TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO CENTROAMERICANO Y REPUBLICA DOMINICANA

TOMO

I

PARTE GENERAL

HENRY MEJÍA - EDMUNDO ORRELLANA
KARLOS NAVARRO - ERNESTO JINESTA LOVO
CARLOS GASNELL ACUÑA - OLIVO A. RODRÍGUEZ HUERTAS

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

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO CENTROAMERICANO Y REPUBLICA DOMINICANA

TOMO

I

PARTE GENERAL

HENRY MEJÍA - EDMUNDO ORRELLANA
KARLOS NAVARRO - ERNESTO JINESTA LOVO
CARLOS GASNELL ACUÑA - OLIVO A. RODRÍGUEZ HUERTAS

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

Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía

Rector
Dr. Roberto Ferrey

Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores

Director
Karlos Navarro

Equipo Editorial

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

ISBN: 978-99924-21-41-9

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 conocim iento.

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).

SUMARIO

Panorama general del derecho administrativo salvadoreño 27

El derecho administrativo en Honduras 89

El derecho administrativo en Nicaragua 173

El derecho administrativo en Costa Rica 317

Panorama general del derecho administrativo en Panamá 387

Derecho administrativo dominicano 429

Índice general

Prólogo 15
Por Jaime Rodríguez-Arana

Introducción..... 21
Por José Antonio Moreno Molina

Panorama general del Derecho administrativo salvadoreño..... 27
Por Henry Alexander Mejía

I. Evolución del Derecho Administrativo salvadoreño 27
1.Primeras instituciones administrativas 27
2.Desarrollo de la legislación de Administrativa 28
II. Bases constitucionales de la Administración Pública 29
III. Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo..... 31
IV. Consideraciones básicas de la teoría del acto administrativo 32
1. Delimitación Conceptual 32
2. Características de acto administrativo..... 34
3. Efectos del acto administrativo 35
4. Estabilidad de acto administrativo 36
5. Presunción de legalidad 38
V. El Procedimiento administrativo en El Salvador 40
1. Consideraciones doctrinales..... 40
2. Ámbito conceptual 41
3. Los fines del Procedimiento Administrativo 43
4. Regulación jurídica del procedimiento administrativo en El Salvador..... 44
5. Sujetos de la relación procedimental..... 46
6. Principios generales que informan el procedimiento administrativo salvadoreño 47
7. Estructura del procedimiento..... 50
8. El silencio administrativo 52
9. Una reflexión 54
VI. Los Recursos Administrativos 54
1. Aspectos Generales 54
2. Naturaleza jurídica del recurso administrativo..... 55
3. Elementos de los recursos administrativos 56
4. El procedimiento del recurso administrativo..... 57
VII. La jurisdicción contenciosa administrativa 60
1. Generalidades 60
2. Objeto la Jurisdicción Contenciosa Administrativa..... 62
3. El Proceso Contencioso Administrativo 68
4. Los sujetos del proceso contencioso administrativo..... 71
5. La tutela cautelar 76
6. Actos de desarrollo del proceso contencioso administrativo 79
7. Terminación del procedimiento..... 80

8. El proceso de lesividad 84
9. Algunas reflexiones sobre la Jurisdicción contenciosa administrativa 85
Bibliofrafía general 86

El derecho administrativo en Honduras 89
Por Edmundo Orellana

I. El derecho administrativo y la administración pública 89
1. Objeto de estudio 89
2. Evolución normativa..... 89
3. Características de la administración pública hondureña..... 92
II. La administración pública 93
1. Organización 93
2. La administración pública central 93
3. La administración pública descentralizada 95
III. Jerarquía normativa y de los actos administrativos 98
1. Jerarquía normativa 98
2. Jerarquía de los actos administrativos 99
IV. El acto administrativo..... 100
1. Noción..... 100
2. Elementos..... 101
3. Caracteres 102
4. Perfección y eficacia 102
5. Retroactividad..... 103
6. Invalidez 103
V. Procedimiento administrativo 104
1. Delimitación conceptual..... 104
2. Principios 104
3. Los sujetos 105
4. Fases 105
VI. Jurisdicción de lo contencioso-administrativo 111
1. Introducción 111
2. Los sujetos procesales..... 111
3. Los actos revisables 112
4. Actos no revisables..... 113
5. Cuestiones excluidas, incluidas y prejudiciales. 114
6. La improrrogabilidad de la competencia y la falta..... 115
7. Las pretensiones 115
8. Procedimiento ordinario 116
9. Terminación anormal del proceso contencioso-administrativo 120
10. Procedimientos especiales..... 121
11. Los incidentes 122
VII. Los contratos administrativos 122
1. Introducción 122
2. Los procedimientos de selección 125
3. Los contratos administrativos 132
4. Contrato de obra pública 132

5. Contrato de suministro..... 137
6. Contrato de consultoría 142
7. Las garantías 144
VIII. Expropiación 148
1. Principio constitucional y legislación..... 148
2. Titular de la potestad..... 148
3. Contenido de la potestad 148
4. Regla general para las municipalidades 149
5. Requisitos..... 149
6. Motivos de la expropiación 149
7. Destino del bien expropiado 151
8. Indemnización 151
9. Procedimiento 152
10. Perfección..... 154
11. Recuperación del bien expropiado 154
VIII.La responsabilidad del Estado..... 155
1. La responsabilidad 155
2. La responsabilidad de los servidores públicos 158
3. La responsabilidad civil, penal y administrativa de los servidores públicos..... 159
IX. El régimen de personal 160
1. Carrera administrativa 160
2. Las carreras reconocidas en nuestra legislación..... 160
3. Los regímenes 161
4. El régimen de la carrera docente 161
5. El régimen del servicio civil 162
6. Regímenes especiales 164
Bibliografía 172

El derecho administrativo en Nicaragua 173
Por Karlos Navarro Medal

I.Introducción 173
II. Los presupuestos constitucionales del derecho administrativo nicaragüense 176
1. La sujeción de la administración pública al derecho..... 178
2. La falta de una nítida separación entre gobierno y administración pública 181
3. La Constitución económica y la administración pública 182
4. La regulación constitucional del empleo público 185
III. Las fuentes en el derecho administrativo nicaragüense 187
1. La ley 191
2. Reglamento..... 196
3. Tratados internacionales 199
4. Jurisprudencia dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad 201
5. Jurisprudencia 204
6. El precedente administrativo 208
7. Doctrina científica 209

IV. La organización administrativa del Estado de Nicaragua 211
1. La organización de las regiones autónomas de la Costa Atlántica 223
2. La organización administrativa de las municipalidades de Nicaragua.....224
V. El acto administrativo..... 224
1. Definición 225
2. Elementos del acto administrativo..... 234
3. Clases de actos administrativos 244
4. Invalidez del acto administrativo 248
VI. Los recursos administrativos..... 261
1. Concepto de recurso administrativo..... 261
2. Fundamento de los recursos administrativos 265
3. Suspensión 267
4. Clases de recursos administrativos 267
5. Procedimiento 268
VII. El procedimiento administrativo 273
1. Elaboración y estructura del proyecto de ley 274
VIII. Contencioso-administrativo 278
1. Recurso de inconstitucionalidad en contra de 280
2. Sentencia 40, que declara parcialmente inconstitucional la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo 281
IX. El servicio público: liberalización, privatización y regulación 282
1. El servicio público en Nicaragua 286
2. Bloque de servicios sociales: seguridad social, sanidad y educación 287
3. Bloque de transporte 289
4. Bloque de suministros: agua, energía eléctrica.....291
5. Bloque de comunicación: radiocomunicación, telégrafos, correos 293
6. La crisis de los ochenta y la nacionalización de las empresas 294
7. El servicio público en la Constitución de Nicaragua..... 296
8. La privatización de los servicios públicos 297
X. Los contratos administrativos 298
1. La figura del contrato administrativo 298
2. Ámbito de aplicación 299
3. Principios de la contratación 300
4. Requisitos previos para contratar 300
5. Órganos de la contratación 300
6. Procedimiento de contratación administrativa 301
XI. Bienes públicos en Nicaragua 311
1. Distinción entre dominio público y dominio privado..... . 312
XII. Empleo público 314
1. Ámbito de aplicación 315
2. Órganos del servicio civil 315

El derecho administrativo en Costa Rica 317
Por Ernesto Jinesta L.

I.Fundamentos constitucionales del derecho administrativo..... 317
II. Fuentes del derecho administrativo 319
1. Fuentes escritas 319

III. Organización administrativa 331
1. Modelo de organización 331
2. Administración central y tutela administrativa..... 332
3. Administración descentralizada y autonomía 333
IV. Régimen jurídico de los actos administrativos 335
1. Concepto jurídico-positivo de acto administrativo..... 335
2. Elementos materiales 335
3. Elementos formales 337
4. Validez y eficacia 337
5. Eficacia 341
6. Extinción 343
VI. Procedimiento administrativo 344
1. General 344
2. Tipología legal de procedimientos administrativos comunes 344
3. Principios generales de los procedimientos administrativos 349
4. Elementos subjetivos y objetivos del procedimiento..... 350
5. Inicio del procedimiento 350
6. Medidas cautelares 351
7. Ordenación del procedimiento 351
8. Instrucción del procedimiento 351
9. Terminación del procedimiento 351
10.Agotamiento facultativo de la vía administrativa y recursos administrativos 352
VII. Responsabilidad administrativa 352
1. Evolución histórica 352
2. Fundamento constitucional 355
3. Elementos de la relación de la responsabilidad administrativa..... 355
4. Sistema de responsabilidad sin falta o por sacrificio especial 356
5. Sistema de responsabilidad por falta de servicio 357
6. Responsabilidad del funcionario público por falta..... 357
VIII. Contratación administrativa 358
1. Fundamento constitucional 358
2. Cobertura subjetiva y excepciones al régimen..... 358
de la contratación administrativa 359
3. Prohibiciones 359
4. Principios 359
5. Preparación y formación del contrato: procedimientos de contratación 359
6. Formación del contrato administrativo 360
7. Perfección y formalización del contrato administrativo 360
8. Ejecución del contrato administrativo 361
9. Extinción del contrato administrativo 362
10. Contratos administrativos típicos y atípicos.... 362
IX. Dominio público 362
X. Servicio público 363
XI. Función pública 364
XII. Jurisdicción contencioso-administrativa 365
Introducción..... 365
1. Adecuación de la justicia administrativa al paradigma constitucional 366

2. Ampliación de la esfera de control: supresión de reductos exentos 367
3. Control y reducción de la discrecionalidad. 368
4. Ampliación de la capacidad y la legitimación, reconocimiento de la acción popular... 369
5. Medidas cautelares positivas 369
6. Agotamiento facultativo de la vía administrativa 370
7. Requerimiento previo en la impugnación de las omisiones..... 371
8. Plazos abiertos para impugnar las diversas manifestaciones de la función administrativa 371
9. Pretensiones 371
10. Proceso unificado 372
11. Proceso de trámite preferente 373
12. Conciliación intraprocesal..... 374
13. Oralidad y proceso por audiencias 375
14. Procesos excepcionales sin juicio oral y público o sin audiencia..... .. 377
15. Extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros 378
16. Cumplimiento de la conducta omitida 379
17. Tipología de las sentencias estimatorias 379
18. Actualización o indexación de las obligaciones pecuniarias 380
19. Efectos de la nulidad de un acto administrativo de alcance general "dimensionamiento" de los efectos de la sentencia 381
20. Apelación tasada 381
21. Flexibilización de la casación y casación en interés del ordenamiento jurídico 381
22. Cuerpo de jueces de ejecución 382
23. Multas coercitivas 382
24. Ejecución sustitutiva de la sentencia por el juez de ejecución 382
25. Sentencia estimatoria y presupuestos públicos..... 383
26. Embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público 383
27. Disconformidad con el ordenamiento jurídico de toda conducta administrativa que no se ajuste a la sentencia y su impugnación en fase de ejecución..... 385
28. Reiteración de la conducta administrativa ilegítima en contra de una condenatoria ..385
29. Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros 385
Bibliografía 385

Panorama general del derecho administrativo en Panamá..... 387
Por Carlos Gasnell Acuña

Introducción 387
1. Base constitucional, concepto de derechoadministrativo y fuentes 388
2. Organización administrativa 392
3. Acto administrativo, su ejecucióny el principio de autotutela 394
4. El procedimiento administrativo 398
5. Otras técnicas de controlde la administración 405
6. Contratación pública 406
7. La responsabilidad administrativa 414
8. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) 419

9. El derecho administrativo sancionador..... 421
10. Expropiación forzosa 424
11. Medio ambiente 425
Bibliografía 427

Derecho Administrativo Dominicano 429
Por Olivo A. Rodríguez Huertas

I. Evolución y modelo regulativo de la Administración pública, base constitucional y concepto de Derecho administrativo y fuentes. 429
II. La Organización administrativa dominicana 437
III. El procedimiento administrativo. 441
IV. El acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa. 444
V. Los contratos de la Administración 447
VI. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia. 450
VII. El Derecho administrativo sancionador. 452
VIII. La función pública. 454
IX. La responsabilidad administrativa. 456
X. Bienes públicos 458
XI. La discrecionalidad administrativa 459
XII. El control judicial de la Administración: contencioso-administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes. 460
XIII. Otras técnicas de control de la Administración. 463

PRÓLOGO

El libro que el lector tiene en sus manos es la primera obra que estudia la disciplina del Derecho Administrativo desde la óptica centroamericana, mexicana y dominicana. Sólo por eso, los coordinadores: José Antonio Moreno Molina y Karlos Navarro; y, los autores de este gran proyecto editorial deberían ser felicitados efusivamente. Pero es que, además, la calidad del libro, la brillantez de sus profesores y el sistema y metodología empleados acreditan un trabajo pionero y sólido desde todos los puntos de vista. Por ello, quiere empezar estas breves líneas manifestando públicamente mi más cordial felicitación a los profesores, y amigos, Karlos Navarro, Ernesto Jinesta, Henry Mejía, Edmundo Orellana, Carlos Gasnell, Olivo Rodríguez Huerta y Terecita Rendon Huerta. Gracias a ellos la región cuenta desde ahora con un manual en el que se exponen los fundamentos, historia y principales instituciones del Derecho Administrativo de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Dominicana y México.

En efecto, los estudiosos y analistas del Derecho Administrativo de Centroamérica, México y de Dominicana, y de todos los países en general, están hoy de enhorabuena porque, en el marco del Derecho Administrativo Iberoamericano, se ha tomado la acertada decisión de estudiar el Derecho Administrativo de los países de la región centroamericana, mexicana y dominicana; y, ofrecer a los estudiosos en el Derecho Administrativo una panorámica general comparada del estado de la cuestión en la región. Esta tarea pone de manifiesto las luces y las sombras existentes en la construcción del Derecho Administrativo en estos Estados. Permite una aproximación a las peculiaridades y singularidades de cada uno de estos Ordenamientos jurídicos administrativos y, desde luego, es un magnífico instrumento de cara a fortalecer y apuntalar el proceso de integración en la región. Un proceso que precisa inexorablemente de un mayor conocimiento de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Público, pues el Derecho de la Integración es, desde luego, Derecho Público que hunde sus raíces en el marco de los Tratados Fundacionales y en su carácter preferente y directo.

La presidencia del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo me ha permitido, en estos años, conocer de primera mano a los principales profesores de la materia y sus obras más destacadas. He podido, de esta manera, apreciar el trabajo de universitarios y pensadores que entienden claramente el meollo de nuestra disciplina. Una rama del Derecho Público destinada a controlar jurídicamente el poder público, una forma de civilizar, como decía Giannini, el poder, un Derecho del poder público para las libertades ciudadanas como sentenció solemne y brillantemente González Navarro.

El Derecho Administrativo, así lo siento y lo he percibido en estos últimos años en Iberoamérica, es un Derecho pujante. Poco a poco se enseña en la Universidad también desde la perspectiva del ciudadano. Un ciudadano que durante muchos años, demasiados seguramente, fue un sujeto inerte, un mero receptor acrítico de servicios y bienes públicos de responsabilidad estatal. Ahora, sin embargo, no sin especiales dificultades, no sin sólidos compromisos, empieza a construirse un Derecho Administrativo de esperanzador sabor ciudadano en el que las instituciones se conciben y se piensan en función de los intereses generales. De intereses generales que se abren a toda la sociedad, con especial referencia a los más débiles, a los más necesitados. Se ha terminado, pues, una etapa del Derecho Administrativo entendido como mera descripción acrítica de instituciones diseñadas para autoconsumo y conservación del poder de dirigentes

y representantes. Ahora, insisto, estamos en el camino de un Derecho Administrativo comprometido con la mejora permanente de las condiciones de vida de los habitantes.

El Derecho Administrativo, por otra parte, está, en el difícil tiempo que nos ha tocado vivir, de palpitante y rabiosa actualidad. Efectivamente, en el contexto de la aguda y dolorosa crisis económica y financiera que se vive en tantas partes del mundo, con frecuencia se habla, y se escribe, sobre los entes reguladores, sobre la función pública de control, sobre la racionalidad del sistema económico, sobre el papel del Estado en la economía. Cuestiones, todas ellas, propias de Derecho Administrativo porque el Derecho Administrativo, que no es sólo el Derecho de la Administración pública, se proyecta sobre el poder público en sus relaciones interadministrativas y también, y de qué manera, en sus relaciones con los ciudadanos. Alguna vez me he atrevido a decir que el Derecho Administrativo es el Derecho que regula racionalmente los asuntos generales con arreglo a la justicia. En este sentido, también se puede entender el derecho Administrativo como el Derecho que regula el servicio objetivo al interés general, piedra de toque y columna vertebral, alma y esencia del Derecho Administrativo.

En este tiempo se ha puesto en cuestión la funcionalidad de los entes reguladores: su régimen jurídico y la forma de designación de sus miembros. Se ha pontificado, probablemente sin demasiado fundamento, sobre la necesidad de la autorregulación de algunos mercados financieros, como si la presencia del Estado en estas materias fuera superflua o innecesaria. Incluso, en el colmo del disparate, se ha acusado al Derecho Administrativo de impedir que el Estado funciones con arreglo a los cánones de la eficiencia y la eficiencia en el mercado. Como si la Administración pública fuera una empresa más. En fin, aunque no se puede señalar un único responsable de lo que ha acontecido, es probable que todos hayamos tenido parte de la culpa: quienes defienden que los mercados no precisan de regulación porque se regulan a sí mismos, quienes profesan una fe ciega en que todo se arregla con más funcionarios, más decretos y más estructuras públicas y también quienes, seducidos por ofertas crediticias tan irresistibles como virtuales, acabaron por asumir riesgos irresponsables.

Me va a perdonar el lector, si a la luz de las atinadas reflexiones que se vierten en el libro que tengo el gran honor de prologar si comparto con los lectores una preocupación compartida acerca del sentido que hoy tiene el Derecho Administrativo y el alcance y efectos de la denominada huida del Derecho Administrativo. La reflexión, como no puede ser de otra manera, se centra en el Derecho Constitucional español, aunque pienso que es perfectamente extrapolable a cualquiera de nuestros países.

En este sentido, me parece que es menester citar los artículos 9, 10, 24, 31 y 103 de la Constitución, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de la Carta magna española que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, como suelo apostillar, dinámico. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que "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".

La Administración pública, sea de orden nacional, supranacional o regional o local, sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivación del poder que supone la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente "in crescendo" a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

La referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy clara sobre cuál pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una Administración autoritaria que vivía en un contexto de unlilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por eso, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremanera a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de la Constitución española, que la Administración está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que manejemos, lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Por otra parte, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está presente en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la Administración justifique racionalmente porqué en determinados casos acude al Ordenamiento privado.

Seguramente, desde que se abren las puertas de la Administración pública al Derecho Privado con ocasión de la prestación de forma indirecta de determinados servicios públicos, la pretendida huida del Derecho Administrativo late sobre las diferentes explicaciones que podemos encontrar en la historia de nuestra área de conocimiento.

Para unos, que pueda siquiera mentarse en el ámbito de la Administración pública el Derecho Privado, o de mercaderes, como se le tilda en ocasiones desde estas doctrinas, constituye una grave traición a los orígenes y tradición de un Derecho que ha sido, es y debe seguir siendo el Ordenamiento propio, privativo y específico de la persona jurídica Administración pública. Para otros, la eficacia y la eficiencia exigible también a la Administración pública, prácticamente ausentes de un Derecho Administrativo de corte autoritario que bascula únicamente sobre los privilegios y prerrogativas, no es congruente con lo que la sociedad espera y exige de la Administración pública.

Frente a ambas posiciones extremas, surge una nueva perspectiva, en mi opinión con base suficiente en el artículo 103 de la Constitución, según la cual, lo determinante no es la naturaleza del Ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El artículo 103 se refiere a sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cuál, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión como esta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las Ciencias sociales, con todos los respetos, ya pasó de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho Privado. Eso sí, cuando la Administración acuda al Derecho Privado debe explicar por qué lo hace porque, evidentemente, el Derecho común sigue siendo el Derecho Administrativo.

Es bien sabido que en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, el descubrimiento de la eficacia, de la eficiencia, del "management", encontró en la Administración un terreno bien abonado para el florecimiento del estudio y de la práctica de los entonces modernos enfoques de la dirección por objetivos y otras tantas maneras, legítimas y positivas, de introducir en el aparato público una sana competencia y una razonable reflexión sobre la evaluación de los resultados. Esto, que objetivamente pudo haber sido un paso muy relevante en orden a realizar las reformas normativas

que fuera menester, sin embargo desembocó, en alguna medida, fruto del pensamiento único, en una relativa mitificación de los objetivos a alcanzar prescindiendo, en tantas ocasiones, de los procedimientos. Lógicamente, en este contexto, la corrupción estaba servida como desgraciadamente la realidad demostró en tantos países durante los años en los que reinó sin problemas la idea de que mercado era igual a eficiencia y eficacia, y lo público sinónimo de ineficiencia e ineficacia.

Como suele ocurrir, nunca se producen los fenómenos por una sola causa, por lo que quizás se pueda afirmar que, en efecto, algo de esto puede estar detrás de la radical seducción que las bondades del mercado provocó en no pocos gestores y administradores públicos durante esta época: destierro del Derecho Administrativo, preferencia por el Derecho Privado, constitución de todo un entramado de entes públicos y sociedades públicas creadas precisamente para operar en el nuevo mundo de la eficacia y de la eficiencia. En fin, en esos años sí que se produjo una masiva huida del Derecho Administrativo con la correspondiente, a su vez, ida al Derecho Privado.

El fenómeno se manifestó, pues, en el gusto por la gestión de lo público a través de la flexibilidad y eficiencia del Derecho Privado, bien sea relajando los sistemas de control de la intervención del Estado, bien sea creando toda suerte de sociedades y entes públicos sometidos al Derecho Privado, o bien asumiendo "in toto" los paradigmas de la gestión privada para la dirección y gestión de lo público. Los resultados de tal moda no se hicieron esperar y están en la base de la etiología de la crisis financiera y económica que estamos padeciendo.

En fin, el lector tiene en sus manos una espléndida obra colectiva de Derecho Administrativo: Derecho Administrativo Centroamericano, mexicano y dominicano, escrita por renombrados y brillantes juristas que nos presentan el régimen, historia y principales instituciones que jalonan el Derecho Administrativo de los países que integran la región. Estoy seguro que este libro servirá para potenciar el Derecho Administrativo en la región, para animar a la construcción de instituciones de nuestra disciplina estudiadas desde la perspectiva comparada regional y, sobre todo, para que, como dijera el maestro García de Enterría, sigamos luchando contra las inmunidades del poder, contra la oscuridad, contra la opacidad. A favor de la transparencia y de los derechos fundamentales de los habitantes. He aquí un programa que vale la pena y por el que tiene todo el sentido estudiar e investigar en materia de Derecho Administrativo.

La Coruña, a 6 de julio de 2011-07-05

Jaime Rodríguez-Arana

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Miembro la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya

INTRODUCCIÓN

Constituye para mí un verdadero honor poder presentar esta obra colectiva, tan importante como necesaria para el Derecho público comparado, en la que los más prestigiosos iusadministrativistas de los países centroamericanos (los Doctores Henry Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro, Ernesto Jinesta Lobo, Carlos Gasnell, Olivo Rodríguez Huerta y Terecita Rendon Huerta) reflexionan con gran acierto sobre el Derecho Administrativo de sus respectivas naciones.

He tenido además el privilegio de poder coordinar este trabajo junto con mi querido colega nicaragüense, el Profesor Doctor Karlos Navarro, a quien se debe la idea inicial y el impulso que han permitido culminar brillantemente el libro.

Son múltiples y de la máxima complejidad los retos que hoy tiene planteados el Derecho Administrativo, que ha sido siempre y lo sigue siendo una disciplina en continua evolución y renovación, no sólo normativa sino incluso conceptual y de contenido.

Se ha hablado así recientemente incluso del nuevo Derecho público de la crisis económica[1] desde la perspectiva de las múltiples normas surgidas para hacer frente a la misma[2]; o en Europa, como consecuencia de la aprobación y trasposición en los 27 Estados miembros de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, de un nuevo "cambio de paradigma"[3], que configura un «nuevo Derecho administrativo»[4] y que provoca una "revolución administrativa", pues nunca una norma europea había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas enraizadas en los Estados miembros[5].

