aunque se ha trasladado autonomía a muchos centros escolares[1047]) una carga para los padres de familia con hijos en dichos centros[1048], quienes deben pagar mensualmente una cuota voluntaria, como complemento a las transferencias de recursos que hace al Ministerio de Educación Cultura y Deporte (MECD) a los Centros[1049].

Según la Constitución Política de Nicaragua, artículo 105, la educación es un servicio público y un deber indeclinable del Estado. Asimismo, la Ley de Participación Ciudadana, en su CAPITULO VI DEL FINANCIAMIENTO DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS ESCOLARES, artículo 16.- Del Financiamiento Estatal, de manera clara establece que "El Gobierno de la República por medio del Ministerio de Educación, Cultura y

[1047] En el primer foro de Descentralización realizado en el Mes de Enero de 1999, el Dr. José Antonio Alvarado, Ministro de Educación, expresó: "A Diciembre de 1998, en Autonomía Escolar se dio cobertura a 1,781 centros escolares que significó una cobertura del 37% a nivel nacional. En el ámbito de los alumnos se dio cobertura a 501,344 escolares con una cobertura del 63%, mientras los maestros sumaron 13,419 docentes con una cobertura del 55%". De acuerdo a las posiciones anteriormente expuestas, desde el punto de vista oficial, el proceso ha avanzado exitosamente, y el MECD se propone como retos para los próximos años, expandir la Autonomía escolar hasta en un 93% de los Centros Escolares, así como mejorar y profundizar los mecanismos de supervisión educativa, entre otros. Boletín informativo... Pág.4.

[1048] En un estudio realizado por la fundación EBERT, los profesores entrevistados opinaban que más que una Descentralización, el proceso ha significado un traspaso de la competencia de educación a los padres de familia y por ende una carga para ellos, que deben asumir los costos de educación de sus hijos. Sienten que el Estado está abandonando las competencias que establece la Constitución Política de Nicaragua en materia de Educación y la traspasa a los padres sin ningún fundamento legal para ello. LOPEZ ABED, NEHEMIAS (ED). Descentralización y desarrollo económico local en Nicaragua. Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 2004. Pág. 23.

[1049] En el documento, "Lecciones aprendidas de la automonía escolar nicaragüense" se lee: "Los aportes económicos de los padres y madres se han reducido significativamente en los últimos años, apreciándose en los centros de primaria, especialmente aquellos ubicados en comunidades más pobres, una tendencia a desaparecer por acuerdo de los CDE; mientras en los centros de Secundaria la tendencia es a ser cada vez menores, manteniéndose la percepción de obligación, a pesar de que la política del MECD es que sean voluntarios. Esto deja grandes interrogantes sobre la auto-sostenibilidad económica de esta estrategia". Reporte para el Proyecto "Empowering Parents While Making Them Pay: Autonomous Schools in Nicaragua," patrocinado por The Tinker Foundation. New School University, Milano Graduate School of Management and Urban Policy. Véase: http://www.newschool.edu/milano/cdrc/schoolreport/index.html.

Deportes garantizará a cada centro educativo bajo Régimen de Participación Educativa, una partida presupuestaria; mensual para cubrir los gastos de funcionamiento del mismo.

El respeto al proceso constitucional de gratitud de la educación, sé prohíben los cobros de cualquier índole en los centros educativos del Estado. Nadie podrá ser excluido en ninguna forma de un centro estatal por razones económicas".

Podemos concluir que la responsabilidad legal sobre el funcionamiento de las escuelas de primaria y secundaria se encuentra a cargo del gobierno central, y se sigue considerando la educación como un servicio público. Sin embargo, en los años noventa, como hemos constatado, se dio gran importancia a la autonomía escolar y a la participación comunitaria, como una nueva forma de gestión educativa, por encima de la descentralización educativa hacia gobiernos locales.

III
CONCLUSIONES

Como hemos estudiado, a inicios de la década de los noventa, en Nicaragua, se inició un proceso de transformación institucional en los sectores de los servicios públicos. Se adoptó el modelo de regulación por agencia, que toman base en la tradición estadounidense de las Comisiones Independientes[1050], en el cual existe un cuerpo legal o marco específico para el sector,

[1050] Señala JORDANA SANCHO que el "boom de los Entes Reguladores en América Latina fue impresionante: si en 1990 sólo un país de la región tenía establecido un ente regulador, sólo ocho años más tarde, en 1998, había ya 18 países con agencias similares en el sector de las telecomunicaciones". Reforma del Estado y telecomunicaciones en América Latina. Revista Instituciones y Desarrollo. Núm. 5. Diciembre. 1999. Instituto de la Gobernabilidad de Cataluña. www.iigov.org. En términos similares, SIFONTES: Regulación económica y agencias de regulación independientes. Una revisión de la literatura. En: www. eumed.net/ce/ds-regulat.htm. Consultado el 16 de mayo. 2006.

en el que se detalla la normativa que se aplica para orientar y evaluar el comportamiento de los operadores. La agencia tiene naturaleza, y tiene el objetivo de control del cumplimiento de la normativa vigente.

En la regulación de los servicios públicos podemos encontrar tres modelos o formas de regular, a saber:

a) El modelo de regulación unisectorial, esto es, un ente regulatorio para cada sector objeto de regulación, viene dado por instituciones regulatorias que operan de forma aislada.

Este modelo presenta algunas ventajas:

- No concentra la regulación en una sola institución, es decir, no existe la concentración de la regulación en un solo ente regulatorio.
- Existe una mayor posibilidad de desarrollar un conocimiento especializado de las características tecnológicas, económicas e institucionales del sector que se regula.
- Existe una competencia interinstitucional indirecta entre los entes regulatorios unisectoriales, al existir la posibilidad de comparar a los entes entre sí con el fin de optimizar la regulación.

b) El modelo de regulación multisectorial se da cuando un ente regulador controla varios servicios, como por ejemplo transportes, hidrocarburos, y telecomunicaciones.

- Permite reducir los costos de la regulación, compartiendo recursos humanos especializados en la realización de las actividades reguladoras que son comunes a las diferentes industrias.
- Permite un tratamiento similar a actividades regulatorias comunes.

- Promueve mayor consistencia en las decisiones regulatorias que se adoptan en los distintos sectores de cada industria.
- Controla con una mayor resistencia a las presiones de los intereses de los usuarios, empresas y al Estado al regular una diversidad de servicios correspondientes a diferentes industrias existiendo una mayor consistencia en las decisiones.
- Generalmente tienen bajo su cargo la función reguladora y normativa.

En Nicaragua, en la década de los noventa, se optó por un modelo de regulación unisectorial, sin embargo, con las reformas constitucionales, aprobada en el 2005, se adoptó una regulación multisectorial.



KARLOS NAVARRO MEDAL Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Ha sido asesor externo de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Corte Suprema de Justicia, PNUD y OIT.

Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Fundador y miembro Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro de Honor de las Asociaciones Mexicana, costarricense y ecuatoriana de Derecho Administrativo. Académico correspondiente Academias de Legislación y Jurisprudencia de Galicia, Córdoba (Argentina), Granada y de Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España. Autor de libros de historia, ciencias políticas y derecho administrativo. Profesor invitado de diversas Universidades españolas e Iberoamericanas.

Ha sido decano de la facultad de derecho de la Universidad hispanoamericana, y director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.

ISBN 978-99924-21-27-0

"Universitas Granadensis"

EDITORIAL HISPANOAMERICANA

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE



KARLOS NAVARRO

"Universitas Granadensis"

EDITORIAL HISPANOAMERICANA