En nuestros días siguen siendo muy válidas las expresivas palabras del maestro de Derecho Administrativo ALJANDRO NIETO cuando hablaba de que:

1 EMBID IRUJO, "El derecho público de la crisis económica", ponencia presentada al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, p. 118. Disponible en http://www.aepda.es/EscaparateFamilia.aspx?id=71-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA.aspx, fecha de consulta 31 de marzo de 2011.

2 MUÑOZ MACHADO S. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", Fundamentos e instituciones de la regulación, tomo I de la colección Derecho de la regulación económica, Iustel, Madrid, 2009, págs. 15 y ss.

3 R. Jiménez Asensio, La incorporación de la Directiva Servicios al Derecho interno, IVAP, Oñati, 2010, p. 29.

4 Fernández RODRÍGUEZ, T. R., «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», Revista Española de Derecho Europeo, núm. 22 (2007).

5 S. Muñoz Machado, «Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios», Revista General de Derecho administrativo, núm. 21, 2009.

> "El Derecho Administrativo, en España como fuera de ella, vive angustiado por su falta de identidad... El Derecho Administrativo ha dejado de pronto de ser una disciplina cómoda y estamos de nuevo casi en cero. Primero fue la Constitución, que obligó a replantear, desde abajo, los presupuestos teóricos tradicionales imponiendo un cambio total en la ideología y en la técnica; a lo que hay que añadir el impacto producido por la nueva reestructuración del Estado (…)
>
> Lo cual significa que apenas escritos unos pocos renglones del reciente capítulo democrático se dobla sobre nosotros una nueva página de la historia. Simplemente, volvemos a encontrarnos en cero"[6].

El Derecho administrativo está marcado por su historicidad. GARRIDO FALLA ha hablado de la "relatividad histórica" del mismo[7], mientras que MEILAN GIL ha dicho con acierto que constituye un "Derecho episódico"[8].

El Derecho administrativo propio de los actuales Estados sociales y democráticos de Derecho está todavía, en buena parte, por construir[9].

Aspectos consustanciales al Derecho Administrativo, como es toda la teoría del servicio público, la de la contratación administrativa, la de la responsabilidad administrativa, la de las empresas públicas y, de un modo más genérico, la intervención de la Administración en la economía, se han visto profundamente alterados en los últimos años por fenómenos como las privatizaciones, el proceso de descentralización territorial del poder o la integración de los países en organizaciones supranacionales.

En este marco, hay que destacar la tendencia, cada vez más apreciable y consolidada, hacia la formación de un verdadero e importantísimo Derecho administrativo común europeo, el cual se está imponiendo cada vez con más fuerza a los Derechos administrativos internos.

6 NIETO GARCIA, A., Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo, Colección Estudios de Historia de la Administración, INAP, Madrid, 1986, págs. 8 y 9.

7 GARRIDO FALLA: Las transformaciones del régimen administrativo. IEP. Madrid, 1954, págs. 15 y ss.

8 MEILAN GIL: El proceso de definición del Derecho administrativo. ENAP. Madrid, 1967, pág. 42.

9 Como ya advirtieran PAREJO ALFONSO, ORTEGA ALVAREZ y JIMENEZ BLANCO, Manual de Derecho Administrativo, Ariel, Barcelona, 1996, Vol. I, p. 17.

En nuestros días se plantea la existencia de un Derecho administrativo global, que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales[10], que está advirtiendo nuestra doctrina[11].

El Derecho administrativo global ha sido definido como "aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban"[12]. KINGSBURY recoge como fuentes primarias de este Derecho global los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares[13].

Hay autores que han puesto más el acento sobre la influencia de las normas y disposiciones de origen internacional sobre el Derecho administrativo nacional[14].

SANTAMARIA PASTOR ha reflejado esta complejidad del Derecho administrativo en sus Fundamentos de Derecho administrativo[15]:

> "La calificación del Derecho en general, y de cada una de sus ramas particulares, como una ciencia, fue una reivindicación constante de los juristas

10 Ver Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", 68 Law and Contemporary Problems, 15 (Summer/Autumn 2005). Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G. y Ricart, L., LL.M. International Legal Studies, Facultad de Derecho New York University. Texto disponible en: http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf. Fecha de consulta, 2 de mayo de 2009.

Más recientemente se ha publicado el texto en la Revista de Derecho Público nº 24, 2010 (Kingsbury, Krisch y Stewart, "El surgimiento del Derecho administrativo global").

11 MIR PUIGPELAT, O., Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo), Civitas, Madrid, 2004; CRUZ ALLI, J., Derecho administrativo y globalización, Civitas, Madrid, 2004; BALLBÉ, M., "El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización, RAP nº 174 (2007); AAVV, Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial (PONCE, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid, 2010; AAVV, Las transformaciones del procedimiento administrativo (BARNÉS, J., coord.), Global Law, Sevilla, 2006.

12 KINGSBURY, B., "The Administrative Law Frontier In Global Governance", ASIL proceedings 2005, págs. 1 y ss.

13 KINGSBURY, B., "The Administrative Law…", op. cit., págs. 4 y ss.

14 Véanse AUBY, J.-B. "Globalización y descentralización", RAP nº 156 (2001), págs. 7 y ss. y "La théorie du droit administratif global: brève présentation critique", en http://chaire-madp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2007/Papier_JBA.pdf (fecha de consulta 19 de abril de 2011); y HARLOW, C., "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", The European Journal of International Law, vol. 17 no.1 (2006), págs. 187 a 214.

15 Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 61.

> desde fines del siglo XVIII, afanosos de lograr una equiparación de dignidad con las ciencias experimentales: una tarea esta problemática, en la medida en que el conocimiento científico requiere un cierto grado de estabilidad en el objeto a analizar, en tanto que el Derecho opera sobre una realidad cambiante, la realidad social.
>
> Esta realidad adquiere caracteres dramáticos en el Derecho administrativo, cuyo objeto posee un nivel máximo de inestabilidad y variabilidad. La Administración es un aparato dependiente de la configuración del Estado en cada lugar y en cada momento histórico y de la forma de sus relaciones con la sociedad civil; y sometido, por tanto, a cambios incesantes en su estructura y en sus procedimientos y técnicas de actuación, paralelos a los que la comunidad política experimenta. De ahí que frente a la acusada homogeneidad sistemática de los tratados de Derecho civil de la Europa continental -fieles, en lo básico, al esquema de SAVIGNY-, la comparación de obras de Derecho administrativo muy próximas en el tiempo y en el espacio arroja diferencias acusadas; radicales a veces y siempre descorcentantes.
>
> (...) El inconveniente mayor se encuentra en el propio desfase que inevitablemente se produce entre el Derecho administrativo y la realidad social sobre la que ha de actuar: la lentitud con que tiende a evolucionar el conocimiento científico y la propia inercia de las construcciones recibidas hace que el Derecho administrativo existente en cada momento sea el adecuado a una situación histórica siempre superada. De esta forma, a la frustante sensación de fugacidad del propio trabajo científico se une la ansiedad producida por la conciencia de un gap tecnológico permanente".

En un sentido similar se ha pronunciado también MUÑOZ MACHADO:

> "frente a la estabilidad de otras disciplinas, un dato muy acusado del Derecho Administrativo es su extraordinario apego a la realidad social; esta vinculación impone la acomodación a las nuevas necesidades y se traduce en un proceso evolutivo y constante; el Derecho Administrativo es un producto de formación histórica que ni ha llegado ni quizá llegue nunca a consolidarse en una formulación definitiva, ya que la realidad social, a la que está íntimamente unido, aporta continuamente innovaciones que provocan mutaciones, no sólo en los procedimientos sino también en lo más característico de su sustancia" [16].

No cabe duda de que una de las características más destacadas del Derecho administrativo es su mutabilidad o variabilidad del mismo, que tiene una manifestación pragmática incontestable en la propia contingencia del sistema normativo escrito del Derecho Administrativo, sobre lo que han llamado la atención GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ[17].

16 MUÑOZ MACHADO, "Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración", RAP nº 84, 1977, pág. 521.

17 Recuerdan estos autores: "Como ha dicho JAHRREIS, a la histórica pregunta de SAVIGNY «¿Vocación de nuestro tiempo para la legislación?», habría que contestar: más bien condenación de nuestro tiempo a la legislación, a una legislación masificada, gárrula e incierta. En

Mientras que otros sectores del Ordenamiento jurídico disponen de una realidad normativa acotada y definida, normalmente expresada en un Código, que permanece como objeto central de su estudio y análisis, el Derecho administrativo se nutre de una diversidad de disposiciones de todo rango imposible de reconducir a unidad, y, menos aun, susceptible de codificación y, en muchas ocasiones, de conocimiento y actualización.[18] Esta dificultad para alcanzar la norma administrativa se ha visto favorecida por el proceso de descentralización política y administrativa que han vivido muchos países y que ha favorecido la abundancia normadora y, con ello, los problemas para dotarla de estabilidad.

En conexión con lo anterior, entre las peculiaridades que presenta nuestra rama del Derecho con relación a otras parcelas del mismo, se encuentra la imbricación de la disciplina con la demanda social, con la satisfacción del fin general que persigue el mismo como instrumento de actuación del poder público, que obliga a la toma en consideración de aspectos y sectores ajenos a la misma. El Derecho administrativo ha de ser una respuesta al reto social, vinculado, por consiguiente, al entorno político, social y económico en el que se integra.

En efecto, el rasgo primario del Derecho administrativo que permite concluir sus particularidades es su carácter público. Pese a las sucesivas revisiones de la dualidad Derecho público-Derecho privado,[19] se puede afirmar, siguiendo a GARCIA DE ENTERRIA, que "...el Derecho administrativo es el Derecho público del Estado por excelencia".[20]

En definitiva, aquella idea de Administración servicial en la que tanto insistió DUGUIT está hoy plenamente en vigor. Es indudable que el Derecho Administrativo ha de atender a los intereses generales; ha de ser, ante todo, un Derecho social. Por ello, el Dere-

el ámbito propio del Derecho Administrativo es éste uno de los problemas cardinales": Curso de Derecho Adminitrativo, I, Civitas, 5ª ed., Madrid, 1989, pág. 73.

18 Pedro GOMEZ DE LA SERNA escribía en 1865 al respecto: "mas no sucede con el Derecho administrativo lo que hemos expuesto del civil...; compuesto de leyes, reglamentos y otros actos del Gobierno, producto de tiempos diferentes, amalgama de preceptos heterogéneos, animado en sus diversas partes de diferente espíritu, vario en los objetos a que se extiende, y por las formas de que se reviste, modificándose, destruyéndose y rehaciéndose sin interrupción, reflejando incesantemente las necesidades temporales de la sociedad, dominado de continuo por ellas, mudable por su índole, tiene actualmente que ser tanto oscuro y tan difícil y tan complicado como las fuentes de que se deriva. La multiplicidad cada día mayor y la variedad infinita de sus prescripciones, la poca estabilidad de muchas, agregan a la dificultad del estudio de las leyes administrativas, la de desconocerse frecuentemente cuáles son las que subsisten en vigor, cuáles son las que se hallan derogadas, cuáles las que sólo han sido modificadas parcialmente" ("Jurisprudencia administrativa", Revista General de Derecho y Jurisprudencia, tomo XVI, p. 423).

19 Vid. los tradicionales criterios de distinción en PUGLIATTI, S., "Diritto pubblico e diritto privato", Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Varese, 1964, pags. 696 y ss.; GARCIA PELAYO: Voz "Derecho público", en VV.AA. Nueva enciclopedia jurídica. Seix. Barcelona, 1950. Vol I, Págs: 979 ss; ZANOBINI: Corso di diritto amministrativo. 8ª ed. Giuffrê. Milano, 1958. Págs: 23 ss. y BULLINGER: Derecho público y Derecho privado. INAP. Madrid, 1976.

20 GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ RODRIGUEZ: Curso de Derecho administrativo. Vol. I. 7ª ed. Civitas. Madrid, 1995. Pág: 39.

cho Público, y en particular el Administrativo, debe velar por el respeto de los valores sociales que trascienden a cualquier poder público o privado[21].

MARTIN REBOLLO ha señalado expresivamente que "por encima de la crisis del servicio público como categoría técnica renace de nuevo el significado ideológico de su primitiva exposición"[22], es decir, la idea de solidaridad social acuñada por DUGUIT y de la asistencia vital o procura existencial de FORSTHOFF.

Sobre muchas de estas cuestiones y su aplicación a los distintos sistemas nacionales de los países centroamericanos se reflexiona con mucha lucidez por los destacados coautores del libro. En los diferentes trabajos se analizan cuestiones de tanta relevancia como el marco constitucional del Derecho Administrativo, las fuentes del mismo, los actos, el procedimiento y los recursos administrativos, los contratos administrativos, el contencioso administrativo, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

Acabo por ello esta introducción animando muy fervientemente a la lectura del libro, que marca un hito en la bibliografía del Derecho Público en la región y lo quiero hacer con las sabias palabras de Don Quijote de la Mancha a Sancho Panza, Gobernador de la Ínsula Barataria, que pese al transcurso del tiempo siguen siendo tan válidas en la actualidad….

> "No hagas muchas pragmáticas; y si las hicieres, procura que sean buenas,
> y, sobre todo, que se guarden y cumplan"
>
> Miguel de Cervantes Saavedra
>
> (1547-1616)
>
> (Capítulo 51, El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha)

José Antonio Moreno Molina,
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-la Mancha (España)

21 SUNSTEIN se ha referido a la social regulation como elemento esencial del Derecho Administrativo contemporáneo. El citado autor considera que esta regulación social ha de ser especialmente intensa (an aggresive regulatory state) en los campos de la sanidad, seguridad, derechos civiles, información (él se refiere a la broadcasting) y protección del medio ambiente ("Administrative Substance", en Duke Law Journal, nº 3 (1991), p. 610).

22 MARTIN REBOLLO, L., "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", RAP nºs. 100102, volumen III, págs. 2472 y ss., y 2541 y ss.

PANORAMA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SALVADOREÑO

HENRY ALEXANDER MEJÍA[1]

I. Evolución del Derecho Administrativo salvadoreño

1. Primeras instituciones administrativas

En los tiempos de la Colonia el territorio salvadoreño se encontraba sometido a las instrucciones dictadas por la Corona española, entre estas se encontraban las relativas a la Administración Pública, la que fue establecida principalmente sobre la base instituciones peninsulares transportadas a suelo centroamericano, como las Audiencias, los Cabildos y las intendencias. La organización administrativa de éste periodo encontraba la cúspide en el propio Rey, quien repartía competencias en los territorios indianos. Debajo de éste se tenían la Casa de Contratación de Sevilla, organismo rector del comercio peninsular y detentaba atribuciones de orden fiscal; el Consejo Real y Supremo de las Indias, cuya competencia fundamental era nombrar servidores de la Corona y conocía de los asuntos del Consejo de Indias. Por su parte, la Organización de las Indias, se estableció en torno a las Audiencias y Virreyes. Las primeras tenían competencias para ejercer funciones judiciales y los segundos tenían a cargo el establecimiento de ciudades, hacer obras públicas y hasta el mantenimiento del orden público.

Para cumplir su cometido estos nombraban a gobernadores, corregidores y alcaldes mayores. El régimen municipal estaba a cargo de los Alcaldes y Cabildos. El Alcalde era el funcionario más importante de los Cabildos, les correspondía en primera instancia el ejercicio de la jurisdicción civil y militar. Eran una especie de gobierno urbano, tenía funciones de policía, higiene, salud entre otras,[2] estas instituciones constituyeron el génesis de la Administración Local.

1 Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Universidad de El Salvador y Director del Departamento de Derecho Público de dicha Facultad. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

2 RODRIGUEZ RUÍZ, N. (p), Historia de las Instituciones jurídicas salvadoreñas, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006, Págs. 51 y ss.

En el istmo centroamericano la Corona española ejercía su poder, por medio del Virreinato de México, y específicamente a través de la Gobernación de la Capitanía General que se encontraba en Guatemala, que comprendía las provincias que posteriormente se independizaran en 1821, y que constituyeran la República Federal de Centroamericana por medio de la Constitución en noviembre 1824 (conformada por Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador). La Constitución Federal estableció una estructura bajo las influencias liberales, (basadas en la división de poderes), que fueron proclamados en los Estados Unidos de América en 1776, Francia en 1789 y España 1812. Creándose el Poder Ejecutivo, como la Administración Federal, quien era presidido por el Presidente electo por el pueblo de todos Estados de la Federación. El Poder Legislativo que tenía la función elemental de promulgar la Constitución de cada provincia, y Poder Judicial residía en los tribunales y los juzgados que se establezcan.

Sin embargo, la pugna entre las elites económicas -liberales y conservadores-, y el poco desconocimiento de la población del federalismo, entre otras causas, hizo que sucumbiera la República Federal de Centroamérica, conllevando su disolución en 1838, y en consecuencia cada Estado se constituye como Estado unitario e independiente. En virtud de lo anterior, El Salvador decreta su primera Constitución como tal en 1841, e inicia una de las páginas oscuras para el Constitucionalismo salvadoreño, ya que los Gobernantes provenientes de la oligarquía y de la estirpe militar, con el afán de perpetuarse en el poder son los protagonistas de Golpes de Estados que conllevó a que se dictaran una diversidad de Constituciones, así tuvimos la de 1864, 1871, 1872, 1880, 1883, 1886, 1939, 1945, 1950, 1962, hasta llegar a la actual Constitución de 1983, que datan ya veintisiete años de vigencia.[3]

2. DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN DE ADMINISTRATIVA

Nuestro país, pese a que se dictó la Constitución de 1841 y haberse consolidado las nuevas instituciones administrativas que se estructuraban por medio del Poder Ejecutivo, al principio existió un retraso en la promulgación de leyes, ya que se seguían aplicando las Leyes de Indias. Es hasta la promulgación del Código Civil en 1860, donde comienza aplicarse nuevas instituciones jurídicas algunas vigentes hasta la fecha. Como resultado de lo anterior, se comience a crear las primeras leyes administrativas, -bajo la influencia del Derecho Común-, así tenemos la Ley de Policía de 1879 que determinó las contravenciones administrativas (algunas vigentes a la fecha), y la Ley Única del Régimen Político de 1885, que reguló los Gobiernos Locales, Ley de sobre Reclamaciones Pecuniarias de Extranjeros y Nacionales contra la Nación de 1910, Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado de 1939, Ley del Servicio Civil de 1960, que regula el empleo público. Debemos de enmarcar que si bien las referidas leyes, han tenido reformas se encuentran vigentes, quedando demostrado lo arcaico del orden administrativo salvadoreño. Por tanto, el progreso del orden administrativo, ha sido muy lento, y el desarrollo espectacular de leyes administrativas se dio en la década de los `70, donde se crean leyes relativas a la higiene y sanidad, protección de los recursos naturales y medio ambiente.

Dentro las leyes de mayor importancia que tenemos en el actual ordenamiento administrativo, tenemos la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que data de

3 Vid. MENDEZ, J. M., El Constitucionalismo y la vida Institucional centroamericana, Ponencia en el marco del Seminario de historia contemporánea de Centro América, Editorial Universitaria, El Salvador, 1960, Pág. 9.

1979, que crea la Sala de lo Contenciosa Administrativo (SCA), además tenemos la Ley del Medio Ambiente y sus reglamentos (1998), Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública que data de 2000, y algunas leyes que derivaron de los procesos de privatización de los servicios públicos, dentro de éstas tenemos: Ley de Protección al Consumidor, Ley de la Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones, Ley de Superintendencia de Competencia, Ley de Superintendencia de Valores; pero es lamentable que, hasta la fecha que no tengamos una ley de Procedimientos administrativos que uniformice los procedimientos con los que debería de actuar la administración, teniendo esa deuda con la sociedad salvadoreña la Asamblea Legislativa.

II. Bases constitucionales de la Administración Pública

La Administración pública por ser parte de la estructura del Estado tiene sus bases en la Constitución de la República, que constituye la principal fuente del derecho salvadoreño en general, por tanto constituye la norma hegemónica y jerárquicamente superior a todo el ordenamiento jurídico (Art. 246 principio de supremacía constitucional). Es el soporte elemental donde se estructura todo el Estado y sus órganos fundamentales (Órgano Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Del mismo modo les otorga a ellos, las principales atribuciones para el ejercicio del poder público, que dentro de éstas se encuentran la función administrativa, que por excelencia la ejerce la Administración central representada por medio del Órgano Ejecutivo, sin perjuicio que los demás organismos la ejerzan, a pesar que tiene encomendadas otras funciones.

La Constitución salvadoreña, manda a que los entes que componen la Administración se sometan a ella, ya que no podrán ejercer más potestades que la ley les confiere, es decir se encuentran sometidas al principio de legalidad,[4] prohibiendo la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 86 de la Constitución). Además tenemos el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos (Art. 245 de la Constitución), ante cualquier acción u omisión de los servidores estatales, deberán de responder patrimonial-

4 El principio de legalidad constituye uno de los pilares del sistema liberal democrático, introducida por los revolucionarios franceses a finales del siglo XVIII, consistía en establecer la idea según la que: "toda acción singular del poder debe estar justificada y amparada en una ley previa". Se propósito era oponerse al régimen absolutista donde no estaba sujeto limitaciones en el ejercicio del poder. Es así que prescribió la constitución francesa de 1791 que: "que no existe autoridad superior a la de ley. El rey no reina más que por ella, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia". De igual manera, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sostuvo en el Art. 5 "todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena". Desde entonces los funcionarios actuaban en el ejercicio de sus potestades, siempre que la ley no se los prohibiera. A este sistema se le llamó "sistema de vinculación negativa. Este sistema se ve modificado, por ideas Kelsenianas introducidas en la Constitución Austriaca de 1920, donde dispuso en su Art. 18 que la administración no puede actuar, sino sobre el fundamento de una disposición de la ley que establecía una atribución precedente, esto hace más rígido el accionar de los gobernantes, dado que no podrán actuar si la ley no se los permite, es decir todo lo que no está permitido se le es prohibido, distinto al anterior sistema, que los funcionarios podían actuar, si la ley no se los prohibía, este sistema se le llama "sistema de vinculación positiva", que es que rigen en la mayoría de ordenamientos jurídicos. Sobre un amplio desarrollo del Principio de Legalidad. Vid. por todos: GARCIA DE ENTERRIA, E., y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho administrativo, Vol. 2, octava edición, Civitas, Madrid, 1998, Págs. 423 y ss.

mente, por los daños materiales y morales que realicen; ambos principios son pilares fundamentales del Estado de Derecho salvadoreño.[5]

En igual sentido, cuando cualquier sujeto de la Administración antes de dictar un acto que implique la limitación de un derecho subjetivo de los particulares, tales como sanciones administrativas deberá de respetar un cumulo de Derechos y garantías que configuran el debido proceso, por lo cual tendrá el administrado la oportunidad efectiva de ser oído y vencido en un procedimiento correspondiente, se acuerdo a los Art. 11, y 14 de la Constitución.

Dentro de los fines del Estado, según el Art. 1 de la Constitución de la República le corresponden velar primordialmente por el bien común, seguridad, salud, educación, es decir la prestación y vigilancia de los servicios, con el propósito de satisfacer necesidades de interés general. Por tanto la Constitución determina esa organización administrativa[6] para el cumplimiento de tales fines. Teniendo raigambre constitucional los organismos siguientes:

El Órgano Ejecutivo: Constituye la Administración central, se compone del Presidente, Vicepresidente, Ministros y Viceministros de Estado y demás entes dependientes del mismo, como las Direcciones de los Ministerios. La Constitución delimita las competencias del Presidente (Art. 168) y las del Concejo de Ministros que se componen de todos miembros de todos los Ministros y Viceministros, el Presidente y Vicepresidente, tiene el carácter de organismos colegiado (Art. 167). Pese que la Constitución otorga un capitulo especifico a la Fuerza Armada (Art. 212-216), integra el Órgano Ejecutivo, y está regida por una Jurisdicción especial que conocen de los delitos y faltas puramente militares.

Las Instituciones Oficiales Autónomas: Estas son entidades descentralizadas por servicio, son creadas en virtud del Art. 225 de la Constitución, donde se aparta de la masa patrimonial de la Hacienda Pública estatal, para constituir una entidad con patrimonio específico y con personalidad jurídica propia, distinta a la del Estado. Dentro de éstas entidades tenemos la Universidad de El Salvador, Instituto Salvadoreño del Seguro Social, la Comisión Hidroeléctrica del río Lempa, Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, Fondo Social para la Vivienda, y las diferentes Superintendencias que fueron creadas en virtud de los cambios impulsados por la privatización de los Servicios Públicos, como los entes regulados de las entidades prestatarias de tales servicios; tales como la Superintendencia del Sistema Financiero, Superintendencia de Valores, Superintendencia de Pensiones, Superintendencia de Competencia, Superintendencia de Electricidad y Telecomunicaciones, y Defensoría de Protección al Consumidor, entre otras.

El Gobierno Local: Según nuestra Constitución en el Art. 200, por una parte lo componen las "Gobernaciones Departamentales", existentes en cada uno de los catorce departamentos de la República, presididas por un Gobernador y un Vicegobernador, son designados por el Presidente de la República, al cual dependen jerárquicamente, y trabajan en colaboración con el Ministerio de Gobernación.

5 El Art. 235 de la Constitución establece: "…Todo funcionario civil y militar, antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la república, cumplir y hacer cumplir la Constitución…."

6 El Art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, estableció los órganos administrativos, conforman la Administración Pública salvadoreña.

Por otro lado de conformidad a los Arts. 202-207, de la Constitución, tenemos las "Municipalidades", cuyos entes son descentralizados territorialmente, dotados de personalidad jurídica propia, tienen autonomía en lo técnico, administrativo y económico; sus competencias están delimitadas entre el Alcalde Municipal y el Concejo Municipal y sus dependencias. Constituyen funcionarios de elección popular su mandato es para tres años, pudiendo ser reelectos.

Los Órganos Legislativo, Judicial y los Órganos independientes: Ejercen función administrativa de manera excepcional cuando realizan únicamente función administrativa, como nombramientos de servidores públicos, sanciones administrativas, adjudicación y extinción de contratos administrativos, puesto que la Constitución les otorga en estricto sentido otras funciones. Para el caso el Órgano Legislativo, tiene la función de legislar (Art 131.5) y el Órgano Judicial de juzgar y ejecutar los juzgado (Art. 172). En igual circunstancia, sucede con los Órganos independientes, llamados Órganos Constitucionales: la Procuraduría General de la República, Fiscalía General de la República, Procuraduría para Defensa de los Derechos Humanos, Corte de Cuentas, Concejo Nacional de la Judicatura y el Tribunal Supremo Electoral.

La Constitución en el Titulo VII "Régimen Administrativo", Capitulo I "Servicio Civil Art. 218-222, aparte de poner a disposición bienes y presupuesto para el funcionamiento, establece, el régimen de la carrera administrativa para los servidores del Estado, lo cual estarán regulado por la Ley del Servicio Civil -aunque existen regulaciones especiales-, la cual establecerá el ingreso, las promociones y ascensos con base en mérito y aptitud, así como la estabilidad en sus cargos.

III. Sistema de Fuentes del Derecho Administrativo

El ordenamiento salvadoreño reconoce el sistema de fuentes formales desde la perspectiva, que la Constitución de la República establece las bases elementales del Derecho Administrativo, tal como lo hemos reflejado en el apartado anterior, manda a los entes de la Administración Pública, a que se sometan a sus preceptos constitucionales.[7]

Según la jerarquía de las fuentes,[8] tenemos los Tratados Internacionales,[9] que constituyen fuente del Derecho Administrativo, cuando obligan a las entidades administrativas a realizar determinada actividad, o bien cuando contengan disposiciones de Derecho Administrativo, aplicable al ámbito interno, donde se destacan los tratados de integración en materia aduanera. Por debajo de la Constitución y los Tratados Internacionales

7 Así lo ha manifestado la SCA en reiterada jurisprudencia, para mencionar alguna la Sentencia de 29 de febrero de 2008, Ref. 30-2005.

8 Vid. en la doctrina salvadoreña a SORIANO, S., La constitucionalización de las Fuentes del Derecho Salvadoreño, en AA.VV., "Teoría de la Constitución Salvadoreña", Publicación de la CSJ, en Cooperación con la AECID, 2000, Págs. 180 y ss. De manera especifica en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo Vid. MENA GUERRA, R., Una aproximación a las fuentes del derecho administrativo: desde la óptica del ordenamiento salvadoreño, Editorial Guanaxia- Centro de Estudios Jurídicos, San Salvador, 2009.

9 El Art. 145 de la Constitución estipula que no podrán ratificarse tratados internacionales que contravengan la Constitución salvadoreña, y el Art. 149 de la misma, le otorga la potestad a los jueces de declarar inaplicable, aquellos tratados que tengan disposiciones contrarias al texto constitucional.

está la Ley[10] que contienen un amplio espectro innegable de disposiciones de Derecho Administrativo; finalmente se tienen los Reglamentos Administrativos, reconocidos por la Constitución, tales como: El Reglamento de ejecución[11] y Reglamento Autónomo e independiente,[12] posteriormente están las Ordenanzas, que son dictadas por los Concejos Municipales para normar aspectos propios de sus competencias.[13]

Asimismo el ordenamiento salvadoreño reconoce a la Costumbre como fuente del Derecho, sólo cuando la Ley se remita a ella según prescribe el Art. 2 del Código Civil, y pese a que algunos ordenamientos la contemplan se remiten a ella;[14] ésta ha quedado en desuso por la poca sistematización de la misma conllevado a su nula aplicación. Por otra parte, se le reconoce un valor elemental a la jurisprudencia, emanada de la SCA y de la Sala de lo Constitucional (en adelante SC), en la construcción y desarrollo del Derecho Administrativo salvadoreño por la labor pretoriana que realiza fundamentalmente la SCA, teniendo el carácter de fuentes subsidiarias en el sistema de fuentes formales en el orden salvadoreño.

IV. Consideraciones básicas de la teoría del acto administrativo

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El acto administrativo[15] es, una de las principales categorías jurídicas del Derecho administrativo. Esto porque todas las potestades administrativas, y prerrogativas de la Administración, vienen a coincidir y concretarse en un acto administrativo. Por eso se dice que constituye la piedra angular del derecho administrativo, porque es el instrumento vital para el ejercicio de la función administrativa.[16] Es la principal manifestación de la

10 El Art. 1 del Código Civil, define la Ley "…una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda prohíbe o permite.

11 Según el Art. 168. 14, son dictados por el Presidente de la República, y tienen la finalidad de desarrollar o facilitar la aplicación de una ley.

12 Son los que dicta la Administración en el ejercicio de una potestad constitucional, y no teniendo relación alguna con una ley. Dentro de estos Reglamentos tenemos: El Reglamento de Interior de la Asamblea Legislativa (Art. 131.1) Reglamento Interno del Concejo de Ministros (Art. 167.1)

13 Así lo prescribe el Art. 204.4 de la Constitución. y 4 del Código Municipal.

14 La Ley General Marítimo Portuaria en los Arts. 145,147 y 156, hace expresar remisiones a la Costumbre, en cuanto a los contratos de carga y transporte de personas. En igual sentido el Art. 5 de la Ley Orgánica de Aeronáutica Civil.

15 La expresión de acto administrativo surgió después de la Revolución Francesa. No obstante, antiguamente, se le denominaban "actos del rey o actos del fisco". El primer texto legal que empleó la expresión de acto administrativo es la ley francesa del 16 de agosto de 1790 que prohibía a los tribunales judiciales el conocimiento de operaciones de los órganos administrativos. La misma prohibición se esta instauró en la ley de 16 Fructidor del año III relativa a los actos de la Administración de cualquier especie. Vid. DIEZ, M. M., Manual de Derecho Administrativo, t 1, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, Pág. 172.

16 Esto justificaría la abrumadora literatura dedicada al tema, en este sentido los países que más han destacado en la ciencia del Derecho administrativo desde el siglo pasado Alemania, Francia, Italia y España, en América Latina, tenemos Argentina, Colombia, México, Venezuela y

Administración, productoras de efectos jurídicos, que pueden trascender de acuerdo a su naturaleza, tanto fuera o dentro del la propia Administración Pública,[17] como dice GAMERO CASADO,[18] es el principal eslabón de la cadena de legalidad de la Administración.

En el mismo orden de ideas, CANASÍ, manifiesta que el acto administrativo constituye "la base esencial y fundamental de la actividad jurídica del Estado, en sentido lato, y regula la función administrativa, ya sea en forma de actos jurídicos o de actos materiales, dando origen por su complejidad doctrinal a la llamada teoría del acto administrativo, regulada ampliamente por el Derecho Administrativo, y que es una de las ramas esenciales del Derecho Público".[19]

En la ciencia del Derecho administrativo, es la doctrina la que se ha encargado de definir de manera innumerable el acto administrativo, teniendo su representación clásica por medio del jurista italiano ZANOBINI, lo cual lo definido como aquella "Declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en el ejercicio de una potestad administrativa."[20] Que luego ha sido corregida por GARCIA DE ENTERRIA, donde se le agrega a la anterior definición la frase: "distinta a la potestad reglamentaria". Pese a que, en el derecho salvadoreño, no tiene una Ley de Procedimientos administrativos; el legislador ha tenido la virtud de definir el acto administrativo, lo cual determina el panorama jurídico de lo que debemos entender como tal; y para efectos de la administración fiscal, en el Código Tributario, en el Art. 20, que literalmente dice:

Costa Rica, como a su vez, tan ingente "producción bibliográfica" tenía que provocar una variedad casi ilimitada de conceptos, nociones, definiciones, del acto administrativo. Para mencionar algunos, aparte de los que citaremos en el desarrollo de nuestra ponencia, Vid.: BOQUERA OLIVER, J. M., Estudios sobre el acto administrativo, Civitas, Madrid. 1993, Págs. 16 y ss.; COCUELLA MONTANER, L., Curso de Derecho Administrativa, Vol. 1, Civitas, Madrid 1999, Págs. 345 y ss.; DELGADILLO, GUTIERREZ, L. H., Elementos de Derecho Administrativo, Primer Curso, Limusa Editores, México, 1998, Págs. 167 y ss.; DROMI, R., El acto administrativo, Ediciones, Buenos Aires, 1997, Págs. 16 y ss.; ENTRENA CUESTA, R., Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1, Tecnos Madrid, 1999, Págs. 171 y ss.; y GUAITA, A., El concepto de Acto Administrativo, en "REDA", Nº 24, Pág.1; PARADA VASQUEZ, R., Derecho Administrativo, Parte General, Marcial Pons, 1999, Págs. 92 y ss.

17 El concepto surge en Francia, como manifestación del principio de separación de poderes entre la Administración y Justicia, en virtud de que se trataba de un acto jurídico exento de poder jurisdiccional del juez en cuanto el producto de la autoridad administrativa y es por ello, sometido al control de los tribunales contenciosos- administrativos en su primera configuración. Vid. GARCIA DE ENTERRÍA, E., Curso de Derecho administrativo, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 534

18 GAMERO CASADO, E. y FERNADEZ RAMOS, S., Manual de Derecho Administrativo, cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2007, Págs. 359 y ss.

19 Citado por CALDERÓN MORALES, H. H., Manual de derecho administrativo: una perspectiva de Guatemala y España, en AA. VV., "Los Recursos Administrativos en Guatemala" Manuel Ballbé y Martha Franch Saguer (Directores), Publicación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002, Pág. 189.

20 ZANOBINI, G., Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1, Arayú, Buenos Aires, 1954, sp.

> "Es una declaración unilateral, productora de efectos jurídicos singulares, sean de trámite o definitivos, dictada por la administración tributaria en el ejerció de de su potestad administrativa"

Además, tenemos una definición dada por la SCA de nuestro país; que podríamos decir, que si bien no se aparta inicialmente de los fundamentos tradicionales doctrinales de la anterior definición, es más amplia y precisa, y que reza de la manera siguiente:

> "Es una declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho Publico, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados o con la administración, o bien con simples efectos dentro de la esfera administrativa".[21]

2. CARACTERÍSTICAS DE ACTO ADMINISTRATIVO

Las definiciones robustecen el porqué el acto administrativo, es una de las principales manifestaciones de la Administración, dado que con su emisión es productor del efecto jurídico, que pueden consistir en crear, modificar y extinguir una situación de derecho determinada, que afecta de una manera directa o indirecta la condición jurídica del administrado. En este sentido, se determinan las connotaciones que lo hacen diferentes a los demás actuaciones de la Administración Pública,[22] siendo los siguientes:

a) **Declaración**: Los actos administrativos son declaraciones en cuanto son manifestaciones con trascendencia interna y externa de la Administración Pública, es importante aclarar que tales declaraciones pueden ser de voluntad, de deseo, de juicio, de conocimiento.

b) **Unilateralidad**: Esto lo hace diferente con los contratos administrativos que constituyen una actuación de la Administración Pública, el acto siempre será unilateral aunque concurra la voluntad del administrado, esto no le quita tal connotación.

c) **Emana de un órgano de la Administración Pública**: Para que constituyan como tal, siempre debe ser dictados por un ente de la Administración Pública. En El Salvador, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, la Administración no posee personalidad jurídica única, sino que se constituye como una pluralidad de órganos, algunos con personalidad jurídica y otros sin ella, que realizan función administrativa (…) como claramente se aprecia nos encontramos ante una diversidad de órganos de carácter públicos, en tanto realizan función administrativa formarán parte de la Administración Pública. Sin embargo, no son actos administrativos los dictados por los particulares, aun actuando con potestades conferidas por la propia administración, como sucede con los concesionarios, no obstante estos últimos se encuentran

21 Vid. al respecto Sentencias del 28 de octubre de 1998, ref. 134-M-97 y del 16 de octubre de 1998, ref. 109- A-96.

22 Es de notar que, la Administración Pública, realiza otras actuaciones, que no constituyen actos administrativos,, dentro de éstos se tienen: Los contratos administrativos y convenios administrativos, el acto político de Gobierno, los reglamentos, las operaciones materiales, y las actuaciones de la Administración sujetas al Derecho Privado. Vid. en este sentido a GAMERO CASADO, E., Derecho administrativo, en la monografía "El acto administrativo", Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y de la Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001, Págs. 9 y ss.

sometidos al derecho administrativo,[23] pero en el orden salvadoreño sólo puede impugnarse de manera indirecta.

e) **El acto administrativo se encuentra regulado por el Derecho Administrativo**: En este sentido debe notarse que cualquier acto administrativo, para que sea valido debe tener el funcionario o autoridad emisora la potestad administrativa regulada por una norma jurídica de carácter administrativa, de hecho el citado Código Tributario se refiere a esta connotación y que debe de entenderse como tal.

El acto administrativo está sujeto a control Sobre la base del principio de separación de poderes y el principio de legalidad, enmarcado en nuestra Constitución en el Art. 86, todo acto administrativo dictado por la Administración Pública debe estar sujeto a control, tanto en sede administrativa y por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Incluso en el ordenamiento salvadoreño cuando un acto vulnere algún derecho consagrado en la Constitución puede interponerse la Acción de Amparo contra la autoridad o funcionario emisor, tal como lo prescribe la Constitución salvadoreña en el Art. 247, lo cual en alguna medida le quita el ámbito de litigiosidad a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

3. EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Una de los principales aspectos del acto administrativo, es productor de efectos jurídicos, las cuales pueden crear, modificar, transmitir, reconocer, registrar o extinguir derechos y obligaciones, según la conceptualización definición dada la por al SCA, referida en supra. Donde los actos administrativos pueden ser de trámite o definitivos como dice la definición dada por el Art. 20 de nuestro Código de Tributario; del mismo modo su exteriorización se ostente de manera expresa o presunta,[24] ya que éstos últimos no habiendo manifestación del ente administrativo tienen sus propios efectos.

Esto es una consecuencia con fuerza jurídica vinculante dada por el ordenamiento jurídico. Tales efectos son directos e inmediatos, es decir surgen del acto mismo, no están sujetos a la emisión de un acto posterior, y por regla general dichos efectos serán, concretos e individuales. Sólo de manera muy excepcional podría tener efectos generales, como ocurriría con los actos de convocatoria pública para ingresar a la Universidad de El Salvador, y la convocatoria para participar en un procedimiento de Licitación Pública, los cuales estaría dirigido a sujetos indeterminados.

23 Vid. al respecto la auto Interlocutoria de la SCA, del 22 de mayo de 2000, ref. 230-C-2002.

24 La denegación presunta de una petición es una figura que surge para habilitar la interposición de la acción contenciosa administrativa ante la pasividad o falta de respuesta de la Administración, bajo la presunción legal de que el silencio de la misma equivale a una denegación de lo solicitado.

La LJCA, establece que la denegación presunta se configura cuando: "la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados desde la fecha de presentación de la solicitud" (Art. 3 b) de LJCA. Dado que la ficción legal es precisamente que la solicitud del administrado le ha sido negada, cuando la demanda se base en esta disposición, la revisión judicial se contrae a confrontar el acto desestimatorio presunto, con las razones -de hecho y de Derecho- por las cuales el demandante considera que lo solicitado le ha sido ilegalmente denegado. Vid. Sentencia de SCA, ref. del 8 de septiembre de 2003, ref. 136-P-2002.

Los efectos se extienden a terceros, los cuales tienen la obligación de respetar la decisión tomada por la Administración Pública, como ocurre con los actos certificatorios tales como: la inscripción de Marcas, inmuebles, empresas en el Centro Nacional de Registro o la autorización de tarifas de a las empresas privadas que prestan servicios públicos, por los entes regulatorios como sucede en El Salvador. Además los efectos jurídicos son directos, e inmediatos surgen de la naturaleza del acto mismo, sin que estén supeditados a la emisión de un acto posterior, aunque ese efecto no sea inmediato en el tiempo, por ejemplo cuando se trate de aquellos actos que tendrán sus efectos a partir de una fecha determinada.[25]

Por tanto, queda claro que el acto administrativo, es productor de efectos jurídicos, y consecuentemente creador de derechos subjetivos a favor de los administrados en "estricto sentido", esto queda evidenciado en los casos donde la Administración Pública, otorga permisos, autorizaciones, concesiones administrativas o licencias para el ejercicio de un derecho reconocido por la Constitución, por la ley, o por un reglamento determinado.

4. ESTABILIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO

La estabilidad del acto, está ligada al derecho fundamental de la seguridad jurídica. Consiste en que el funcionario o autoridad administrativa, no puede, ni debe,-dependiendo el tipo de acto y bajo ciertos requisitos- extinguir por sí mismo los efectos productores de derechos de los actos dictados por él o por ella. No obstante, nada impide que el acto sea impugnado por un particular que afecte la sus intereses legítimos.

Algunos autores, prefieren utilizar el término irrevocabilidad o inmutabilidad, sin embargo nos adherimos a GORDILLO,[26] que resulta inapropiado, dado que el acto administrativo estable puede ser anulable por los tribunales Contenciosos Administrativos, en caso salvadoreño por la SCA; incluso extinguirse o modificarse siempre que no se trate de un acto generador de derechos subjetivos.

Por tanto, la estabilidad del acto administrativo no es absoluta, puede ser retirado del mundo jurídico, para tales efectos debe cumplirse aspectos formales impuesto por el ordenamiento jurídico. Respecto a la revocación la SCA, sostiene es el retiro unilateral (de los efectos del acto) efectuado por la autoridad administrativa; su fundamento se encuentra en la finalidad que tiene dicha autoridad de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y de observar la ley; si el acto administrativo demuestra ser inadecuado, ya sea porque posteriormente a su emisión las circunstancias o intereses generales en que se fundó se han modificado; o porque fueron mal apreciados las circunstancias o intereses generales en el momento de su emanación, la Administración que tiene la autoridad administrativa de satisfacer en la mejor forma los intereses públicos y de observar la ley.

25 GAMERO CASADO, E., op. cit., Págs. 112 Y 113, sostiene que en la doctrina salvadoreña, los actos administrativos tienen en algunas ocasiones efectos retroactivos en los casos siguientes: 1) actos que se dicten en sustitución de otros que hayan sido anulados y 2) actos que produzcan efectos favorables y no lesionen derechos de terceros. Esto está consonancia con el Art. 21 de nuestra Constitución que se refiere a las excepciones de la retroactividad de la ley.

26 Vid. GORDILLO, A., Tratado de Derecho Administrativo, Volumen III, octava edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, Págs. 2 y ss.

Si el acto administrativo demuestra ser inadecuado, ya sea porque posteriormente a su emisión las circunstancias o intereses generales en que se fundó se han modificado; o porque fueron mal apreciados las circunstancias o intereses generales en el momento de su emanación, la administración tiene la facultad de sustituirlos con otro más idóneo, pero siempre observando los preceptos contenidos en la normativa fundamental.[27]

La revisión de los actos dictados por la propia Administración Pública, es sobre la base sólida del principio de legalidad, para determinar si éste se ajusta a dicho principio, como un mecanismo de control. Sin embargo, la posibilidad que la dicha Administración deje sin efecto por iniciativa propia, está sujeta a limitantes, sobre aquellos actos que se reputan favorables,[28] que tengan el estado de firmeza[29] y que sean generadores de derechos subjetivos a favor de algún particular. Esto en virtud, que la Administración decida a "motu propio", privar al ciudadano de los derechos o ventajas concedidas, pone en peligro la seguridad jurídica, recogida en el Art. 1 de nuestra Carta Magna. Por tanto, para evitar esta situación de inseguridad para el administrado la LJCA, estipula en el Art. 8 el Proceso de Lesividad, a fin de que deba impugnarlo en sede Contenciosa Administrativa, donde se discutirá su legalidad.[30]

27 Sentencia de la SCA, del 12 octubre de 2003, ref. 113-R-99.

28 La SC, en Sentencia de Amparo del 27 de noviembre de 2003, ref. 421-2002, estableció que dependiendo de la incidencia de los actos administrativos en la esfera jurídica de un particular, aquéllos pueden bifurcarse en actos favorables, cuando declaran, reconocen o amplían la esfera jurídica del particular; y actos desfavorables o de gravamen, cuando inciden privando o restringiendo derechos o intereses jurídicamente protegidos, o colocan al particular en situación de desventaja. La primera clase de actos es inmutable en sede administrativa, porque adquieren estado de firmeza, la única opción que tiene la Administración Pública es la denominada "Acción de Lesividad" ante la jurisdicción contenciosa administrativa para desechar el acto del ámbito jurídico. Por otro lado, existen ciertos casos en que la actuación de los particulares requiere, para su concreción, de una autorización por parte del poder público; dicha autorización se convierte en requisito sine qua non para el inicio o continuación de la actividad que se pretende. Desde otro punto de vista, el acto administrativo de autorización opera sobre actividades y "derechos de titularidad privada", sin incidir en el derecho mismo, sino sólo en la posibilidad de su ejercicio, es decir, son actos administrativos de los cuales no surgen derechos adquiridos para los particulares y, por tanto, los mismos pueden ser objeto de revocación en sede administrativa en cualquier momento, siempre que se compruebe el incumplimiento de los requisitos que generaron en su oportunidad la citada autorización.

29 El acto administrativo se vuelve firme, cuando existiendo un recurso administrativo éste no se interpone o se interpone fuera del plazo; cuando de acuerdo a la ley no admiten recurso y no se ejerce la acción contenciosa dentro del plazo legal de sesenta días; o cuando habiendo hecho uso del recurso administrativo, una vez resuelto, no se ejercita la acción contenciosa en dicho plazo. Vid. Sentencia de la SCA, de 2 mayo de 2005, ref.127-G-2002.

30 El Art.8 de la LJCA de forma literalmente dice: "La administración pública podrá demandar la ilegalidad de un acto administrativo firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa haya declarado previamente acuerdo, que es lesivo al interés público.

Este acuerdo deberá ser emitido dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se originó el acto impugnado."

El acuerdo de Lesividad será publicado en el Diario Oficial."

En consecuencia la única vía para retirarlo del mundo jurídico, es a través del Proceso Contencioso Administrativo especializado que establece el referido Art. 8 de la LJCA, en el que se ha diseñado un proceso "ad-hoc" para el retiro de actos administrativos favorables que se reputen ilegales por la Administración Pública, y es aquí donde tendría que probar que el acto que pretende revocar es contrario a la legalidad, en consecuencia lesivo al interés público.

5. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD

La presunción de Legitimidad, también llamada de legalidad, de validez o de juridicidad, consiste en suponer que el acto administrativo ha sido dictado "conforme a derecho". Dicho de otra manera todo acto que es perfecto y eficaz se presume legítimo.[31] Es decir que su manifestación responde a las reglas normativas, formales y materiales, que condicionan el ejercicio de una potestad administrativa impuestas por el orden jurídico. Por tanto, se encuentra ligado al principio de legalidad de la Administración consagrado en nuestra constitución en el Art. 86.[32]

La doctrina señala que el fundamento de la presunción de legalidad radica en las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos.[33] En efecto, son actos que son dictados por funcionarios que tiene la obligación de respetar la Constitución y las leyes de la república; que deben de observar determinadas formalidades en la preparación de la voluntad administrativa y antes de ser eficaces están supeditas a una serie de controles, que requieren la intervención de distintos organismos.

La presunción de legalidad instituye la presunción de validez que acompañan todos los actos estatales en el ejercicio del poder público; por ejemplo toda ley se presume constitucional hasta que la SC en Sentencia de Inconstitucionalidad, resuelva que es inconstitucional y sus efectos serán de carácter general y obligatorio. Del mismo modo, toda sentencia se considera válida y todo acto se presume legal, todos ellos constituyen la expresión del poder soberano. Este principio surge necesario, porque de no existir, toda la actividad de la Administración seria objetable desde que comience surtir efectos el acto

31 Sobre este tema es la doctrina argentina quien ha tratado ampliamente el tema Vid por todos a: AA. VV., Manual de Derecho Administrativo, Ismael Farrando (h) y Patricia R. Martínez (Directores), Depalma, Buenos Aires, 2000. Págs. 227 y ss.

32 En este sentido la SCA ha interpretado este principio, haciéndolo aplicable a todos los órganos que integran la administración pública. Del mismo modo ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la conexión entre derecho y el desarrollo de las actuaciones de la Administración, se materializan en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a realizar distintas actividades administrativas. En virtud de lo anterior, el reconocimiento del principio de legalidad contemplado en nuestra constitución, implica que los funcionarios deben ejecutar aquellos actos que el orden jurídico le permite, y en la forma que el mismo le regule, ya sea en virtud de la potestad reglada o discrecional. Vid. Sentencia del 20 de marzo de 1997, ref. 17-T-96.

33 CALDERÓN MORALES, H. H., op. cit., Pág. 22, manifiesta que el acto se presume legitimo cuando se ha cumplido con todas las formalidades del procedimiento administrativo y los requisitos de fondo y de forma que señala la ley, se produce el acto que se presume legítimo y comienza producir efectos jurídicos, por supuesto a partir de su notificación.

administrativo,[34] llegaría al absurdo como dice PEREZ DAYAN,[35] de dictar otro acto de igual naturaleza para refirmar la autoridad de la Administración. Por tanto, conllevaría a la obstaculización del cumplimiento del fin propuesto del acto dictado, y consecuentemente resultando contraproducente al interés general.

De aquí se derivan consecuencias y alcances fundamentales de la presunción de legalidad, las cuales son:

a. **La legitimidad no necesita declaración**. El Estado no necesita declarar que su actividad es legítima Tiene a su favor la prueba por mandato legal. Por tanto, queda la prohibición de que los jueces decreten de oficio la nulidad (salvo que sea de pleno derecho);
b. **Necesidad de alegar la ilegitimidad**. Para desvirtuar la presunción es necesario solicitarla, sea ante la Administración Pública o ante la SCA. El administrado debe pedirla, mientras tanto comportarse como si fuera valido aunque en verdad no lo sea. Esto se funda en el sistema de constitucional de división de poderes.
c. **Necesidad de probar la ilegitimidad**. La prueba puede resultar necesaria cuando la ilegitimidad del acto administrativo dependa de situaciones de hecho que éste ha desconocido; en cambio, si la ilegitimidad surge de la mera confrontación con el orden jurídico positivo, parece infundado que ello deba de alguna manera probarse, en tal caso la ilegitimidad sólo se alega y argumenta; probándola, si acaso en sentido lógico-jurídico, pero no fáctico;
d. **Tiene carácter de "iuris tantum" de la presunción**. Es una presunción legal, que puede ser desvirtuada demostrando que el acto contraviene el orden jurídico. Es un juicio hipotético que se puede invertir acreditando que el acto tiene legitimidad.

34 La SC en sentencia de Amparo del 1 de septiembre de 2005, ref. 383-2005, ha sostenido que la Administración Pública ostenta, para la consecución de sus fines y de los cometidos que le compete cumplir, un medio que le es natural e indispensable: el poder público. Esta verdad indiscutible coloca a la Administración Pública en una especial posición frente a la función judicial pues, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, no tiene la carga de acudir al Juez para dotar de fuerza ejecutoria sus actos o resoluciones ni para hacerlos exigibles frente a los administrados. El privilegio de autotutela o autodefensa administrativa consiste, en síntesis, en la capacidad que tiene la Administración Pública para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, eximiéndose de este modo de la necesidad de acudir al campo de la jurisdicción para dictar decisiones y hacerlas valer con fuerza de ley (…) la utilización de ese poder jurídico inherente de la administración para aplicar la sanción que sea su consecuencia, claro está, dentro del marco que la legalidad exige y establece. Siguiendo el mismo patrón de razonamiento previo, tanto los procedimientos administrativos como las formas que deben guardar los actos administrativos son simples instrumentos destinados a contribuir en que la exteriorización de la voluntad de la Administración se haga en forma válida, es decir, ni el procedimiento administrativo ni las formalidades de los actos administrativos son fines en sí mismos, sino canales a través de los cuales son dictados los actos administrativos y a través de los cuales se manifiesta el poder público de la administración; y es que, oportuno resultará aclarar que en un sistema jurídico de autotutela administrativa como el nuestro, la Administración Pública está capacitada como sujeto de derechos para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, así como para hacer respetar las conductas infraccionarias que a su orden jurídico se produzcan por actos de los administrados.

35 PÉREZ DAYAN, A., Teoría General del Acto Administrativo, Porrrúa Pérez, México, 2006, Pág. 62

En el derecho salvadoreño se le otorga tal calidad al acto administrativo de instrumento público, de carácter auténtico, puesto que el Art. 1570 de Código Civil, prescribe "Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario" siendo el instrumento el documento o soporte físico en el que se recoge el acto. Cuando un acto adquiere la condición de documento público, el ordenamiento jurídico le adhiere una serie de consecuencias, y en particular le beneficia con una presunción "iuris tantum", de validez, certeza y veracidad, que ha sido expresamente reconocida por la SC,[36] tal ocurre con los atestados policiales, o actas de inspección, por lo que pretenda oponerse a sus efectos debe destruirla de conformidad al ordenamiento jurídico.

e. Exigibilidad del acto ilegítimo. El acto administrativo que se presume legítimo aparece como un acto obligatorio, cuyos efectos vinculan igualmente a particulares y la propia Administración Pública.

V. El Procedimiento administrativo en El Salvador

1. CONSIDERACIONES DOCTRINALES

El procedimiento administrativo es una reacción natural del Estado Liberal de Derecho, frente al fenómeno de asunción de potestades autoritarias por la Administración en el Estado Absolutista. Se conforma como uno de los pilares de mayor importancia del sistema administrativo moderno, desde la Revolución Francesa, donde obliga a la Administración Pública conducirse bajo la sujeción del principio de legalidad, consecuentemente la toma de sus decisiones estará en función de seguir un procedimiento predefinido por el ordenamiento jurídico.

En el Derecho Administrativo moderno constituye una manifestación clara de la seguridad jurídica, ya que obliga a la Administración desempeñarse según el orden jurídico. Orienta al administrado el camino que debe de seguir para el ejercicio de un derecho o interés legitimo. El desarrollo del procedimiento administrativo como dice SANTAMARIA PASTOR,[37] está vinculado al crecimiento orgánico que la Administración experimenta a lo largo de los dos últimos siglos. En virtud de lo anterior, los poderes públicos, han promulgado leyes, a fin de establecer de manera uniforme los procedimientos administrativos[38] que deberán de seguir las Administraciones Públicas, para la emisión de actos jurídicos administrativos.

36 Vid. la Sentencia del 17 de julio de 1998, Ref. 36-5-96.

37 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Principios de Derecho Administrativo, Vol. II, 2ª edición, Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A., Madrid, 2000, Págs. 55-56.

38 SANTOFINIO GAMBOA, J. O., sostiene que el proceso de creación de las leyes de procedimientos administrativos, lo inició Austria como primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos, por medio de la Ley de 21 de julio de de 1925, esto como fruto de las influencia positivista kelseniana de la época. Luego siguió Polonia en 1926, las extintas Checoslovaquia y Yugoslavia en 1928. La influencia austriaca influenció el sistema Estadounidense, ya que el Congreso Federal expidió en 1946 la Federal Administrative Act, aplicables a las Agencias Federales de procedimientos Administrativos. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 4ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, Pág. 174). Por otra parte, además el ordenamiento español, tiene su cuota de influencia en este proceso histórico de gran envergadura, y se consideran pioneros en

Sin embargo, en el Derecho Administrativo salvadoreño, lastimosamente aún no cuenta con una Ley de Procedimientos Administrativos,[39] esto ha generado confusión y dificultades, tanto para la propia Administración y para los administrados al momento de aplicar la normativa administrativa. Es imperioso poner en relieve tal circunstancia, y hacer un planteamiento recogiendo lo que establece la escasa doctrina salvadoreña,[40] la jurisprudencia tanto de la SCA y SC.[41] Aparte del análisis de la regulación de nuestras leyes sectoriales –llámese así a las leyes especiales de carácter administrativa–, con el propósito de plantear el estado de la cuestión de los procedimientos administrativos en el orden salvadoreño.

2. ÁMBITO CONCEPTUAL

El Estado en el ejercicio de las potestades administrativas, en gran medida se realizan por medio de actos, donde externa su voluntad, por medio de su principales Órganos de Gobierno. Estos actos tienen un procedimiento o proceso a seguir, según la Constitución les confiera. En efecto, se tiene el "proceso legislativo" es el cauce formal para el ejercicio de la potestad legislativa, crear, modificar, derogar e interpretar la Ley secundaria,[42] y el "proceso judicial" es la vertiente para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir resolver conflictos jurídicos de diversa naturaleza que surgen dentro del conglomerado social.[43]

---

la ordenación legal de los procedimientos administrativos. Es a partir del 19 de octubre de 1889, se promulgó su primera Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (conocida como Ley de Azcarate en honor al congresista que la propició). Lo cual se limitó a fijar unos pocos procedimientos, donde obligaba a Ministerio a crear sus propios reglamentos. Luego en 1958 se crea una Ley de Procedimiento Administrativo, era mucho más completa, reguló todos los aspectos generales de los procedimientos, sin embargo subsistían otros procedimientos sectoriales que llegaron a desplazar a dicha Ley. Hasta llegar a la actual Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común. Véase por todos: GARCIA DE ENTERRIA, E., RAMÓN FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo II, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1998, Págs. 439-450.

39 No obstante, el legislador salvadoreño, solamente le ha interesado crear una ley para uniformar los Procedimientos que se llevan a cabo ante los Registros Públicos en nuestro país. Nos referimos a Ley de Procedimientos Uniformes para la Presentación, Trámite y Registro o Depósito de Instrumentos en los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Social de Inmuebles, de Comercio y de la Propiedad Intelectual, vigente desde de junio de 2004.

40 Esto no significa que en nuestro país, no tengamos Manuales de Derecho Administrativo, donde se hayan hecho esfuerzos en describir y sistematizar la doctrina y la jurisprudencia salvadoreña, entre los autores que se destacan en este sentido, (aunque con matices españoles). Véanse a GAMERO CASADO, E., Monografías de Derecho Administrativo: La Jurisdicción Contenciosa Administrativa y El acto administrativo, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001, y AYALA, J. M., et al., Manual de Justicia Administrativa, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.

41 La SC, está sujeto a su conocimiento el enjuiciamiento de los actos administrativos, que un momento determinado, vulneran un Derecho consagrado en la Constitución salvadoreña.

42 El Art. 131 ordinal 5 de la Constitución salvadoreña, estipula que tal función le corresponde a la Asamblea Legislativa.

43 Corresponde al Órgano Judicial, en virtud del Art. 172 de la Constitución de la República "Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado".

El procedimiento administrativo, contiene características que lo diferencian de los demás procesos efectuados por el Estado. En términos generales, el procedimiento administrativo[44] siguiendo a RACIONERO CARMONA,[45] podemos definirlo como: "una serie de actos heterogéneos dirigido a la elaboración o producción de los actos o resoluciones de la Administración Pública". Mientras que, el jurista mexicano DELGADILLO GUTIERREZ,[46] sostiene que el procedimiento "representa una unidad que está integrada por un conjunto de actos coordinados entre sí, que tienden a preparación de la expresión de la voluntad de la Administración Pública".[47] Finalmente CASSAGNE,[48] expone que el procedimiento administrativo es "una serie de actos entre sí, aunque separables, que tienen en común la finalidad de perseguir la obtención de un interés público".

El derecho salvadoreño, se caracteriza por su dispersión procedimental, en consecuencia no tenemos una definición propia del procedimiento administrativo. En virtud de lo anterior, podríamos decir que constituye el sendero formal para el ejercicio de las potestades administrativas que emana de la Constitución, y de la Ley, por tanto debe de entenderse que el referido procedimiento administrativo regula y limita la función administrativa constituye un elemento principal para la emisión de los actos administrativos.[49]

44 Al respecto vid. las obras especificas que se refieren al procedimiento administrativo español a las siguientes: AGÚNDEZ FERNANDEZ, A, Las Administraciones Públicas y el Procedimiento Común: Ley 30/1992, con las modificaciones de la Ley 4/1999, Granada 2ª edición , 1999; GARRIDO FALLA, F., y FERNANDEZ PASTRANA, J. M., Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (un estudio de la Ley 30/1992), Madrid, 3ª edición, 2000; GONZALEZ PEREZ, J., y GONZALEZ NAVARRO, F., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Madrid 2ª edición, 1999; LEGUINA VILLA, J., y SANCHEZ MORÓN, M., La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, Madrid, 1993; LOPEZ NIETO Y MALLO, El Procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas, Pamplona, 1993; PARADA VASQUEZ, R., Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento común (Estudio comentario, texto de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre), Madrid.2ª edición, 1999. En la doctrina latinoamericana los Manuales Básicos a que de manera especifica se refieren al procedimiento administrativo podemos mencionar de algunos autores: COMADIRA, J. R., Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996; GORDILLO, A., Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 1998-2000; RODRIGUEZ RODRIGUEZ, L., Curso de Derecho Administrativo, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.

45 RACIONERO CARMONA, F., Temas de Derecho Administrativo I, Texto de Apoyo 3, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2004, Pág. 64.

46 DELGADILLO GUTIERREZ, L. H., Elementos de Derecho Administrativo, 1ª Curso, Limusa Noriega Editores, México, 1998, p. 161. En el mismo sentido puede verse los manuales de doctrina mexicana FRAGA, G., Derecho Administrativo, 22ª edición, Porrúa, México, 1982; SERRÁ ROJAS, A., Derecho Administrativo, 12ª edición, Porrúa, 1983.

47 Para fines didácticos el profesor MARTIN MATEO, R., manifiesta que hay que diferenciar el procedimiento con el expediente administrativo, ya que éste es la cristalización material en forma escrita y documentada de los pasos y resultados que se ha llegado por medio de las fases del procedimiento administrativo. (Manual de Derecho Administrativo, Aranzadi, Navarra, 2005, Pág. 272).

48 CASSAGNE, J. C., Derecho Administrativo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, Pág. 216.

49 En este orden de ideas la SCA manifiesta que el procedimiento administrativo en tanto modo de producción del acto administrativo, de emanar al mundo jurídico, constituye un elemen-

3. LOS FINES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Siguiendo a GAMERO CASADO Y FERNANDEZ RAMOS,[50] los fines del procedimiento administrativo son básicamente dos:

A. FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS:

El procedimiento administrativo es una garantía para los interesados, pues significa el sometimiento de la actividad administrativa a un cauce predeterminado, y posibilita la participación de las personas afectadas en el proceso de adopción de las decisiones administrativas, permitiendo que estas puedan intervenir en defensa de sus derechos e intereses legítimos. La actuación Administrativa debe someterse a un procedimiento legalmente predeterminado, por una conquista del Estado de Derecho, una derivación del principio de legalidad.

En este sentido la jurisprudencia originada de la SCA, sostiene que el procedimiento administrativo, como elemento formal del acto administrativo, desempeña una función de plena garantía para el administrado, ya que le proporciona la oportunidad de intervenir en su emisión, y objetar si lo considera los aspectos con que esté en desacuerdo, a través de las pruebas que considere pertinentes. En tanto se constituye en el cauce de la acción administrativa con relevancia jurídica directa en el administrado, susceptible e incidir en la esfera de sus derechos e intereses legítimos, posibilitando la participación de los administrados en la toma de decisiones del poder público administrativo.[51]

B. FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL INTERÉS PÚBLICO:

El procedimiento viabiliza además el acierto y oportunidad de la actuación administrativa, permitiendo que la Administración tenga en cuenta todos los intereses, tantos públicos y privados implicados en su actuación, evitando así que el funcionario actúe de manera irreflexiva o arbitraria. Desde esta perspectiva funcional, el procedimiento administrativo sería una manifestación del principio de eficacia de la Administración, dado que persigue la racionalidad de la actuación administrativa. En consecuencia, la SCA manifiesta que el acto administrativo no puede ser producido a voluntad del titular del órgano a quien compete su emisión, obviando el apego a un procedimiento y a las garantías constitucionales, sino, ha de seguir necesariamente un procedimiento determinado.

Esta doble finalidad permite que, el procedimiento sea autónomo respecto al proceso judicial, aunque ambos coinciden que posen una "función de garantía" de los derechos de los ciudadanos. En tanto que, los poderes públicos deberán de aplicar las garantías del debido proceso, reconocidas en la Constitución al procedimiento administrativo, a fin de reafirmar el Estado Constitucional de Derecho.

---

to formal del acto, y por consiguiente condiciona su validez. En este sentido, puede verse la Sentencia de la SCA del 20 de marzo de 1998, ref. 75-A-95.

50 GAMERO CASADO, E., y FERNANDEZ RAMOS, S., Manual Básico de Derecho Administrativo, 4ª edición, Tecnos, 2007, Págs. 281 y ss.

51 A este respecto, Vid. las Sentencia del 29 de septiembre de 1998, ref. 81-R-96, y del 4 de abril de dos 2005, ref. 215-C-2001.

4. Regulación jurídica del procedimiento administrativo en El Salvador

4.1. Fundamento Constitucional

En la Constitución Salvadoreña, no existe una disposición expresa donde obligue a los poderes públicos a seguir un procedimiento administrativo, tal como ocurre de manera paradigmática en ordenamiento primario español, sin embargo haciendo una interpretación sistemática, nos encontramos que es una manifestación implícita del Derecho Constitucional a la Seguridad Jurídica, consagrado en el Art. 2, de la referida Constitución.

Pero, el principal fundamento, lo tenemos al Art. 18,[52] donde se consagra el Derecho de Petición y Respuesta, ya que todo ciudadano tiene derecho a presentar sus pretensiones ante una autoridad pública, a fin que se le otorgue el ejercicio de un derecho subjetivo, por tanto dicha Administración seguirá un procedimiento administrativo, a fin de resolverle y hacerle saber lo resuelto.

Del mismo modo, este derecho puede activarse, cuando la Administración resuelve contraria a los intereses legítimos de un particular, lo cual deberá de impugnar por medio de los recursos administrativos, que la ley franquea, con el propósito de restablecer sus derechos. En caso que la autoridad resuelva conformando el acto, se le abre la puerta al particular para que pueda acudir en sede judicial y entablar un Proceso Contencioso Administrativo.

4.2. Regulación secundaria

Nuestro país, en 1978, da un paso importante, al promulgar la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (en adelante LJCA), donde en dicha ley se instituye la SCA,[53]

52 El Art. 18 literalmente dice: " 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". La jurisprudencia de la SC dice que éste Derecho puede ser ejercido por cualquier habitante de la República, sea nacional o extranjero, persona natural o jurídica; ante cualquiera de las autoridades legalmente instituidas, las que tienen la obligación de resolver, dentro de un plazo razonable y de manera congruente, lo solicitado conforme las atribuciones. Esto implica que "el ejercicio de este derecho constitucional conlleva a la obligación de los funcionarios estatales de responder o contestar las solicitudes que se les eleven, pues el gobierno de la República está instituido para servir a la comunidad. Se hace necesario señalar, que la contestación a que se ha hecho referencia, no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición, sino que la autoridad correspondiente debe analizar el contenido de la misma y resolverla –y esto es lo que constituye el objeto de la obligación de la actividad estatal – conforme a las potestades jurídicamente conferidas." Lo anterior no implica que la respuesta deba ser favorable a las pretensiones del gobernado, solamente la de obtener una pronta respuesta (…). De lo expuesto se colige que un funcionario o entidad estatal satisface el Derecho Constitucional de Petición al responder la solicitud presentada, en el sentido que aquél considere procedente, pero siempre con estricta observancia de lo preceptuado en la Constitución y las leyes secundarias (…); aunque el Art. 18 en comento no lo indique, la contestación que debe recaer a una solicitud debe ser congruente con ésta; puesto que resulta igualmente violatorio del derecho constitucional de petición cuando la respuesta producida por la autoridad es congruente con lo requerido. Sobre este tema, véase la Sentencia de Amparo del 4 de junio de 1997, ref. 41-M-96.

53 La LJCA, entra en vigencia el uno de enero de 1979, la SCA, era integrada inicialmente por tres magistrados, con la reforma de la Ley Orgánica Judicial en 1994, se elevó a cuatro Magistrados para que la conformaran, y que para tomaran decisión se necesita los votos unáni-

como único tribunal especializado, para tutelar los derechos e intereses legítimos de los particulares. Con anterioridad a LJCA, el mecanismo de control era a nivel interno, no se sometía a revisión jurisdiccional las actuaciones de la Administración Pública que se refutaban como ilegales.

Una de las grandes dificultades que enfrenta el Derecho Administrativo salvadoreño, es la inexistencia de una Ley de Procedimientos Administrativos, normativa de carácter general que regule de manera uniforme como debe de actuar la Administración Pública, cuando va dictar un acto administrativo determinado. A pesar que se han tenido intentos de creación de dicha normativa, en este sentido en 1994, se presentó por el extinto Ministerio de Justicia el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos", cuyo contenido era esencial para darle un giro al funcionamiento de la Administración Pública salvadoreña.[54]

El Proyecto contenía el establecimiento de un procedimiento administrativo marco, los derechos de los administrados, principios generales y especiales del procedimiento, partes del procedimiento administrativo, régimen de notificaciones, nulidades de pleno derecho, sistematización de los recursos administrativos, entre otros aspectos. Pese a que se hicieron talleres de difusión y discusión en la Administración Pública y con diversos sectores de la sociedad, el esfuerzo fue infructuoso, ya que quedó en el olvido la moción. En la actualidad este Proyecto de Ley, lamentablemente se encuentra guardada en los archivos de la Asamblea Legislativa, no habiendo a la fecha ningún interés por reactivar el mismo u otro proyecto distinto.

Pese a que no tenemos un procedimiento común, no significa que, no tengamos los cauces jurídicos especiales para dictar actos administrativos. La retórica del ordenamiento salvadoreño, es que se encuentran dispersos en las leyes especiales administrativas, donde pueden distinguirse los siguientes tipos de procedimientos:

---

mes de los Magistrados que la integran. Como veremos en posteriormente es una Ley desfasada, ya que su competencia se circunscribe exclusivamente a controlar los actos administrativos, excluyendo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: el control de la inactividad de la Administración por falta de prestación de Servicios Público, la vía de hecho, los Actos Políticos de Gobierno, actos dictados por los concesionarios, control de legalidad de los Reglamentos, Contratos Administrativos. Además establece como única medida cautelar la suspensión del acto administrativo, no permitiendo la amplitud de la tutela cautelar por la vía contenciosa administrativo. Donde además la SCA, por vía jurisprudencial ha denegado a los particulares que las han solicitado.

54 La nota escrita por el otrora Ministro de Justicia Dr. Rubén Hernández Valiente, dirigida a la Presidencia de la República solicitándole iniciativa de ley del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, manifestó en libelo de la nota "que lo que se pretende conseguir es un doble orden de objetivos. En primer lugar se pretende agilizar el desarrollo de los procedimientos administrativos para una mayor realización de las pautas de actuación de la Administración, en orden al cumplimiento de los fines públicos y al efectivo respeto de los derechos de los ciudadanos (…), en segundo lugar, se pretende establecer una regla de uniformidad en la actuación de la Administración, y en la consideración de los conceptos fundamentales que intervienen en este campo y sus características. Lo último no solo sirve para evitar las lagunas que en determinados ámbitos del actuar de la Administración se producían, sino también para evitar la dispersión de las normas (…) que generaban confusión por parte de los destinatarios e ineficacia de los mandatos del legislador". Vid., el texto completo del Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos, Ediciones Último Decenio, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1994.

a. Procedimientos de primer grado, o procedimiento constitutivos de derechos subjetivos que serían aquellos en los cuales la Administración realiza una potestad administrativa, con el fin de otorgar el ejercicio de un derecho; a manera de ejemplo el procedimiento donde se otorga una autorización, permiso o Licencia, para mencionar algunos procedimientos se tienen la Ley Forestal (Autorización para el aprovechamiento de Bosques naturales según el Art.8 y ss.), Ley de Áreas Naturales Protegidas (Autorizaciones y concesiones para explotación de bosques salados, e instalación de salineras, establecida en el Art.33 y ss.), Ley del Medio Ambiente (Permisos ambientales para la elaboración de obras o proyectos Art. 19 y ss.), Ley de Telecomunicaciones (concesión para la explotación del espectro radioeléctrico regulada en el Art. 76 y ss.) y Ley Reguladora de la Producción y Comercialización del Alcohol y de las Bebidas Alcohólicas (Licencias para establecimiento de ventas de bebidas alcohólicas Art. 30 y ss.), para mencionar algunos ejemplos
b. Procedimiento de segundo grado, o procedimientos impugnativos, que son aquellos que están vinculado a un procedimiento previo, por los cual la decisión adoptada por la Administración ocasiona un agravio, y se impugna por medio de los recursos administrativos. en el orden salvadoreños se tienen diversidad de recursos, regulados en cada ley sectorial, estas leyes en su mayoría tienen recursos de revocatoria, revisión y el de apelación o alzada, y los sus plazos para su interposición y trámites a seguir en cada uno de ellos también son dispares.
c. Procedimientos de selección, donde varios interesados presentan solicitudes, a fin de que se le adjudique un contrato administrativo o una plaza como servidor público, y la Administración hace la selección correspondiente, según los baremos establecidos en el orden jurídico, para el caso tenemos la Ley del Servicio Civil y la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y su Reglamento.
d. Procedimientos sancionadores, en nuestro ordenamiento salvadoreño existe una diversidad procedimientos de este tipo, no obstante se tiene la Ley de Procedimiento para la imposición de Arresto y Multa Administrativo, que sólo se aplica de manera supletoria, es decir cuando no exista procedimiento correspondiente en la ley para sancionar a una persona.

Para determinar los diversos aspectos elementales que caracterizan a los procedimientos administrativos en la normativa salvadoreña, es necesario hacer un esfuerzo analítico e integrador con la legislación administrativa, con la doctrina del derecho administrativo y sobretodo con la auxilio de la jurisprudencia. En este sentido, podemos establecer un elenco de ideas, que nos ayuden a realizar una miscelánea jurídica y doctrinal que contenga los aspectos elementales del procedimiento en el orden salvadoreño.

5. SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCEDIMENTAL

En el procedimiento interviene, en un primer término como conductor del procedimiento administrativo, interviene la "Administración Pública", a través de sus órganos, que ejercen la función administrativa, según la LJCA, en el Art. 2.

Los organismos administrativos, a fin de garantizar la "imparcialidad" los funcionarios deberán abstenerse de intervenir en el procedimiento, cuando concurra una de las causas que tuvieren interés personal o de su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. En todo caso si el funcionario, no se excusa, el interesado en el procedimiento puede solicitar la recusación del funcionario. En caso que, el funcionario no cumpla el deber de abstenerse, a pesar de darse las circunstan-

cias antes descritas incurre en una violación del deber ética de abstenerse en asuntos donde tenga interés, así lo prescribe la Ley de Ética gubernamental.[55]

Por otra parte, en relación procedimental, se tiene al "interesado o peticionario". Por tanto, para que una persona pueda participar en un procedimiento administrativo, no basta que tenga la condición de ciudadano, sino que además se requiere que el interesado, tenga la legitimación, o sea la cualificación concreta, en relación con el procedimiento, a fin de tener el carácter de interesado. En este sentido, tendrá tal categoría las personas sean estas, naturales o colectivas (asociaciones y fundaciones sin fines de lucro o sociedades mercantiles), que sustenten la titularidad de derechos subjetivos o de intereses legítimos, ya sean estos individuales y colectivos, para que promuevan un procedimiento a instancia de parte. Del mismo modo, podrán actuar por medio de representación, es decir por apoderado, para que actúen en nombre y representación del interesado, lo cual el interesado tendrá que documentarlo por medio de la escritura pública, donde se establezca las facultades correspondientes. Una vez tal circunstancia se acredite, las actuaciones administrativas se deberán de entenderse con el representante.

Además corresponde que dentro del procedimiento, aunque excepcionalmente, puede concurrir la intervención de un tercero, esto puede suceder en un primer caso cuando el procedimiento se abra al control publico de los ciudadanos, ya que pueden tener acceso al expediente terceras personas que pueden verse afectada por el acto administrativo, tal como ocurre en el procedimiento donde el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales, de acuerdo a la Ley de Medio Ambiente Arts. 25 y ss., se somete a consulta pública el expediente entorno al Estudio de Impacto ambiental. En un segundo supuesto que la decisión administrativa en sí, pueda afectar derechos o intereses legítimos de otras personas, tales como otorgamiento de plazas para entrar a la carrera administrativa. Para que sea considerado como tal, debe apersonarse al procedimiento de manera personal, o por medio de apoderado.

6. Principios generales que informan el procedimiento administrativo salvadoreño

El procedimiento administrativo al igual que el proceso judicial está dotado de principios indispensables que debe de respetarse al tramitarse, la jurisprudencia de la SCA, ha recogido algunos principios que se encuentran en el derecho comparado y en la doctrina administrativa, dentro de los cuales tenemos los siguientes:

a. Principio de oficialidad

El fundamento de este principio se sustenta en que, mientras en los procesos civiles por regla general se debaten intereses privados, en el procedimiento administrativo cumple esencialmente, tal como nos hemos referido en ut supra, su finalidad responde a intereses públicos, lo cual exige el impulso no dependa del intereses particulares de los administrados que oportunamente intervengan en cada procedimiento, en este senti-

55 El Art. 5 de la Ley de Ética Gubernamental letra "G" estipula de manera literal "Deber de excusarse de participar en asuntos sobre los que tiene conflicto de interés: Abstenerse de participar en la toma de decisiones en donde exista conflicto de interés para el o para sus familiares hasta en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La abstención la deberá comunicar a su superior, quien resolverá sobre el punto y en su caso designará un sustituto."

do la Administración tiene el derecho y el deber de instruirlo, sin necesidad que el interesado vaya solicitando que se desarrollen los diversos trámites. En consecuencia, es la propia Administración dirigir el procedimiento, de acuerdo al principio de legalidad. Le atañe ordenar la práctica de cualquier acto u hecho que sea conveniente para el esclarecimiento y adoptar una decisión según derecho corresponda Por tanto, este principio responde a una derivación del principio de legalidad y de eficacia administrativa.[56]

b. Principio de contradicción

Según este principio las distintas partes en un procedimiento administrativo han de tener la posibilidad de hacer valer sus derechos e intereses, en condiciones de igualdad, esto se desprende del Art. 3 de nuestra Constitución, que estatuye que todos son iguales ante la ley y en la aplicación de la ley. Una de las manifestaciones de dicho principio es el derecho que tienen los interesados a presentar alegaciones en cualquier momento, o proponer pruebas y presenciar las prácticas de las mismas. Podríamos decir que se trata además de una derivación del derecho de defensa consagrado en el Art. 12 de la Constitución, donde los interesados podrán controvertir hechos o documentos probatorios; incluso la resolución final del procedimiento.

La SCA respecto al principio de contradicción se ha referido que este se manifiesta cuando una persona se opone a una prueba debe de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluso del derecho de contraprobar, lo que significa que la prueba debe ser presentada dentro de la causa con "conocimiento y audiencia", aspecto que la Administración debe de considerar.[57]

c. Principio de publicidad

El término publicidad no significa, en este ámbito apertura total del procedimiento administrativo a la generalidad de los ciudadanos, sino que en verdad se refiere a la publicidad de las actuaciones administrativas en relación a las partes de los sujetos en la relación procedimental, a fin de que tengan acceso al expediente administrativo. Este principio se ha visto flexibilizado, por razones de transparencia en la función publica, cuando se trate en asuntos medioambientales, donde habilita a cualquier ciudadano a ejercer control en virtud que pueda ser afectado de los permisos ambientales que otorgue a una persona que realice un proyecto.

d. Principio "indubio pro actione"

Este principio exige que el órgano administrativo que tramita el procedimiento trate de evitar que las deficiencias formales que puedan producirse en el desarrollo del mismo, y que tengan su origen en una actuación del ciudadano den lugar a extinción del procedimiento.[58] Así, antes de declarar el archivo o caducidad del expediente, se debe de conceder al interesado un término para la subsanación de la deficiencia formal. Lo que se

56 Vid. las Sentencias de la SCA del 9 de diciembre 1997, ref. 14-Z-95 y del 11 de noviembre 1997, ref. 13-Z-95.

57 Vid. la Sentencia del 30 de agosto de1996, ref. 26-S-85.

58 En la doctrina salvadoreña sobre el desarrollo de este principio Vid.: GAMERO CASADO, E., Monografía: El acto administrativo, op. cit. Pág. 12, y AYALA, J. M., et al., Manual de Justicia Administrativa, op. cit., Pág. 88.

trata de garantizarse que el incumplimiento de parte del interesado de un trámite formal de escasa o mínima relevancia, el procedimiento no pueda seguir su tramitación, y que la Administración no pueda pronunciar la decisión definitiva.

En efecto, este principio, nos lleva a distinguir entre trámites formales subsanables e insubsanables[59], impidiendo que aquellos que encajan en el primer ámbito determinen la continuidad del procedimiento, lo cual iría en contra en el caso de aquellos supuestos de actos administrativos favorables: tales como permisos o concesiones. En suma, el mismo interés público del procedimiento administrativo, se obliga al funcionario realice una interpretación más favorable evitando obstáculos formalistas que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de los ciudadanos esto en virtud de los Arts. 1 y 18 de nuestra Constitución.

e. Principio de Audiencia

El ente administrativo encargado de llevar a cabo el procedimiento debe conceder audiencia, a todas aquellas personas naturales o jurídicas, cuyos derechos o intereses legítimos puedan quedar afectado de un acto administrativo, ya sea de trámite o definido, que el mismo adopte. Por tanto, ha de posibilitar la participación activa en el procedimiento de todos los interesados, poniendo en conocimiento un procedimiento abierto que tiene objeto alcanzar una decisión que pueda mejorar o ir en detrimento su posición jurídica. La relevancia de este principio que más bien funciona como una garantía, conlleva a los órganos administrativos que tramitan un cierto procedimiento deban extremar las cautelas o garantías a los efectos de asegurar que en éste van a poder participar.

La SC, ha establecido abundante jurisprudencia,[60] sobre la garantía de audiencia, constituye una protección que tiene todo gobernado ante los tribunales ante arbitrariedades de los poderes públicos. Implica que, antes de limitar la esfera jurídica de una persona o privársele por completo de un derecho, debe ser oída u vencida con arreglo a las leyes. El Art. 11, de la Constitución lo prevé expresamente y de su tenor no queda duda su contenido estrictamente procesal, y vinculada estrechamente con el resto de otros derechos que son tutelados por medio de Amparo constitucional.

En tal sentido, habrá vulneración de ésta garantía en un procedimiento administrativo, cuando concurra la inexistencia del mismo o el incumplimiento de las formalidades de transcendencia constitucional necesarias en el mismo, tales como las notificaciones de las resoluciones[61] que adopte el órgano administrativo. Asimismo a que el adminis-

59 La SCA, sostiene que el procedimiento administrativo no debe ser concebido como un conjunto de obstáculos, sino como una forma ordenada que garantiza la legalidad del obrar administrativo en el respecto y protección de los derechos subjetivos de los administrados. Véase la Sentencia del 30 de marzo de 2004, ref. 124-P-2001.

60 Para mencionar de manera ejemplificativa véase la Sentencia de la SC, de amparo del 9 septiembre de 2003, ref. 1095-2002.

61 La finalidad elemental de toda notificación es que el contenido del acto llegue al conocimiento del destinatario, en toda su integridad sustancial y formal, en el plazo estipulado por la ley. Así el interesado podrá actuar válidamente en defensa de sus derechos. La jurisprudencia de la SCA coincide con esta idea, al afirmar: "el motivo de las solemnidades en toda notificación, es que el notificado tenga conocimiento de la real y cierto de la providencia notificada". Véase al respecto sentencias del 29 de septiembre de 1998, ref. 29-I-97. En el ordenamiento salvadoreño no tenemos uniformidad de cómo deben hacerse las notificaciones y algunas

trado pueda acceder en cualquier momento el estado en se encuentra el procedimiento administrativo, a solicitar certificaciones del procedimiento como hacer alegaciones y presentación de pruebas, entres otros aspectos.

7. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO

a. Iniciación del procedimiento administrativo

En el orden jurídico salvadoreño, al igual como la normativa extranjera, los procedimientos administrativos, podrán iniciarse de oficio y de instancia de parte. En el primer caso, se iniciaran de oficio, los procedimientos administrativos sancionadores, salvo cuando la ley disponga lo contrario,[62] los de liquidación de impuesto, los procedimientos selección como convocatoria para concursar a una plaza como servidor público, en la Administración o de participar en un procedimiento licitatorio. En el segundo caso se inician a instancia de parte, los procedimientos que puedan derivarse actos administrativos declarativos o ampliatorios de los derechos de los ciudadanos, así por ejemplo permisos ambientales, autorización de establecimiento comercial, licencias, entre otros.

La iniciación de oficio, se efectúa mediante un acto donde se acuerde tal circunstancia, mientras por medio de parte interesada será por medio de una solicitud o petición, por escrito, aunque en el caso de algunos recursos administrativos, pueden plantearse verbalmente. Aunque estaría superfluo decirlo, pero el idioma en el que deberá presentarse los escritos, según el Art. 62 de la Constitución es en "castellano", ya que la misma reconoce como idioma oficial.

b. Ordenación del expediente administrativo

Una vez se inicie el procedimiento de cualquiera de las formas antes referidas, el funcionario competente ordenará el expediente donde conste materialmente el procedimiento administrativo, a fin de que todas las actuaciones y decisiones se vayan agregando al mismo, con el propósito de darle cumplimiento al "principio de unidad del expediente", esto aún intervengan varios órganos administrativos, solo podrá integrarse único expediente. La confección adecuada del expediente y su custodia es responsabilidad del Administración, para los interesados puedan tener acceso a él, y en caso que lo consideren conveniente, podrá ejercer un control, impugnando cualquier decisión que él conste.

---

leyes sectoriales administrativas no contemplan los requisitos generales que deben regir a las notificaciones de los actos administrativos, y en defecto de una norma general opera la aplicación supletoria del Derecho Común, así lo ha afirmado la SCA, en sentencia del 18 de noviembre de1998, ref. 131-C-97. A manera de ejemplo los ordenamientos que proveen un régimen de notificaciones muy completo, tenemos el Código Tributario (Art. 90), la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (Art. 74 y ss.) y el Reglamento de la Ley de Ética Gubernamental (Art. 82 y ss.)

62 Una de las excepciones en el Derecho salvadoreño está la Ley de Ética Gubernamental Arts. 21 y ss., donde estipula que el procedimiento sancionador de carácter ético su iniciación debe ser por medio de una denuncia ciudadana.

c. Los plazos en el procedimiento

La normativa salvadoreña obliga tanto a la Administración y los particulares a darle cumplimiento a los plazos para realización del procedimiento administrativo, ya que de lo contrario podría "per se" provocar efectos. Si la Administración no resuelve una petición dentro de los sesenta días hábiles, se configura la denegación presunta, y abre la vía al administrado para acudir a la SCA a demandar la ilegalidad del acto presunto. Si el administrado no ejerce su derecho en el plazo correspondiente, por ejemplo el de impugnar una decisión provocará que el acto adquiera el estado de firmeza y consecuentemente le queda vedada la vía jurisdiccional, a través de la SCA.

Los cómputos de los plazos se sujetan a cada ley especial, sin embargo el patrón común de dichas leyes, sólo estipulan días hábiles y se cuentan a partir del día siguiente de la notificación o publicación de acto.[63] Lo mismo ocurre en los cómputos de los plazos del silencio Administrativo, ya que la LJCA en el Art.3, b), y en relación al Art. 50 de la referida ley se tendrán para tales efectos solo días hábiles.

d. Medidas provisionales

Una de las manifestaciones del principio de oficialidad, la administración tiene la posibilidad de acordar medidas provisionales que estime oportuna para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existen elementos de juicio para ello. Se trata de medidas preventivas o cautelares, que tienen por finalidad evitar que cuando se adopte la resolución sea demasiado tarde, ya que el objeto que ha iniciado el procedimiento se ha perdido.

Estos tipos de medidas provisionales deben dictarse en función del principio de legalidad, por lo cual deben de estar facultadas por la ley, y este el problema que nos encontramos, pues la falta de uniformidad de los procedimientos administrativos, nos encontramos que no todas la leyes las establecen en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, de manera ejemplificativa, son reguladas en la Ley del Medio ambiente, en los Arts. 83 y 84, donde el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales podrá ordenar de oficio o a petición del Ministerio Público o de cualquier persona, sea natural o jurídica, las medidas preventivas, ante la presencia o inminencia de un daño grave al medio ambiente. Estas medidas durarán mientras el responsable de la amenaza de deterioro o del deterioro, no elimine sus causas y se circunscribirán al área, proceso o producto que directamente amenace con deteriorar o deteriore el medio ambiente, que ponga en peligro o afecte la salud humana y la calidad de vida de la población.

e. Instrucción y diligencias en el procedimiento administrativo

Los actos de instrucción son los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Estos son actos de trámite que tienen por finalidad proporcionar el órgano competente para resolver el procedimiento los elementos de juicio necesarios para establecer la resolución más adecuada al Derecho y al interés público. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS,[64] sostiene que por el principio de oficialidad, los actos de instruc-

63 A manera de ejemplos así lo prevén el Art. 10 del Código Tributario y los Art. 75, 76 y 77 de la Ley de Adquisiciones de la Administración Pública.

64 GAMERO CASADO, E., y FERNÁNDEZ RAMOS S., op. cit., Pág. 286-287.

ción deben realizar sea de oficio por el órgano que diligencie el procedimiento, esto sin perjuicio que los interesados y los terceros que se hayan apersonados puedan proponer aquellas actuaciones que ellos consideren conveniente.

Pese a que, no tenemos una ley de procedimientos administrativos, podrán realizarse en la fase instrucción del procedimiento, a nuestro juicio, a fin de probar los extremos de la solicitud, las pruebas que se estimen pertinentes, tales como: a) Presentación de examen de testigos, en este sentido deberán de reunir los requisitos que establece la normativa procesal vigente, b) Solicitud de inspecciones, a fin de verificar de parte de la Administración, Libros contables, edificaciones, etc., lo cual se tendrá que levantarse acta para su incorporación, c) Peritajes, los cuales pueden solicitarse de oficio o instancia de parte, a personas versadas en una materia, arte u oficio, para establecer la veracidad de un documento o hecho determinado, d) Alegaciones: estas podrán ser presentadas por el interesado o su apoderado, a fin de formular y reforzar la defensa, y controvertir los datos fácticos y jurídicos dentro del procedimiento, incluso de los documentos e informes que se encuentren agregado al procedimiento por la propia Administración o los terceros. La Administración, una vez recibida la prueba practicada el ente administrativo, deberá de valorarla de acuerdo al Constitución, respetando los derechos y garantías del administrado, no obstante salvo disposición que diga lo contrario, el funcionario valorará las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.[65]

f. Terminación del Procedimiento

Desde el punto de vista formal en el procedimiento administrativo generalmente, al menos en la normativa salvadoreña pueden darse dos clases de terminación del procedimiento, la primera mediante la decisión de la Administración, donde pone fin al procedimiento, lo cual por regla general tendrá que motivar la resolución. La segunda mediante la técnica del silencio administrativo, ya que la Administración por medio de su inactividad no emite resolución, sin embargo genera un acto administrativo presunto. Respecto a este tema realizaremos un análisis a continuación de cómo se encuentra regulado en el ordenamiento salvadoreño.

8. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Esta técnica, constituye un instrumento para tutelar el "Derecho al acceso a la jurisdicción" consagrado implícitamente en el Art. 2 de nuestra Constitución, además de garantizar otros dos derechos fundamentales, el primero el "Derecho de Petición", ya que el hecho de no resolver la Administración la petición al administrado, se presupone la existencia del acto administrativo. El segundo el "Derecho a la Seguridad Jurídica", pues el hecho de establecer el legislador la existencia del acto por la inactividad de la Administración, el interesado, sabe cual es la consecuencia de tal situación, y no queda en la incertidumbre, por la falta de resolución. Dentro del silencio administrativo, pueden darse dos efectos: Negativo que es la regla general en el derecho salvadoreño, y Positivo, cuando las leyes sectoriales así lo disponga de manera expresa. Veámoslo como se regulan:

65 Así lo estipula, la Sentencia de la SCA, del 15 de abril de 2002, ref. 91-S-99.

a. Silencio Negativo

La LJCA, dispone en el Art. 3 Literal "b": "hay denegación presunta cuando la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días, contados a la fecha de presentación de la solicitud". En este sentido, no obstante la referida LJCA no lo expresa, debemos de entender el término "solicitud de manera amplia, donde incluimos los escritos de impugnación de recursos administrativos, y así debemos de entenderla. La consecuencia de la denegación presunta es que habilita, una vez se cumpla el plazo previsto anteriormente, a que el solicitante demande la ilegalidad del acto denegatorio presunto, como que la autoridad lo hubiese dictado, ante la SCA, y que esta se pronuncie sobre el fondo de la pretensión.[66]

b. Silencio Positivo

En el Derecho salvadoreño, los supuestos de silencio positivo, se configuran como la excepción a la regla, y por tanto debe de encontrarse en expresamente previstos en las leyes sectoriales. En este orden de ideas la SC, manifiesta "para que se configuren es necesario los siguientes aspectos: a) Que dicha figura haya sido creada o esté expresamente prevista por una ley especial, b) Que el administrado haya formulado una petición a un funcionario, autoridad o entidad administrativa; y c) Que tal funcionario, autoridad o ente administrativo a quien se haya dirigido, no haya hecho saber su decisión al interesado en el plazo señalado por la ley respectiva.

El legislador salvadoreño, no determinó que el silencio administrativo esté sujeto a "Reserva de Ley", ya que algunos supuestos son regulados en disposiciones reglamentarias,[67] aparte de ello, que los plazos de determinación no son uniformes. Por ejemplo en el caso del 77 de la Ley de Telecomunicaciones, Art. 22, de la Ley de Inversiones y el Art. 219 del Código de Trabajo, establecen treinta días hábiles, para que se dé el silencio positivo. En los casos del Art. 65 de la Ley de Asociaciones y fundaciones sin fines de Lucro y el Art. 151 del Código Electoral, establecen el plazo de sesenta días hábiles, y finalmente el Art. 77 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y Art. 136 del Código Municipal, estipulan que si la Administración Publica, no resuelven dentro de los quince días hábiles, los respectivos recursos administrativos se tendrá como favorable la peticiones.

En síntesis, el silencio administrativo opera de "manera automática", y no exige ningún acto o procedimiento posterior que lo ratifique. El acto presunto estimatorio donde se le reconoce al ciudadano un derecho subjetivo, es ejecutivo desde el momento en que se produce el silencio y no requiere que la Administración comunique la producción del silencio para que el interesado pueda comenzar ejercer su derecho. En efecto, si se produce un acto presunto estimatorio contrario al ordenamiento jurídico, la Administración deberá demandar la ilegalidad del mismo, por medio del Proceso de Lesividad, que estatuye la LJCA, en el Art. 8. También podrá impugnarlo dicho acto administrati-

66 Sobre este tema, véase, auto interlocutoria de la SCA, ref. 80-P-98.

67 El Art. 60 de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador, establece el "Derecho de Petición universitario", dando un plazo de sesenta días hábiles a los Órganos de Gobierno de la Universidad para resolver las peticiones de la comunidad universitaria, mandando a los Reglamentos de Ejecución de la Ley, a regular la forma en que opere el silencio administrativo a favor del los peticionarios.

vo, ante la SCA un tercero perjudicado que en virtud del otorgamiento de un permiso o autorización del destinatario del acto, afecte sus intereses legítimos.

9. UNA REFLEXIÓN

La inexistencia de una Ley de Procedimientos Administrativos genera una dispersión de procedimientos administrativos, ya que cada ley de naturaleza administrativa determina la formalidad a seguir en la emisión de cada acto administrativo. No obstante, no caemos en una inseguridad jurídica en nuestro Derecho Administrativo, se manifiesta como una dificultad para el administrado conocer cada uno de los derechos en regulados en los procedimientos administrativos, que en muchas ocasiones ni siquiera son reconocidos. Igual circunstancia sucede con el procedimiento administrativo sancionador, que no se tiene un procedimiento marco, para sancionar a una persona, y se tiene una multiplicidad procedimientos sancionadores.

La anhelada Ley de Procedimientos Administrativos, además de uniformar un procedimiento común, deberá contener esencialmente los aspectos siguientes: a) Determinación de forma expresa los principios que rigen los procedimientos administrativos, así como los derechos que gozaran los ciudadanos dentro del Procedimiento; b) Equiparar la forma de agotar los recursos administrativos, estableciendo un régimen de recursos Administrativos uniformes; así también, la forma de configurar el silencio administrativo a favor del peticionario.

Es evidente la necesidad de la promulgación de una Ley de Procedimientos Administrativos, no solo por seguir las tendencias del Derecho Administrativo moderno, sino que, con ésta se permitiría un verdadero control eficaz de la Administración Pública, así como el pleno respeto y apego de los funcionarios al principio de legalidad.

VI. Los Recursos Administrativos

1. ASPECTOS GENERALES

Todo acto administrativo, por ser la expresión de voluntad de un órgano que forma parte de la administración pública, en el ejercicio de sus potestades administrativas se encuentra sujeto a control, ya sea de oficio de parte de la misma administración[68] o por los administrados que están dentro de la esfera jurídica del acto administrativo. En consecuencia, en todo ordenamiento jurídico, surge a favor de todo administrado legitimado el derecho de impugnar toda decisión administrativa ante la propia administración emisora del mismo, o ante un ente superior en grado, esto se traduce en la interposición de un recurso administrativo.[69]

68 La administración pública puede en cualquier momento revocar de oficio sus propios actos administrativos fundamentalmente aquellos que tengan el carácter de desfavorables. Sin embargo los actos administrativos firmes y favorables generadores de un derecho para el administrado, deberá de seguirse el proceso de lesividad que estipula el Art. 8 de la LJCA. De lo contrario el acto administrativo donde se revoca adolece de legalidad.

69 Vid. ESCOBAR MENALDO, R., Manual de derecho administrativo: una perspectiva de Guatemala y España, en AA. VV., "Los Recursos Administrativos en Guatemala" Manuel Ballbe

El vocablo "recurso", proviene del latín recursus, que significa: acción o efecto de recurrir, vuelta y retorno de una cosa al lugar donde salió. Esta acción consiste en expresar la inconformidad del sujeto agraviado por la decisión judicial, lo cual conlleva a realizar un nuevo examen de la cuestión planteada en la solicitud iniciadora del procedimiento con la finalidad de obtener una decisión distinta de aquella, que se estimó gravosa a los intereses de quien la ha impugnado.

En sentido amplio, el recurso es entendido como "la acción que se deriva de la ley a favor de la parte que se considera perjudicada por una resolución judicial o administrativa, para pedir al mismo juez o tribunal o autoridad que la ha proferido, que quede sin efecto o sea modificada en determinado sentido, o para acudir a otro juez, tribunal o autoridad competente, en solicitud de que sea revocado el fallo que se reputa perjudicial".[70] En este contexto, el conocido tratadista de derecho administrativo DIEZ define al recurso administrativo como "una pretensión deducida ante un órgano administrativo por quien está legitimado con el fin de obtener la revocación o modificación de un acto administrativo dictado por ese mismo órgano o un superior jerárquico".[71] De igual manera FRAGA,[72] establece que el recurso administrativo "constituye un medio legal de que dispone el particular afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en términos legales de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar la ilegalidad del mismo".[73]

De las anteriores definiciones se infiere que con el recurso administrativo, se impugna un acto administrativo, dando lugar a un nuevo procedimiento en sede administrativa, a fin de examinar de nuevo el acto dictado por ella misma, lo cual puede provocar la revocación, modificación o confirmación. En consecuencia, constituye en todo ordenamiento jurídico administrativo un requisito "sine qua non" para acudir a las instancias judiciales, en nuestro caso sería la SCA, conforme al art. 1 y 2 de la LJCA. La regulación de los recursos se encuentra de manera desigual en todo el ordenamiento jurídico salvadoreño, en este sentido, por tanto cada institución tiene su propio régimen de impugnaciones de actos administrativos dictados por los diferentes Órganos de Gobierno y funcionarios.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

Sobre el tema, existen variadas posturas doctrinales de las cuales pueden resumirse en tres: la primera que considera que es un derecho subjetivo a favor del administrado, para accionar ante la administración en virtud de un agravio ocasionado por un acto

y Martha Franch Saguer (Directores), Publicación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y la Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002, Pág. 227.

70 Ibidem. p. 228.

71 DIEZ, M. M., Manual de Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, Pág. 495

72 FRAGA, G., Derecho Administrativo, edición vigésimo cuarta, Ed. Porrua Pérez, México, 1985, Págs. 404, y ss.

73 De la misma manera la SCA, ha manifestado que los recursos administrativos son la vía por el cual los administrados legitimados, piden la revocación, modificación de una resolución administrativa que se reputa ilegal. Vid. sentencia del 22 de enero de 1998, ref. 27- T-97.

administrativo.[74] La segunda que es un mecanismo de control de parte del administrado, frente a la propia administración pública, ya que conlleva a la revisión de sus actuaciones administrativas.[75] Y la tercera que constituye una carga para el administrado, ya que es necesaria su utilización, para acceder a la revisión del acto administrativo ante la vía judicial.[76]

La jurisprudencia de la SCA,[77] en cuanto a la naturaleza jurídica, la ha fijado desde una doble perspectiva: como garantía para el administrado, en virtud de estar afectados por actos de la administración, en la medida que les asegura la posibilidad de reaccionar ante ellas, y eventualmente de eliminar el perjuicio; asimismo representan la oportunidad para la propia administración de corregir sus actos. El otro matiz de la SCA, es que constituye un medio para el ejercicio del derecho de defensa que establece la ley a favor del administrado, para deducir ante un órgano administrativo una pretensión de modificación o revocación de un acto administrativo dictado por ese órgano o por un inferior jerárquico.

3. ELEMENTOS DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La incoación de un recurso administrativo da lugar un procedimiento, a fin de resolver la pretensión planteada por el administrado, ante la administración pública. Dentro de tal procedimiento, siguiendo a GARCIA DE ENTERRIA Y RAMON FERNANDEZ,[78] se debe cumplir algunos elementos en la tramitación de los recursos administrativos.

a. Elemento Subjetivo: La autoridad competente y el recurrente

En todo recurso administrativo hay que tener en cuenta, dos tipos de sujetos: los que deciden el recurso y los que lo interponen, aparte de otros tipos de sujetos posibles que tendrán el carácter de interesado que podrán intervenir dentro del procedimiento administrativo. En este sentido habrá dos tipos de sujetos: la Administración Pública y el recurrente. Veamos cuales son los requisitos para que cada uno de ellos intervenga.

En lo que se refiere a la autoridad competente, los recursos administrativos se tramitan en el marco de la propia administración: se interponen ante ella, y son resueltos por la misma administración. En nuestro orden jurídico puede identificarse desde dos puntos de vista: la entidad competente ante quien se interpone el recurso y la autoridad que lo resuelve. En términos generales, para que la administración conozca sobre un recurso administrativo, debe tratarse sobre asuntos que sean de su competencia en razón de la materia, grado o territorio, esto en virtud del principio de legalidad de la Administración Pública consagrado en el art. 86, "in fine" de la Constitución. Esto deviene que un Estado de Derecho, se exige que los actos de la administración sean realizados con-

74 Vid. DIEZ, M. M., op. cit., p 407

75 AA. VV., Manual de Derecho Administrativo, Ismael Farrando (h) y Patricia R. Martínez (Directores), Depalma, Buenos Aires, 2000. Pág. 632

76 Vid. GORDILLO, A., Tratado de Derecho Administrativo, Volumen III, octava edición, Depalma, Buenos Aires, 2003, Pág.3.

77 Vid. Sentencia del 22 de enero de 1998, ref. 38-F-97.

78 Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho administrativo II, octava edición, Civitas, Madrid, 1998, Págs. 517 y ss.

formidad a las atribuciones que la ley les ha conferido a los funcionarios. De lo contrario, puede provocar que el acto sea ilegal o nulo, tal como se interpreta el art. 164 de la Constitución de la República.

Respecto, al recurrente deberá de reunir ciertos requisitos para la interposición del recurso, para el caso puede hacerlo por sí, o por medio de su representante legal o apoderado, lo cual también deberá ser una persona legalmente capaz conforme al derecho común. Dentro del procedimiento administrativo le corresponderá acreditar el interés legítimo y directo;[79] es decir, únicamente podrá interponer el recurso el administrado que se ha visto afectado en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos por el acto que recurre. En caso que carezca de legitimación no podrá actuar como parte dentro del procedimiento administrativo.

b. Elemento objetivo: El acto administrativo

El objeto de un recurso administrativo, tal como lo hemos dejado de manifiesto, es impugnar un acto administrativo que haya ocasionado agravio a uno o varios administrados por la decisión dada de parte de la administración. Para tales efectos los requisitos formales en la interposición del recurso, doctrinalmente, varían según el cual sea la clase de recurso que se quiera plantear. En la normativa salvadoreña tales requisitos no son uniformes, puesto que están sujetos a ley sectorial que regula cada recurso administrativo.

No obstante, existen requisitos generales y comunes a todos los recursos. En este sentido, para que un acto administrativo sea impugnable, es necesario que se faciliten dos condiciones: que el acto administrativo a impugnar no haya causado estado y que no sea firme. Es por ello, que una vez sea notificado el acto que se pretende impugnar, el recurso deberá plantarse en tiempo y forma tal como el ordenamiento jurídico prescribe. De lo contrario cierra la posibilidad que el recurso sea admitido por el órgano administrativo correspondiente; de la misma manera ocurriría la inadmisión de parte de la SCA, por falta de agotamiento de la vía administrativa en legal forma, según el art. 7 de la LJCA.

4. EL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO ADMINISTRATIVO

a. La interposición del recurso y sus efectos

Para la interposición y tramitación del recurso administrativo, si bien es necesario hacerlo en los plazos que la ley estipula, debe cumplirse ciertos requisitos, para que la propia administración lo resuelva. Para la presentación del recurso la regla general es que se plantee por escrito, deberá plasmar requisitos formales en la interposición de los mismos, dentro de los cuales están:

a) Que se dirija a la autoridad competente;

b) El nombre del recurrente, sus generales que lo identifiquen como el sujeto legitimado;[80]

79 Sobre la teoría del interés legitimo, puede verse la sentencia del 24 de marzo de 1998, ref., 106-M-95.

80 En la normativa Universitaria cuando sean los estudiantes los recurrentes, no debe exigirse, la calidad de ciudadano. Puede ocurrir que estamos en presencia de estudiantes extranjeros o menores de edad. Basta que acrediten el interés legitimo, puesto que la normativa universitaria no hace tal requerimiento. Si el caso llega a sede judicial, la LJCA en el Art. 10

b) El acto o los actos que se recurre y los fundamentos jurídicos por los cuales se impugna;

c) Presentación de prueba o medios probatorios que propone, en caso que sea posible en la tramitación del recurso administrativo.;

d) Pretensiones concretas para restablecer el derecho infringido;

e) Lugar, fecha escrita en letras, y firma del recurrente o los recurrentes, o su representante o apoderado, además el lugar para recibir notificaciones.

Los anteriores requisitos podrían variar, dependiendo del recurso que se trate, para el caso cuando se plantea un recurso de apelación, en virtud que produce instancia, se podrá solicitar la presentación de nuevas pruebas, tales como: testigos, nuevos informes, fundamentalmente cuando se trate de procedimientos administrativos sancionadores. Lo que conllevará a la práctica de audiencias, dentro del procedimiento administrativo, a fin que la prueba sea recibida.

En caso que el recurso sea admitido por el órgano competente, a pesar de ello no suspende por si misma la eficacia del acto impugnado, salvo que exista alguna disposición expresa que lo establezca, tal como sucede con las sanciones administrativas, fundamentalmente con las multas.[81]

Otros de los aspectos, que deben de considerar el órgano competente, es que tiene que resolver dentro del plazo que el ordenamiento jurídico[82] señala, con el propósito de tutelar el derecho supuestamente infringido; y en consecuencia el derecho de petición, consagrado en el art. 18 de la Constitución de la República. En caso que la autoridad administrativa no resuelva dentro del plazo de sesenta días hábiles, a partir de la fecha de la presentación del recurso, se configura la denegación presunta, tal como lo prescribe el art. 3, b) de la LJCA. En efecto, el administrado le queda expedito para que concurra directamente a la SCA, a fin de que le resuelvan sus pretensiones.

B. LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO: LA MOTIVACIÓN Y LA REFORMATIO IN PEJIUS.

Una vez, realizado el trámite correspondiente el órgano competente resolverá el recurso planteado, lo cual dictará un nuevo acto administrativo donde expondrá si el acto recurrido se revocará, modificará o se confirmará. Dentro de la resolución administrativa se debe examinar las razones planteadas en el recurso, sobre la base del principio de congruencia, para lo cual no podrá pronunciarse sobre lo no pedido salvo que estemos en

exige la mayoría de edad, por tanto, si el recurrente no la tiene debe actuar por medio de su representante legal.

81 Como paradigma a seguir la ley española 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, estipula de forma expresa en el Art. 111 que los recursos administrativos pueden suspender la ejecución del acto recurrido, cuando concurra algunas de las siguientes circunstancias: a) que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, b) que la impugnación de fundamente en una de las causas de nulidad de pleno derecho.

82 El recurso de revisión que estipula la ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública en el art. 77 establece quince días para que se resuelva, de no ser así, da como resultado el silencio administrativo de carácter positivo a favor del peticionario..

presencia de una nulidad de pleno derecho,[83] pues éstas según la doctrina del derecho administrativo, pueden resolverse de oficio, tanto en sede administrativa como judicial.

Esta resolución administrativa, como requisito de validez deberá de motivarse. La motivación consiste en exponer de manera justificada los motivos que indujeron a la administración pública a la emisión del acto. Lo anterior implica que de no existir una resolución administrativa en estos términos nos encontraríamos ante un motivo de ilegalidad, ya que la motivación funge como un elemento del acto administrativo que como tal, condiciona su validez.[84] Además la motivación de la resolución le sirve a la administración para reafirmar ante el recurrente, que sus actos se encuentran apegados al principio de legalidad, y le garantiza el derecho de defensa, ya que el administrado puede controvertir los argumentos jurídicos plasmados en la resolución de parte de la administración, cuando plantee el recurso administrativo ante el superior jerárquico.

Por otra parte, al resolver el recurso, el administrado no puede ser desmejorado en el acervo de sus derechos o intereses legítimos, de una forma más gravosa en relación a la resolución que recurre. Así por ejemplo si un persona pide la ilegalidad de una sanción administrativa de suspensión del cargo sin goce de sueldo, no puede el órgano superior modificar la resolución imponiéndole la sanción de destitución, aún encontrando razones de mérito, por tanto queda proscrita la reformatio in pejius.

El Tribunal de Apelaciones de la Policía Nacional Civil, en una de sus actos donde resolvió un recurso de apelación, dentro del contenido de la misma realizó una reforma peyorativa en contra del recurrente, precisamente en un caso similar al ejemplo antes descrito. El agraviado pedió amparo ante la Sala de lo Constitucional,[85] y estableció, al respecto que la reformatio in pejius, es un principio del proceso constitucionalmente configurado, encontrando fundamento en la seguridad jurídica, regulado en el art. 2 de la Constitución de la República. En efecto, al impedir que el tribunal de la alzada empeore la condición en perjuicio del impetrante, puntos que no le han sido alegados, se protege al apelante en su situación jurídica adquirida, del mismo modo se respeta el principio de congruencia, dentro del cual tribunal debe de fallar respecto del objeto del proceso inicialmente establecido.

83 Al respecto sobre las nulidades vid. GAMERO CASADO, E., Derecho administrativo, en la monografía "El acto administrativo", Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y de la Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001, Págs. 81 y ss. En la jurisprudencia salvadoreña puede consultarse la sentencia de la SCA pronunciada el 20 de junio de 2005, ref., 87-V-02, donde establece la forma en que pueden impugnarse actos administrativos nulos de pleno derecho.

84 Vid. al respecto Sentencia del 20 de marzo de 98, ref. 75-A- 95.

85 Sentencia de amparo de 8 de junio de 99, ref. 110-98. De la misma forma la SCA en sentencia del 29 de enero de 2002, ref. 179-M-2000.

VII. La jurisdicción contenciosa administrativa

1. GENERALIDADES

1.1. Evolución histórica

En nuestro país, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa[86] (en adelante JCA), ha llegado relativamente tarde, pese que la Constitución de 1824 que le da vida al Estado salvadoreño, hacía alusión a la creación de los tribunales administrativos, pero sin que se creara ninguno al efecto. Luego las Constituciones posteriores nada dispusieron en relación a los tribunales contenciosos administrativos. Es hasta la Constitución de 1939, promulgada en la dictadura militar del General Maximiliano Hernández Martínez, estableció en el Art. 77.17, como atribución de la Asamblea Nacional, erigir jurisdicciones y establecer funcionarios que, a nombre de la república conozcan, juzguen y sentencien en toda clase de asuntos administrativos.[87]

Posteriormente con la Constitución de 1950, aparece en el Art. 46.13 que le corresponde al Poder Judicial conocer en toda clase de asuntos administrativos. Esta disposición se estableció exactamente igual en la Constitución de 1962 en el Art. 47.13. La necesidad de tener un Tribunal Contencioso Administrativo, era latente ya que el quehacer de la Administración cada día estaba sujeto arbitrariedades, aunado a los regímenes dictatoriales militares, lo cual era frecuente el quebrantamiento de la ley, consecuentemente la imposibilidad de un verdadero Estado de Derecho.

Al tener la competencia los tribunales comunes en resolver los conflictos entre los particulares y los sujetos administrativos, no era posible la tutela de los derechos subjeti-

86 La expresión contencioso-administrativa procede desde los orígenes de la Revolución Francesa, el término une dos conceptos opuestos: contencioso y administrativo. El vocablo "contencioso" significa contienda -cuando se comenzó a utilizar en Francia se le entendía como litigio-. La palabra "administrativo", sustantivación de la Administración, significa dirección ejecutiva de personas y cosas -cuando comenzó a usarse en Francia representaba la materia correspondiente a esta clase de litigio-. Por ello, en su origen, la prenombrada expresión significó "litigio administrativo", pero, como debían tramitarse ante órganos que formaban parte de la Administración Pública, se llamó "contencioso administrativo". La denominación es confusa, pero ha sido aceptada por los diferentes ordenamientos jurídicos administrativos. Vid. al respecto, AA. VV., Manual de Derecho Administrativo, (Ismael Farrando h. y Patricia Martínez) Directores, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, Págs. 667-668, y GONZALEZ PEREZ, J., Evolución de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en "Revista de Administración Pública", Nº 150, 1999, Págs. 209 y ss.

87 Desde 1960, después de la promulgación de la primera Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1956 se estableció la necesidad de erigir una ley que controlara los actos de la Administración, en este sentido Vid. GÓMEZ CAMPOS, O., El Control Jurisdiccional de la Administración Pública, Tesis de grado presentada en la Universidad de El Salvador, 1961, y TENORIO, J. E., El Contencioso Administrativo en El Salvador, Tesis de grado presentada en la Universidad de El Salvador, 1970.

vos de los gobernados.[88] Por tanto, con la iniciativa del Ministerio de Justicia,[89] el Poder Judicial de la época y el apoyo de las Federaciones de Abogados se presentaron varias propuestas de Proyectos de Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Después de estudiar varias propuestas la Asamblea Legislativa el catorce de noviembre de 1978, dicta la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo (en adelante LJCA), entrando en vigencia el uno de enero de 1979, erigiéndose la Sala de lo Contencioso de lo Administrativo, adscrita a la Corte Suprema de Justicia (en adelante SCA), conformada desde sus inicios por tres Magistrados.

1.2. Composición y caracteres de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Al entrar en vigencia la actual Constitución de 1983, en el Art. 172 quedó configurado constitucionalmente la "potestad del Órgano Judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia (…) de lo contencioso administrativo (…)". Posteriormente, como resultado de los Acuerdos de Paz en 1992, que dio por terminado la guerra civil salvadoreña se reforma la Ley Orgánica Judicial, y se aumenta el número de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de catorce a quince, y se compone de cuatro magistrados-un presidente y tres vocales- para que constituyan la SCA[90] (Art. 4.2 de la Ley Orgánica Judicial). Se adujo que el aumento de un Magistrado, es por el crecimiento de los casos sometidos por los particulares ante la SCA.

En consecuencia, para que la SCA emita sentencia interlocutoria o definitiva se necesitan los votos unánimes de los cuatro magistrados (Art. 14.2 de la Ley Orgánica Judicial). El magistrado que no esté de acuerdo con la decisión deberá razonar su voto y mandará a llamar a uno más suplentes para se conozca y resuelva sobre el asunto[91] (Art. 12 de la Ley Orgánica Judicial).

88 Nuestro país no se escapa de esa influencia del modelo francés, ya que en 1960 se crea el Tribunal del Servicio Civil, -vigente a la fecha- como un ente competente para ventilar los conflictos administrativos derivados de la función pública. Cuando se crea la LJCA el Art. 4, d) excluía que sus actos no fueran sometidos a la SCA, conformándose una especie de justicia administrativa retenida. Hasta que la SCA lo determina inaplicable en 1998 y la Sala de lo Constitucional (en adelante SC) lo declara inconstitucional en 2004.

89 Vid. CUESTAS, H. G., Breve reseña histórica del establecimiento del tribunal contencioso administrativo, en "Sentencias. Quince años de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa", Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1995, Págs. I-IX.

90 La elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia se hace de una lista de treinta candidatos, quince son propuestos por el Consejo Nacional de la Judicatura en los términos que determina la ley. Los otros quince provienen de los aportes de las entidades representativas de los abogados de El Salvador y donde deben estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico. Además, los magistrados –donde se encuentran los de la SCA- sólo pueden ser removidos por causas específicas, previamente establecidas por la ley. Tanto para elección como para la destitución, el acuerdo respectivo debe tomarse con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los Diputados electos, con lo cual se procuró procurar el consenso en relación a los mejores candidatos. Otro de los aspectos, que en 1991 se consideró necesario reformar, es el del período de ejercicio de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia a nueve años renovándose por terceras partes cada tres años. Vid. Arts. 172 y 186 de la Constitución.

91 Como caso relevante es el auto interlocutorio de la SCA del 13 de julio de 2007, ref. 164-P-2003, donde para decidir se mandó a llamar hasta tres suplentes, habiendo existido siete

La SCA tiene, como exclusividad la competencia de resolver las controversias entre los particulares y la Administración (Art.1 de la LJCA), en efecto es una jurisdicción especializada, pero centralizada, por ser el único tribunal jurisdiccional, donde los administrados pueden impugnar los actos administrativos que consideren ilegales y que le ocasionen un agravio. No constituye un tribunal de segunda instancia, ni una vía de Casación, respecto de lo que se hubiere actuado, previamente en el proceso administrativo. Es un proceso jurisdiccional, donde las partes procesales pueden controvertir en iguales condiciones bajo plenas garantías reconocidas por nuestra Constitución.

En este sentido, respecto a que, la SCA sea el único Tribunal contencioso administrativo, lo consideramos atentatorio, puesto al no existir tribunales cercanos a la población, es violatorio al Acceso a la Justicia, si bien somos un país pequeño territorialmente, con ello se le hace dificultoso al particular la interposición de una demanda contra un sujeto administrativo. En virtud de esto, se requiere una articulación jurisdiccional en tribunales de instancia y descentralizados. Porque, el único mecanismo jurisdiccional que podría invocarse para controlar una decisión de la SCA en el orden jurídico salvadoreño, es por medio del Proceso de Amparo, pero la pretensión debe estar fundamentada en la violación de un Derecho constitucional, de lo contrario no habría otra forma de controlarla.

2. OBJETO LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

2.1. Ámbito de aplicación

El proceso contencioso administrativo, constituye una garantía, con el propósito de de tutelar los derechos y libertades de los particulares, afectados por una decisión arbitraria o ilegal de cualquier sujeto de la Administración. El control se extiende a todas las actuaciones e inactividades de la propia Administración, incluso a entes que no forman parte de la misma, que se encuentran vinculados por relaciones emanadas del Derecho administrativo, como sucede con los concesionarios de servicio u obra pública. Nuestra LJCA, si bien fue un hito jurídico en su momento para nuestro país, sin embargo, es una ley preconstitucional que no está acorde al nuevo modelo procesal administrativo, puesto que su aplicación es limitada tanto a los sujetos que se le destina, (delimitación subjetiva), como en su ámbito material (delimitación material).

2.2. Delimitación subjetiva

El Art. 2.2, de la ley, establece los entes administrativos que conforman la Administración Pública salvadoreña,[92] a fin de la aplicación de la LJCA, debemos remitirnos al apartado II.

votos en un resolución interlocutoria, los Magistrados suplentes adujeron que conformaron Sala, queriendo hacer valer su criterio.

92 La SCA en auto interlocutorio del 22 de mayo de 2000, ref. 230-C-2002, ha sostuvo sobre la impugnación de ciertos actos "…que la Administración Pública salvadoreña a diferencia de otros ordenamientos, no poseen personalidad jurídica única, sino que constituye como una pluralidad de órganos, algunos con personalidad jurídicas y otros no, que realizan función administrativa (…), en este orden de ideas los organismos colegiados y funcionarios directamente son susceptibles de ser demandados en un proceso contencioso administrativo." En consecuencia, No podrán ser demandados ante la SCA aquellos órganos, que aun cuando dicten actos similares o sujeto al Derecho administrativo, tal es el caso de los particula-

2.3. Delimitación Material

El Art. 5 de la LJCA, establece que la competencia de la SCA es improrrogable y se extenderá a todo el territorio de la república. Esto en virtud, del carácter privativo de la JCA, que constituyen un orden específico dentro de la Jurisdicción en general de todo el Estado. En consecuencia, asume competencias concretas, que le otorga la LJCA y la Ley Orgánica Judicial. Actualmente, nuestra LJCA, su competencia material está destinada a determinar la ilegalidad de los actos administrativos, y no se extiende el control a otras actuaciones sujetas al Derecho administrativo.[93]

2.3.1. Impugnación exclusiva de actos administrativos

La competencia natural de la JCA, viene representada históricamente, con el fin de fiscalizar la legalidad de los actos administrativos[94] aspecto reconocido en los Arts. 2 y 3 de la LJCA, donde hace una determinación expresa de que actos están sometidos al conocimiento de la SCA; sean estos definitivos o de trámite;[95] reglados o discrecionales

---

res, cuando actuando como concesionarios realizan potestades derivadas del contrato administrativo de concesión.

93 Sobre un análisis muy detallado de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa salvadoreña, donde apoyamos ampliamente nuestro trabajo son las obras de GAMERO CASADO, E., Monografías de Derecho Administrativo: La Jurisdicción Contenciosa Administrativa y El acto administrativo, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001, y AYALA, J. M., et al., Manual de Justicia Administrativa, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.

94 El Código Tributario, define legalmente al acto administrativo en el Art. 20 y dice que es "una declaración unilateral, productora de efectos jurídicos singulares, sean de trámite o definitivos, dictada por la administración tributaria en el ejerció de de su potestad administrativa." En cambio la SCA lo ha definido de manera más amplia como "una declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho Publico, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados o con la administración, o bien con simples efectos dentro de la esfera administrativa" Vid. Al respecto Sentencias de la SCA, del 28 de octubre de 1998, ref. 134-M-97 y del 16 de octubre de 1998, ref. 109-A-96. De esto se infiere que el acto administrativo tiene las características siguientes: es un acto dictado por la administración, unilateral, con efectos jurídicos concretos. Esto lo hace diferente al reglamento, sus efectos pueden ser internos y externos de la administración y está sujeto a control ante la propia administración y ante la JCA, por excepción ante el proceso de amparo cuando a través de ellos de infrinjan derechos fundamentales.

95 La SCA ha establecido un que no todos los actos administrativos de trámite puede ser impugnados por esta vía. Solo los siguientes: a) los que deciden directa indirectamente, el fondo del asunto, b) los que generen una situación de indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, c) los que impiden continuar el procedimiento. Tal postura ha sido congruente con la doctrina y el Derecho comparado, que sostiene que los actos de trámite son recurribles de forma autónoma por excepción, cuando: "aún bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación…", acotando que el resto de actos de trámite no son impugnables separadamente, y habrá que esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para impugnarla y plantear entonces todas las irregularidades o vicios de los actos de trámite. Vid. Sentencia de la SCA del 14 de octubre de 2003, ref. 199-A-2001.

incurriendo en desviación de poder[96]; expresos o presuntos denegatorios[97] y presuntos estimatorios,[98] y actos nulos de pleno derecho que tienen una particularidad normativa en el derecho salvadoreño, lo cual haremos una referencia especial en el apartado siguiente.

Asimismo, se excluyen del conocimiento de la SCA la impugnación de disposiciones normativas de los reglamentos y ordenanzas municipales de manera directa, lo que es posible la impugnación los actos que se produzcan en aplicación de los referidos cuerpos normativos, porque tales disposiciones no están conforme a derecho, a esto se le denomina "el recurso indirecto".[99] Entre otras actuaciones administrativas, tal como nos referiremos posteriormente.

2.3.2. Sobre los actos nulos de pleno derecho

La determinación de las nulidades de pleno derecho, es una de las dificultades que afronta la normativa administrativa, no obstante la LJCA, en su Art. 7 b). 2, reconoce que dichos actos son recurribles, aun teniendo el estado de firmeza, lo cual hay inexistencia de plazo de impugnación, sobre la lógica que éstos son imprescriptibles, pero sin carácter retroactivo, ya que manda dicho precepto a no afectar los derechos adquiridos.

El inconveniente de éstos, radica en que, los supuestos de nulidades de pleno derecho, no se encuentran tasados en el ordenamiento salvadoreño, es por ello la SCA, en un primer momento se mostró reticente en pronunciarse en estos casos, ya que argüía que por carecer de una ley de procedimientos administrativos le imposibilitaba conocer de ellos. Este criterio posteriormente fue cuestionado por la SC,[100] sustentando que a falta de precepto legal expreso, la SCA debía de elaborar a través de la jurisprudencia el elenco de vicios sancionados con nulidad de pleno derecho.

Por tanto, siguiendo esta línea, la SCA,[101] por la vía jurisprudencial, estableció que los actos nulos de pleno derecho regulados en el Art. 7 de la LJCA son una expresión de

96 El Art. 3. b), de la LJCA, establece que constituye como tal: "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico."

97 La SCA, ha manifestado según el Art. 3, a) de la LJCA, constituye la denegación presunta una ficción legal que habilita al particular, la interposición de la pretensión contenciosa administrativa, cuando la autoridad después de haber transcurrido sesenta días hábiles, contados desde la fecha de la solicitud y no ha dado respuesta a su solicitud. Vid. Sentencia de la SCA del 11 de noviembre de 1997, ref. 8-U-94.

98 Los actos presuntos estimatorios no están regulados en forma expresa por la LJCA, sin embargo diversas leyes de orden administrativo establecen el silencio administrativo positivo. Por lo que, un tercero que se vea afectado por el acto estimatorio presunto, puede impugnarlo ante la SCA, tal como podría suceder con el otorgamiento de personalidad jurídica de una asociación, sindicato o partido político que no reúna los requisitos formales, y en virtud del silencio de la administración se le confiera un derecho que se oponga a terceros.

99 El Art. 3, c) de la LJCA estipula que pueden impugnarse actos administrativos que se pronunciaren en aplicación de disposiciones de carecer general de la Administración Pública, fundada en que tales disposiciones adolecen de ilegalidad.

100 Así los sostuvo la SC, en Sentencia de Amparo, del 9 de febrero de 1999, ref. 384-97.

101 Esta doctrina ha sido creada por la Sentencia Definitiva de la SCA, del 20 de junio de 2005, ref. 88-V-2002.

los actos nulos a que se refiere el Art. 164 de la Constitución.[102] En consecuencia, para efectos de la LJCA, la nulidad de pleno derecho en el ordenamiento jurídico-administrativo salvadoreño es una categoría especial de invalidez del acto administrativo, que se configura cuando concurren los supuestos siguientes:

1. Que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria (de carácter administrativo), por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas;
2. Que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional;
3. Que esta transgresión sea concretable en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad".

En virtud de lo anterior, es la SCA en cada caso concreto será la que determine si se configura o no tal categoría de nulidad. Esto implica, que no ha de realizarse un catálogo cerrado de los supuestos que configuran la nulidad de pleno derecho, sino, compete a la SCA, a partir de tales parámetros determinar cada vez que se alegue, si el vicio que se le presenta encaja en esta categoría. Esto, deja claro el panorama jurídico de la regulación de las nulidades de pleno derecho, que la decisión de la SCA, abre la puerta a que actos considerados en tal calidad puedan ser controlados por la vía jurisdiccional; sin embargo, esto nuestro juicio ocasiona mayor confusión sobre todo por es innegable que la nulidades de pleno derecho son zonas reservadas a la ley.

2.3.3. Exclusiones

Nuestra LJCA, al igual que muchas leyes, hace referencia a las materias que se encuentran excluidas de la competencia de la SCA, así encontramos en el Art. 4,[103] los ámbitos que no son impugnables, aunque es de aclarar que este precepto no debe de entenderse de manera literal, puesto como ya nos referimos la LJCA es una ley preconstitucional, y dicha disposición en algunos aspectos es contraria a la Constitución de la república que entró en vigencia el 20 de diciembre de 1983. En este sentido, la SCA declaró inaplicable el Art. 4 d) y e), respecto a las exclusiones del control de los actos administrativos

102 Este Art.164, de manera literal dispone: "Todos los decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa" La SCA, en la sentencia citada en la nota anterior, sostiene que el término "Órgano Ejecutivo", no debe de entenderse de manera literal, ya que haciendo una interpretación progresista, es aplicable a todos los entes que conforman la Administración Pública.

103 "El Art. 4. de la LJCA, prescribe: "No corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa: a) los actos políticos o de gobierno; b) la actividad privada de la Administración Pública; c) los actos del Consejo Central de Elecciones y demás organismos electorales relacionados exclusivamente con la función electoral; ch) los actos de la Corte de Cuentas de la República relacionados con la fiscalización de la Hacienda Pública; d) los actos del Consejo Superior de Salud Pública ejecutados en virtud de la facultad que le confiere el artículo 208 de la Constitución Política; e) las resoluciones del Tribunal de Servicio Civil; y f) derogado.

del Tribunal del Servicio Civil[104] y el Consejo Superior de Salud Pública,[105] y que posteriormente la SC la declaró inconstitucional.[106]

2.3.3.1. Actos Políticos de Gobierno

El Art. 4 a) de la LJCA, excluye expresamente la impugnación de los actos políticos de gobierno, ante la JCA. Estas exclusiones en un Estado de Derecho son contrarias al Derecho al acceso a la justicia, ya que estos actos, al igual que actos discrecionales, están sujetos a requisitos reglados -competencia y procedimiento-, controlables jurisdiccionalmente.

Nuestra Constitución de la República establece una gama de actos políticos de gobierno, que le otorgan a los Órganos del Estado; por una parte que le corresponden al Órgano Legislativo: elección de funcionarios de segundo grado (Art. 131.19), nombramiento de Comisiones Políticas para fines investigativos (Art. 131. 32), elección de designados a la presidencia, indultar (Art. 131. 18) y decretar amnistía (Art. 131.26). En cuanto al Órgano Ejecutivo: designación de embajadores (Art. 171), nombramientos de Ministros de Estado (Art. 162), y Gobernadores Departamentales (Art. 200). La jurisprudencia ha sido tajante en reafirmar que la SCA no tiene competencia en controlar los actos políticos, como ha sucedido en la impugnación de funcionarios de elección de segundo grado;[107] y como ha sucedido en la designación del Pleno Legislativo de Comisiones Políticas son controlables por medio del recurso de inconstitucionalidad,[108] pese a que no tienen el carácter normativo.

104 Vid. Sentencia SCA del 28 de abril de 2000, ref. 18-Z-98, así como la del 26 de mayo de 2000, pronunciadas en los procesos 24-O-98 y 59-B-98.

105 Vid. Sentencia del 29 de octubre de 1996, ref. 108-M-1996

106 La Sentencia de la SC Inc., del 22 de octubre de 2004, ref. 9-2003, el fallo literalmente dice: "Declárase de un modo general y obligatorio la letra "e" y por conexión la letra "d" del Art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, emitida por D. L. nº 81, de 14-XI-1978, publicado en el Diario Oficial nº 236, tomo 261, correspondiente al 19-XII-1978, contraviene lo dispuesto en el inciso 1° del Art. 2 de la Constitución, al establecer como materias excluidas del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa los actos del Consejo Superior de Salud Pública ejecutados en virtud de la facultad que le confiere el actual Art. 68 Constitución y la resoluciones del Tribunal del Servicio Civil."

107 Vid. Auto interlocutorio de la SCA, del 27 de noviembre de 2007, ref. 195-2006, donde declara inadmisible la demanda presentada, cuya pretensión era declarar ilegal la elección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, decisión tomada en el Pleno Legislativo del 30 de abril de 2006.

108 Vid. Sentencias de la SC, Inc., del 21 de diciembre de 2007, causas acumuladas, ref.29-2004/1-2005, sobre la petición de inconstitucionalidad de la elección de la Asamblea Legislativa del tercer Magistrado del Tribunal Supremo Electoral; Sentencia de la SC, Inc. del 1 de diciembre de 1998, ref. 16-98, donde se impugna el Acuerdo Legislativo N° 342, de dos de julio de 1998 presente año, publicado en el Diario Oficial N° 132, Tomo 340, correspondiente al día dieciséis del mismo mes y año, donde se nombra una "Comisión Especial, para investigar: a) la resolución proveída por la Corte Plena, en el caso del suplicatorio librado por un Juez de instrucción, en la investigación de secuestros imputados a miembros de la Fracción que ahora integra el principal partido de izquierda, b) Que además se le faculte para investigar las implicaciones de otros fallos de la Corte Suprema de Justicia, que hayan puesto en grave riesgo la institucionalidad del estado, la seguridad jurídica y el fortalecimiento del estado de derecho y c) Que también investigue si los fallos de la Corte Suprema de Justicia, a par-

2.3.3.2. Actividad privada de la Administración

El Art. 4 b), excluye las actuaciones de la Administración Pública cuando no actúe con poderes soberanos, y cuando intervenga como un particular sus decisiones estarán sometidas ya sea al Derecho civil o mercantil, tales como: Contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles y valores negociables, o los contratos de obras materiales o inmateriales destinados a fines patrimoniales, pecuniarios o lucrativos, las controversias que surjan en este ámbito estarán sometidas al Derecho privado. Sin embargo, apunta la SCA, que cuando se trate de actos derivados con prerrogativas soberanas dentro del trámite de dicha actividad privada, si estarán sujetas a la JCA, por ser verdaderos actos administrativos, sobre la teoría francesa de los actos separables.[109]

2.3.3.3. Actos sometidos a jurisdicciones administrativas especiales

La LJCA en el Art. 4 ch) y d) excluye materias que se encuentran atribuidas a jurisdicciones administrativas especificas, determinadas en función de la actividad especializadas, aunque esto no signifique que todos sus actos se encuentren excluidos, ya que los que se refieran a nombramientos, adjudicaciones de contratos, sanciones administrativas entres otros, son competencia de la SCA.

Al respecto tenemos, la exclusión de actos relacionados con la fiscalización de la Hacienda Pública, encomendadas a la Corte de Cuentas de la República, (Art. 195 y ss.), puesto que este órgano tiene una estructura jurisdiccional en Cámaras de Primera Instancia y la Cámara de Segunda Instancia, competente en resolver el ámbito del control y vigilancia del gasto de fondos públicos y manejo de bienes de parte de autoridades y funcionarios públicos. Le corresponderá tramitar los procedimientos administrativos-contables para establecer la responsabilidad patrimonial en la realización de las actividades administrativas antes referidas.

Por otra parte, está el Tribunal Supremo Electoral, y demás organismos electorales (Juntas Departamentales, Juntas Municipales y Mesas Receptoras de Votos) sus actos no son justiciables ante la SCA, cuando estos se refieran estrictamente a los procesos electorales, incluso su jurisprudencia ha incorporado dentro del elenco de actos no fiscalizables en sede contenciosa administrativa, los que deniegan la inscripción de Partidos Políticos.[110] En este caso, a nuestro juicio es criticable ya que se trata de una actividad sujeta aspectos reglados y no en "estricto sensu" función electoral encomendada al Tribunal Supremo Electoral.

---

tir de su elección, han sido o son motivados por intereses particulares de cualquier tipo, de los magistrados del máximo tribunal, para el estudio de las implicaciones al estado de derecho" y Sentencia de la SC, Inc., del 11 de noviembre de 2003, ref. 17-2001, sobre la inconstitucionalidad, en su forma, del Acuerdo Legislativo nº 199, de 20-XII-2000, publicado en el Diario Oficial nº 241, tomo 349, de 22-XII-2000, a través del cual se conforma una Comisión Especial que investigue y aporte soluciones con relación al relleno sanitario que utilizan los municipios de San Salvador.

109 Vid. Sentencia de la SC, Inc., del 22 de octubre de 2004, ref. 9-2003.

110 Vid. auto interlocutorio del 20 de junio de 2006, ref. 105-L-2004, donde se declara inadmisible la demanda presentada por representantes del Partido Políticos de los Trabajadores. Por considerar que la denegatoria de inscripción constituye función electoral.

2.3.3.4. Otras exclusiones

La actividad contractual, en el orden salvadoreño está regulada por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (en adelante LACAP). La LJCA no excluye expresamente el control, pero la SCA ha sostenido que cuando se trate de conflictos propios del contrato, como la interpretación y ejecución del mismo no es de su competencia.[111] Dado que, la LACAP en los Arts. 161 y ss., ha articulado el trato directo y el arbitraje de derecho para tal fin. Por tanto, el laudo arbitral que resuelve el conflicto contractual, es impugnado ante los tribunales civiles y mercantiles según sea el caso, y no ante la SCA.

Solamente ha reconocido la impugnación de los actos de preparación, adjudicación del contrato y las multas que pueda imponer la Administración,[112] como consecuencia del incumplimiento del mismo. Asimismo, la SCA ha sostenido que le corresponde conocer, cuando la Administración da por extinto el contrato, por medio de declaratoria de caducidad del contrato administrativo[113]. Por circunstancias análogas podría controlarse el acto donde se rescata el servicio concesionado, y el acto donde se revoca el servicio público concesionado por razones de interés público.

Además son materias ajenas – no obstante se encuentran excluidos expresamente-, pero lo SCA lo ha sostenido de manera implícita, se encuentran excluidas la vía de hecho de la Administración, la inactividad de la Administración por falta de prestación de servicios públicos. Mientras que la actividad de los entes concesionarios, por no considerarse actos emanados de la Administración, no son impugnables ante la SCA de manera directa.

3. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1. Principios básicos

El proceso contencioso administrativo, en nuestro país es un verdadero juicio, cuya finalidad es la defensa de los derechos o intereses legítimos del administrado, que hayan sido vulnerados por la Administración. Tiene como propósito de reafirmar y fortalecer la legalidad misma, al tener el carácter revisor de las actuaciones administrativas. Nos

111 Vid. Sentencias de la SCA, del 7 de agosto de 2001, ref. 161-C-2000, y del 25 de febrero de 2003, ref. 99-S-99.

112 Vid. Sentencia de la SCA, del 21 de diciembre de 2004, ref. 19-J-2001.

113 La Sentencia de la SCA, del 9 nueve octubre de 2002, ref. 83-D-2000, al respecto pronunció: "En este contexto de interpretación, la competencia para declarar la caducidad de los contratos corresponde al órgano de la administración contratante, como una potestad propia del régimen de contratación administrativa. Pretender que la caducidad deba declararla en todo caso el Juez, reñiría también con los principios de celeridad y agilidad. Tal potestad en manos de la administración, precedida de un procedimiento ágil, evita que el interés público se vea afectado por la paralización de las obras o del servicio contratado ante el incumplimiento del particular (…). En el caso en análisis, al regular la revocación, como otra forma de extinción de los contratos, la LACAP en su Art. 100. 3, dispone que: La revocación del contrato se acordará por la institución contratante, de oficio o a solicitud del contratista, y en todo caso al tomar dicho acuerdo, deberá considerarse lo expresado en el contrato mismo y lo dispuesto en la ley. Se puede entonces afirmar que el espíritu del legislador fue conferir a la administración, no solo la potestad de revocar los contratos celebrados por ella, sino también darlos por caducados y consecuentemente extintos.

encontramos ante un verdadero proceso jurisdiccional, donde las partes procesales -ante jueces especializados- tienen todos los derechos y garantías constitucionales para hacer valer sus pretensiones y alegaciones en iguales condiciones, presentando todo tipo de prueba distinta a la que se presentó en sede administrativa, salvo la proscrita por la LJCA.

En consecuencia, al tenor de nuestra LJCA, se configuran principios procesales que deben de respetarse y que resultan del Derecho Procesal en general. Siguiendo a GAMERO CASADO,[114] la mayor parte derivan del Derecho de protección jurisdiccional[115], del que constituye manifestaciones singulares, dentro de los cuales podemos destacar los siguientes:

a. Principio contradictorio: Su fundamento nace del Derecho de defensa, donde las partes dispondrán de todos los instrumentos procesales oportunos para hacer valer sus pretensiones y probaran los hechos que alegan en su propio beneficio.
b. Principio de audiencia: Tiene una gran relación con el Derecho de protección jurisdiccional, y la garantía de audiencia recogida en el Art. 11 de nuestra Constitución. Por tanto, se exige la participación en el proceso contencioso administrativo de todos los sujetos afectados por el acto administrativo, en cuanto a sus derechos e intereses legítimos, que pudieren verse afectados en la sentencia definitiva o al momento de decretar la tutela cautelar.
c. Principio pro accione: Supone que los preceptos de la LJCA deben de interpretarse en un sentido favorable para la obtención de una tutela de fondo sobre las pretensiones de las partes. Deben de eliminarse los obstáculos formales que impidan sobre todo el acceso a la justicia contenciosa administrativo, en todo el proceso debe evitarse demasiada rigurosidad ceremonial en los escritos y alegaciones. Nuestra ley en alguna medida, no responde a este principio, puesto que el Art. 50 le exige a los particulares en la demanda y todo escrito deberá llevar firma y de Abogado director.
d. Principio de oficialidad: El juez contencioso administrativo, tiene un conjunto de facultades, a fin de ordenar e impulsar la tramitación del proceso. Se manifiesta su operatividad en la fase de la admisión de la demanda, ya que el juez debe de oficio analizar los requisitos formales de la demanda que estipula el Art. 10 de la LJCA, pero conforme al principio "pro actione".En el trascurso del proceso según la facultades

114 GAMERO CASADO, E., op. cit., Págs. 9-15.

115 La SC lo ha reconocido que es un Derecho fundamental y lo ha instaurado con la esencial finalidad de darle vida a todas las categorías jurídicas subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder validamente reclamar frente a actos particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías. Todo ciudadano de acudir al órgano estatal competente para plantearle, por la vía procesal, cualquier vulneración constitucional en la conservación, defensa, mantenimiento y titularidad de sus derechos. Y es que, la Constitución obliga al Estado Salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todos sus miembros, frente a actos arbitrarios e ilegales que afecten la esfera jurídica de los mismos, y a través del instrumento heterocompositivo –también creado constitucionalmente- diseñado con tal finalidad: el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento. En tal sentido el proceso como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia. (Vid Sentencia de Amparo del 16 de octubre de 2006, ref. 407-2004). El nuevo Código Procesal Civil y Mercantil próximo a entrar en vigencia, lo ha instaurado en el Art. 1 como un principio esencial en que se fundamenta el proceso.

que le otorga los Arts. 47 y 48 de la LJCA, podrá subsanar vicios que causaren nulidad de los actos procesales, y podrá solicitar cualquier prueba de oficio para mejor proveer, es por ello que en nuestro proceso contencioso administrativo, cuando se admite la demanda obliga a la administración a enviar el expediente administrativo.

e. Principio rogatorio o dispositivo: El proceso contencioso se inicia a instancia de parte. Del mimo modo la SCA no podrá introducir nuevas pretensiones planteadas inicialmente. Esto está ligado al principio de congruencia, recogido en el Art. 32 de la LJCA, puesto que el juez solo puede fallar sobre los argumentos presentados en la demanda, contestación de la demanda y en las alegaciones. Es decir la sentencia solo podrá abordar únicamente las cuestiones que hayan sido de debate durante el proceso contencioso. Excepcionalmente se podrá apreciar los vicios que causaren nulidad de pleno derecho, por su gravedad justifican el conocimiento de oficio por el juez y su pronunciamiento sobre el asunto.

3.2. PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA INICIACIÓN DEL PROCESO

Al iniciar el proceso contencioso administrativo, por su naturaleza les confieren potestades a los jueces de examinar requisitos formales, con el fin de conocer del fondo del asunto y resolver la controversia trazada en la demanda. Nuestra LJCA en el Art. 7, estipula aspectos fundamentales que el demandante al plantear sus pretensiones, esto son los siguientes:

a. Agotamiento de la vía administrativa: La LJCA, dispone el agotamiento de los recursos administrativos de parte del particular previo a que, acuda ante la SCA a interponer la demanda. Por carecer de una ley de procedimientos administrativos, existe una dispersión de recursos administrativos, por tanto, regulación de éstos no son uniformes en cuanto, tipo, requisitos, plazos de interposición y tramitación del recurso. Esta dispersión le ocasiona una carga procesal para el administrado, antes de presentar la demanda contenciosa administrativa.

   Sin embargo, existen básicamente tres formas de agotar la vía administrativa en el ordenamiento salvadoreño[116]: la primera es interponer los recursos administrativos pertinentes en tiempo y en forma (Art. 7.1, LJCA), la segunda cuando una ley diga expresamente o que se entienda de manera implícita,[117] que un determinado acto da por agotada la vía administrativa; y la tercera modalidad es el ejercicio potestativo de la utilización de los recursos administrativos o directamente presentar la demanda contenciosa administrativa.[118] Por tanto, los particulares, que no cumplan este requisito, la SCA, le declarará la demanda inadmisible, por tener el acto el carácter de consentido. En igual sentido, si la impugnación recae en actos que sean reproductorios o definitivos de actos anteriores

116 Sobre un breve comentario del tema puede consultarse mi trabajo: Los Recursos Administrativos: Una referencia a la normativa universitaria, en "Revista de Derecho", Universidad de El Salvador, Num. 1, época VI, 2006.

117 A guisa de ejemplo podemos mencionar los actos de la Administración que extinguen un contrato administrativo, según los Arts. 100 y ss., de la LACAP.

118 En el ordenamiento salvadoreño, se tiene las disposiciones de las leyes administrativas siguientes: Art. 97 de la Ley del Medio Ambiente, Art. 55 de Ley de Áreas Naturales Protegidas, Art. 148 de Ley de Protección al Consumidor, Art. 48 de la Ley de la Superintendencia de Competencia.

La doctrina jurisprudencial de la SCA, en principio sostenía que la regulación de los recursos administrativos debía estar contemplada en ley formal, caso contrario, no era obligación del particular su interposición previa, para promover el proceso contencioso administrativo, por ser ilegal. Sin embargo es la SC, que viene a modificar el criterio que cuando nuestra Constitución se refiera al término "leyes", deberá entenderse en un sentido material y no solamente formal. Consecuentemente el régimen de recursos administrativos según dispone el Art. 7 a) de la LJCA, podrá hacerse por la vía reglamentaria o legislativa.[119]

b. El plazo para presentar la demanda: El Art. 10 de la LJCA, estipula los requisitos formales, que deben cumplir la demanda, caso contrarío la SCA prevendría al actor, para que las subsane, dentro del plazo de tres días, de no hacerlo se declara inadmisible. En relación al plazo la SCA, ha sido categórica que de conformidad a los Arts. 11 a) y b) y 12 de la LJCA al señalar que la inadmisibilidad de la acción contenciosa administrativa,[120] se encuentra condicionada al supuesto que se ejercite dentro del plazo de sesenta días hábiles contados al día siguiente de la notificación de la resolución administrativa que se impugna, o desde el día siguiente al de la publicación del acto en el Diario Oficial, si no hubiese sido notificado.

   En cuanto a la denegación presunta se determinará al día siguiente cuando se entienda desestimada la petición. Finalmente, cuando se inicia un proceso de lesividad, el plazo se contará a partir de la publicación en el Diario Oficial del acuerdo de lesividad. Este plazo es perentorio, la acción caduca si no se intenta en la forma y el plazo establecido con anterioridad.[121]

4. LOS SUJETOS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Al igual que en todo proceso en el contencioso administrativo existen sujetos que se encuentra ligados por la litis iniciada con la demanda.[122] Para intervenir en él, deberán

119 Vid. sentencia de la SCA, del 18 de noviembre de 2002, ref. 135-G-2002, y auto interlocutorio del 8 de enero de 2003, ref. 69-F-2002.

120 Vid. sentencia de la SCA del 27 de septiembre de 1995, ref. 21-H-91; en igual sentido autos interlocutorios del 6 de enero de 2003, ref. 293-C- 2002, del 8 de enero de 2003, ref. 291-C-2002.

121 La SCA ha reconocido la interposición de recursos no reglados, que tienen como efecto que si éstos son resueltos en forma desestimatoria por la Administración, dentro de los sesenta días posteriores al primer acto, la nueva declaración de voluntad de la administración produce el efecto de suspender el plazo para acceder a esta jurisdicción. A "contrario sensu", una vez que el acto adquiere firmeza, la interposición de cualquier recurso (reglado o no), no puede modificar el contenido del acto controvertido, y en caso de ser resuelto por la Administración, resulta ser un acto confirmatorio posterior por tanto no impugnable ante esta jurisdicción de acuerdo del Art. 7, b) de la LJCA. De acuerdo al Derecho al acceso a la jurisdicción, resulta potestativo para el administrado la impugnación de la resolución que desestima el recurso no reglado, pues como ha sido advertido en líneas anteriores, su único efecto es habilitar un nuevo cómputo de sesenta días para interponer la demanda contenciosa administrativa de acuerdo al Art. 11 LJCA. Vid. Sentencia del 23 de diciembre de 2004, ref. 155-S-2002.

122 Así lo sostiene GIMENO SENDRA, V., et al., Derecho Procesal Administrativo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, Pág. 204. La SCA en Sentencias de la SCA del 17 de noviembre de 1998, Ref. 22-H-92 y otra de la misma fecha, ref. 20-H-91, establecen que la pretensión objeto del juicio -declaratoria de ilegalidad del acto impugnado- si el demandante no es un

de tener la capacidad procesal, que en nuestro ordenamiento se rige por el Derecho común, y sólo la tendrán, los que estén el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y plena capacidad jurídica de obrar.[123] Los que ostenten dicha calidad, podrán comparecer en el proceso mediante apoderado, que es meramente potestativo en nuestro proceso contencioso administrativo, la LJCA exige únicamente, según el Art. 50, la firma y sello de Abogado Director que deberán de estamparse al pie de la demanda. El Art. 9 a) de la LJCA, estipula para la comparecencia de los menores de edad, tendrán que hacerlo por medio de su represéntate legal -padres o tutores- según sea el caso.

4.1. La Legitimación activa

Este tema reviste relación con las ideas antes expuestas, porque la legitimación indica quienes son los verdaderos titulares de la relación material –pretensor y demandado- que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso, y cuya participación procesal es necesaria para que la sentencia resulte eficaz.[124] Presupone que no toda persona con capacidad procesal puede ser parte en un proceso, sino únicamente las que se encuentren en determinada relación con la pretensión. En este sentido, si las partes carecen de legitimación el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el concreto conflicto intersubjetivo que se somete al enjuiciamiento de los Jueces y Tribunales. Condiciona la eficacia misma de la sentencia que se pronuncia sobre el objeto procesal.[125]

En el proceso contencioso, pueden presentar la demanda para pretender la declaratoria de ilegalidad de actos de la Administración Pública, los titulares de un derecho que se considere infringido, y quien tenga un interés legítimo y directo en ello, según lo prescrito por el Art. 9 de la LJCA. Existen dos requisitos que contiene la legitimación, veámoslos a continuación cuales son:

a. Titularidad de un derecho: Constituye una situación jurídica individualizada, reconocida por el ordenamiento jurídico a favor de un sujeto determinado. El derecho no es una mera expectativa jurídica, sino una situación que existe en el momento pre-

---

legítimo contradictor. Es decir, no podrá obtener un pronunciamiento de fondo ante su pretensión -un análisis de la legalidad del acto administrativo- un sujeto que no se encuentre en tal condición.

123 ECHANDÍA D., Teoría General del Proceso, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1985, Pág. 269, sostiene que cualquier sujeto que desee comparecer a un tribunal en un proceso judicial, ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo "…necesita poseer legitimación "ad processum" y legitimación "ad causam". La primera es la capacidad de comparecer en procesos judiciales por sí mismo. Esta capacidad procesal la poseen, en su caso, todos los entes que tienen personalidad jurídica, y que tengan conforme al derecho sustancial, capacidad para realizar actos jurídicos válidos por sí mismos. Es decir que todo sujeto de derecho que tenga capacidad jurídica de ejercicio, posee también la capacidad de comparecer en un proceso judicial. La legitimación "ad causam" consiste en "ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda (...) por el sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial pretendida (...) que deben ser objeto de la decisión del juez…". En el mismo sentido VESCOVÍ, E., Teoría General del Proceso, Ed. Temis, Santa Fe, Bogotá, 2ª edición, 1999. Pág. 159, y ss.

124 Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Ed. Temis, Bogotá, 1985, Pág. 115.

125 Vid. Sentencias de la SCA del 17 de enero de 1997, ref. 29-H-95 y del 15 diciembre de 1997, ref. 32-F-96.

sente. Puede derivar tanto de un acto como de una norma jurídica; pero según la literalidad de la Ley, sólo cuentan con legitimación quienes ostenten un derecho que esgrimir frente a un acto.

b. Interés Legítimo: Es la relación unívoca existente entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto. Los titulares de derechos e intereses legítimos pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, y dentro de estas últimas, cualesquiera de ellas. En este sentido, puede suceder que determinadas personas jurídicas representen el interés conjunto de una agrupación de personas físicas. Como ocurre con las asociaciones, corporaciones, partidos políticos, sindicatos, o cualesquiera otras formas de personificación de agrupaciones de sujetos privados de carácter asociativo. Son una agrupación de intereses individuales, y por consiguiente, ostentan el mismo interés colectivo que es propio de cada uno de sus miembros. Por tanto, se les debe reconocer legitimación procesal para la defensa de los derechos e intereses legítimos de sus componentes relacionados con el ámbito de actuación propio de la entidad.[126]

4.2. Legitimación e intereses difusos

La referida concepción doctrinal sobre el interés legítimo que se reconoce el Art. 9 de la LJCA, no se ajustaba a literalmente a todos aquellos que se encuentren en una situación supraindividual, por tanto, la SCA interpretó de forma amplia o extensiva el sentido del contenido del referido artículo, más allá de la perspectiva individual o personalizada; ya que se suscitan hoy en día, una multiplicidad de controversias de horizonte diferente, que también deben ser resueltas bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso,[127] a fin de potenciar el Acceso a la Jurisdicción a todos aquellos que ostenten de manera suficiente y razonable tales intereses.[128]

126 Vid. Auto interlocutorio del 12 de mayo de 2005, ref. 354-C-2004.

127 Vid. El Auto interlocutorio de la SCA, del 7 de febrero de 2007, ref. 301-2006, donde se admite la demanda presentada por la Asociación Herencia Natural y de la Federación Unidad Ecológica Salvadoreña, contra el Ministro de Medio ambiente y Recursos Naturales (MARN), por haber emitido la resolución número 6314-5227-2007, de fecha cinco de mayo de dos mil seis, en la que se otorga permiso ambiental al proyecto denominado "Ampliación de campo de golf exclusivamente del Club Campestre Cuscatlán", el cual considera nulo de pleno derecho. En igual sentido, el Auto interlocutorio de la SCA, del 26 de marzo de 2007, ref. 73-2007, la SCA admite la demanda presentada, por la Fundación de Vecinos del Arrecife de los Cóbanos, que se abrevia FUNDARECIFE, contra el MARN, por haber emitido la Resolución MARN-Nº 7440-1360-2006, de fecha quince de diciembre de dos mil seis, en la que se otorga permiso ambiental a la Sociedad Jordán S.A. de CV, para realizar ciertas actividades relativas a la construcción de un embarcadero de lanchas con capacidad máxima de 128 lanchas de diferentes dimensiones.

128 Cuando se desarrolla la categoría de los intereses difusos nos enfrentamos a una terminología oscura por naturaleza, que niega en principio los dogmas clásicos del derecho individual, acepta y potencia la necesidad de tutela para las personas vinculadas por una necesidad común. Los primeros antecedentes los encontramos en algunos escritos de la doctrina italiana de 1911 y 1912, en estos trabajos se pone de manifiesto la problemática de la existencia de intereses propios de una pluralidad de personas y se analizaba la posibilidad de que fueran defendidos por los sujetos privados cuando la protección, a través de los poderes públicos fueran insuficientes. Esto se vio potenciado con el surgimiento del movimiento obrero, lo cual articulaban formas de solidaridad colectiva que obligan al Estado a replantear algunos

El titular del denominado "interés difuso",[129] lo es porque ha sido extendida o proyectada hacia otros sujetos que se encuentran en igual o semejante situación jurídica. Comprende una amplísima gama de verdaderos derechos vitales no susceptibles de titularidad exclusiva, como la calidad de vida, preservación del medio, defensa de los derechos del consumidor, la tutela de la fauna, etc., los cuales no pueden quedar en desamparo. En consecuencia, la legitimación desde la anterior perspectiva, lo podrían ejercer, las personas directamente afectadas, las comunidades que no tengan personalidad jurídicas, la propia Administración, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, y por supuesto las asociaciones que ostentan un reconocimiento social en la protección del medio ambiente.[130]

En síntesis, puede señalarse que el interés legítimo además de ser personal y directo puede ser colectivo e indirecto. Se puede hablar de un interés en el que el éxito de la acción puede conllevar la obtención de beneficios o perjuicios por vía indirecta o refleja. A partir del cambio de precedente jurisprudencial de la SCA, se considera como parte de la esencia del interés legítimo, una vertiente de naturaleza colectiva, a partir de la cual pueden suscitarse una multiplicidad de controversias de modalidad diferente; no sólo en los derechos e intereses individualizados, sino que también, los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso.

4.3. Legitimación pasiva

En el proceso contencioso, la legitimación pasiva no corresponde al funcionario de turno, sino al cargo u órgano institución. Es así que los funcionarios no han sido demandados en su carácter personal, sino precisamente como funcionarios de la Institución. De lo anterior se colige que de conformidad a lo preceptuado en el Art.10 letra b) de la LJCA[131] está permitido demandar ya sea a los funcionarios o autoridades a través de quienes las entidades realizan las funciones, o a la entidad misma, y que en concordancia con tal postura, las disposiciones de la ley de la materia hacen referencia a "la autoridad

esquemas tradicionales. Vid. ARMIJO SANCHO, G. A., La Tutela Constitucional del Interés Difuso, 2ª edición, Ed. Investigación Jurídica S.A., San José de Costa Rica, 1999, p. 41.

129 La SC reconoció la teoría de los intereses difusos con el auto de admisión de la demanda de Amparo incoado contra la Oficina Planificadora del Área Metropolitana de San Salvador y el Servicio Forestal y de Fauna del Ministerio de Agricultura y Ganadería, proveído el 26 de marzo de 1998 se estableció que, en los supuestos de protección de los intereses difusos, adquiere legitimación procesal para plantear la pretensión de Amparo, cualquier persona que considere que se le ha vulnerado un derecho de naturaleza difusa, sin necesidad que intervengan en el proceso los demás titulares de tal derecho. En consecuencia cualquier ciudadano tiene la acción popular cuando una entidad estatal o empresarial vulnere el derecho fundamental a un medio ambiente sano.

130 Nuestra Ley del Medio Ambiente en el Art. 101, amplia la legitimación, en consonancia con los intereses difusos para ejercer interponer la demanda civil de reparación de daños ambientales causados a la comunidad, estos son: a) La persona natural o jurídica que haya sufrido el daño de manera indirecta e inmediata; b) Por cinco ciudadanos miembros de una comunidad, que carezca de personalidad jurídica, debiendo adjuntar a la demanda los nombres y apellidos números de documentos únicos de identidad, lugar de residencia, firma o huella digital del pulgar de la mano derecha de las personas que conforman la comunidad; y c) El Fiscal General de la República, así como el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos".

131 Es el "Órgano Institución" que se encuentra pasivamente legitimado en el proceso contencioso administrativo. Vid. Sentencia del 25 de septiembre de 1998, ref. 37-G-95.

o funcionario demandado", es decir, se reitera que será parte en el proceso contencioso -y debe intervenir como tal- el ente u órgano emisor del acto. En consecuencia, tendrán las facultades para presentar el informe que justifiquen la legalidad del acto administrativo (alegaciones previas), es decir la contestación de la demanda (Art. 24 LJCA), así como, las pruebas a favor de la Administración y alegaciones conclusivas dentro del proceso(Art. 26. 27 y 28 de la LJCA).

Además, esto conlleva la imposibilidad de que un órgano de una determinada Administración recurra contra los actos de otros órganos que forman de la misma estructura jerárquica, salvo que la misma se decida iniciar un proceso de lesividad, según se prescribe el Art. 8 de la LJCA. En este sentido, es Ilustrativo el ejemplo de GAMERO CASADO,[132] donde manifiesta que la Dirección General de Impuestos Internos y Aduanas no puede interponer un recurso contencioso contra el Tribunal de Apelaciones de Impuestos Internos y Aduanas. Sin embargo, la SCA ha reconocido los contenciosos interadministrativos[133] entre administraciones, cuando una de ella dicte actos administrativos que afecten derechos o intereses legítimos de otra. Esto virtud, que la Administración Pública salvadoreña se compone de diversos órganos administrativos que tienen personalidad jurídica propia, que le da la calidad de actuar por sí sola.

4.4. Otros sujetos intervinientes

a. **La calidad de tercero en proceso contencioso administrativo**: El Art. 14 de la LJCA, reconoce el tercero como parte en el proceso contencioso administrativo y sólo podrá concurrir cuando el acto que se impugna le beneficia o perjudica. De hecho el Art. 9 de la LJCA, estipula como requisito formal de la demanda la existencia de un tercero en las condiciones antes descritas, para que la SCA le notifique todas las resoluciones que se deriven dentro del proceso, para que se pueda apersonar en el mismo o pueda ser uso de sus derechos y garantías procesales reconocidas constitucionalmente.

   No obstante, el tercero no podrá postular en la demanda una pretensión con el actor, no está facultado para retrotraer los trámites procesales ya cumplidos, entra al proceso en el estado en que se encuentre, sin alterar el mismo, es decir no podrá modificar el "thema dicendi" que está circunscrito a las partes principales . Sólo podrá plantear argumentos y exponer alegaciones, ya sea oponiéndose o arguyendo a favor del actor. Su intervención surte efecto al momento de emitir la sentencia definitiva, ya sea manteniéndose su derecho o sucumbiendo en las pretensiones con el actor, condenándole en costas y en daños y perjuicios si diere lugar.

b. **El Fiscal General de la República**: El Art. 13 de la LJCA, establece la intervención en el proceso contencioso el Fiscal General de la República, en defensa de los intereses del Estado y de la Sociedad. Este mandato es una particularidad de nuestro proceso, ya que su función se limita a dar informes u opiniones imparciales sobre las pretensiones de las partes, sin que sus argumentos puedan incidir en el fallo correspondiente. Inclusive nada le impide solicitar la presentación de pruebas para esclarecer los hechos. Sin embargo, a tenor del Derecho procesal moderno, su intervención de "amicus curiae" se prescindirá, cuando sea éste el que interponga la deman-

132 GAMERO CASADO, E., op. cit., Pág. 74.

133 A manera de ejemplo tenemos la Sentencia de la SCA, del 29 de julio de 2004, ref. 266-M-2002.

da en el ejercicio de sus funciones constitucionales, en defensa de la legalidad y de los intereses del Estado.

5. LA TUTELA CAUTELAR

5.1. Presupuestos básicos

La tutela cautelar[134] constituye una necesidad esencial del proceso contencioso administrativo, sobre todo a favor del particular que suele ser mayormente vulnerable dentro del proceso.[135] Con su imposición se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria; se pretende asegurar el cumplimiento de la decisión de fondo. Las medidas cautelares son las herramientas procesales a través del cual, se persigue dotar de eficacia la decisión que dicte el órgano jurisdiccional pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento.[136]

La SCA, podrá acordarla la medida cautelar al admitir la demanda (Art. 16.1 LJCA), ante la amenaza presentada por los efectos del acto; en el transcurso o tramitación del mismo a solicitud de cualquiera de las partes (Art. 20 a 22 de la LJCA); aunque la LJCA, no lo prescribe expresamente, haciendo una integración con el Derecho procesal común podría solicitarse como acto previo de la demanda y funcionalmente operaría como una verdadera medida precautelar. En los casos en que la SCA, ordene a la autoridad o funcionario suspender los efectos del acto impugnado y no obedeciere el mandato judicial, se aplicaran las mismas reglas dadas para el incumplimiento de la sentencia definitiva (Art. 19, 36 y 37 de la LJCA).

134 Según la jurisprudencia constitucional, ha establecido que las medidas cautelares tienen los caracteres siguientes: a) instrumentalidad: Las medidas cautelares están predeterminadas, en general, al aseguramiento de una decisión definitiva, es decir, debe atender a la eficacia práctica de la resolución definitiva que pretende asegurar; b) provisionalidad: Sus efectos tienen duración limitada, es decir, no aspiran a trasformarse en definitivas, sino que por su naturaleza están destinadas a extinguirse en el momento en que dicte la resolución sobre el fondo del asunto o desaparezcan las razones que la motivaron; c) urgencia: No basta para su pronunciamiento la idea de peligro, sino que precisa que exista en sí, pues de no proveer a él rápidamente, el peligro se transformaría en realidad; d) alterabilidad: Es decir, son variables y aun revocables, siempre de acuerdo al principio "rebuc sic stantibus", esto es, cabe su modificación en cuanto se altere el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó – aumento o disminución del periculum in mora, desaparición del mismo o disminución del fumus boni iuris–; y e) No surten efectos de cosa juzgada: Su especial objeto, su instrumentalidad, su variabilidad y especial provisionalidad, excluyen la duración de los efectos de una decisión en que consiste la cosa juzgada. Vid. Sentencia de la SC Inc. del 12 de julio de 2005, ref. 59-2003. Sobre un amplio desarrollo de los caracteres de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., Funcionalidad de las medidas Cautelares en el sistema contencioso administrativo (Especial referencia al Derecho Español, en "Congreso Iberoamericano de derecho administrativo (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y entes reguladores)", Vol. I, Panamá 2009, Pag. 36-39. PADROS, R. S., La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, Págs. 137 y ss.

135 Al respecto puede consultarse: MARINONI, L. G., y ARENHART, Processo Cautelar, Ed. Revista Dos Tribunais, Sâo Paulo, 3ª reimpresión, 2008.

136 Así lo ha prescrito la SC, en Inc. del 12 de julio de 2005, ref. 59-2003.

mediata ejecución, sino también los intereses de terceros que puedan resultar perjudicados con la adopción de la medida. Si la LJCA en el Art. 14, reconoce la posibilidad de que los terceros puedan intervenir en el proceso, con el fin de recabar la tutela de sus derechos e intereses, es correcto interpretar que su posición también deba ser considerada a la hora de decidir la suspensión del acto.

5.3. Necesidad de ampliar la tutela cautelar

Sin embargo, tal como ha resuelto, en la mayoría de los casos, para que la sentencia definitiva que haya que dictarse sea eficaz desde el punto de vista material; a fin de satisfacer plenamente los intereses del demandante, el hecho de tener como una única medida cautelar la "suspensión del acto", lo consideramos contrario al "Derecho de protección jurisdiccional", ya que puede presentarse otras circunstancias que no implique la suspensión del acto, adoptando otras medidas cautelares como el reconocimiento de un derecho subjetivo provisionalmente.[138] La SCA lastimosamente ha realizado una interpretación restrictiva de la LJCA, a pesar que en muchas ocasiones los demandantes le ha solicitado medidas cautelares de índole "positiva o innovativa"-realizando verdaderas batallas por el reconocimiento de otras medidas cautelares-,[139] fincándose la SCA en que no es posible decretarlas porque no son reconocidas expresamente.[140]

Hay que enmarcar que la LJCA, es de carácter preconstitucional, y la SCA deberá adecuarla a las nuevas exigencias sociales y a las tendencias modernas del Derecho Procesal administrativo. Debe seguir el criterio de la SC, en el proceso de amparo mejorando la tutela cautelar reconociendo las "medidas innovativas",[141] a fin de salvaguardar los derechos constitucionales de los demandantes.[142]

138 Es de reconocer que la moderna doctrina procesal la distingue de la "Tutela anticipada y la tutela cautelar". Vid en este tema: MARINONI, L. G., Anticipacâo da tutela, Ed. Revista Dos Tribunais, Sâo Paulo, 2009.

139 Vid. un análisis cronológico del tema GARCIA ENTERRIA, E., La batalla por la medidas cautelares, Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1995.

140 A manera de ejemplo Vid. las sentencias de la SCA, del 30 de junio de 2006, ref. 21-2006, se le solicitó que se autorizara a una sociedad la importación de bienes mientras se tramitaba el proceso; del 30 de octubre de 2007, ref. 209-2007, se solicitaba el nombramiento interino de una plaza de profesor universitario I, en el área de matemática de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de El Salvador; del 14 de enero de 2008, ref. 468-2007, se solicitaba que se le ordene al Director de Comercio e Inversiones que devuelva la cantidad de seis por ciento, por exportaciones diversas.

141 Sobre el tema Vid. PEYRANO, J. W., (Director), Medida Innovativa, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2003.

142 Para justificar la adopción de medidas cautelares que superan la clásica suspensión del acto reclamado, la SC en auto interlocutorio del 14 de enero de 2002, ref. 12-2002, ha expresado: "Conviene ilustrar que si bien es cierto la Ley de Procedimientos Constitucionales únicamente se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida cautelar en el amparo, esta previsión legislativa no constituye un valladar para decretar cualquier otro tipo de medidas tendentes a asegurar la ejecución de las decisiones que se dicten en esta sede. Precisamente, porque la actividad cautelar representa un elemento esencial del estatuto de este Tribunal y su propósito fundamental consiste en lograr la plena realización de la potestad jurisdiccional que se ejercita, mediante la ejecución concreta, real y lícita de aquello que específicamente se decida en la fase cognoscitiva del proceso; finalidad que no puede ser solventada en todos los casos que elevan los justiciables ante esta jurisdicción a través de la mera para-

6. ACTOS DE DESARROLLO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

6.1. La Fase probatoria

El proceso contencioso administrativo, tal como hemos apuntado en supra no es una mera revisión del Derecho, respecto de las cuestiones de hecho acontecidas durante la tramitación del procedimiento administrativo que dio como resultado el acto que se impugna. Es verdadero proceso con plenitud de garantías para las partes, por lo que se podrá discutir tanto los hechos como el Derecho, y que para tal fin, se necesita hacerse en la etapa probatoria. El Art. 26 LJCA, de ser necesario dentro del proceso contencioso, la SCA procederá a la apertura del periodo probatorio, dentro del plazo de veinte días hábiles y comunes para todos.

Aunque puede hacerlo a petición hecha por cualquiera de las partes, inclusive el tercero que se ha personado en el proceso, y por el mandato que le da el Art. 13 de la LJCA, lo puede pedirlo el Fiscal General de la República. De otro modo, aun cuando no solicitara la apertura a pruebas, la SCA en virtud del principio de oficialidad podrá hacerlo de oficio, cuando considere necesario esclarecer los hechos. En tal caso invitará a las partes a que propongan las mismas sobre la pertinencia de los hechos. El Art. 48.2, de la LJCA, le otorga amplio poderes a la SCA, para que ordene la práctica de cualquiera de las pruebas, para mejor proveer. De hecho la SCA, al admitir la demanda presentada, le solicita al funcionario o autoridad demanda el envío del expediente administrativo, para que sea agregado al proceso contencioso.

La LJCA no contiene reglas específicas respecto a los medios probatorios, la SCA ha preestablecido que se deben de aplicarse la remisión supletoria al Derecho procesal común,[143] en virtud del Art. 53. Esto no es óbice para que se ofrezca la prueba testimonial, instrumental o documental (instrumentos públicos, auténticos y privados) pericial e inspección personal de juzgador. No obstante el Art. 27 de la LJCA, no permite la "absolución de posiciones" o confesión provocada, por los intereses los públicos que están en juego. El sistema de valoración de la prueba, es la "Sana crítica".

El término de prueba según prescriba nuestra LJCA, al tenor del Art. 25, puede prescindirse, si el "objeto del litigio" se fundamenta en la discusión de la ley o un hecho preestablecido que se basó con documentos públicos o auténticos. La LJCA disponía en la referida disposición, que una vez establecía la anterior circunstancia, quedaba concluida la causa y la SCA, pronunciaría sentencia definitiva. Pero ésta, según su jurisprudencia

---

lización de los actos impugnados, motivo por el cual se vuelve indispensable la adopción de otras medidas aseguratorias de la satisfacción de las pretensiones de amparo (…)" En este caso se acordó: "(…) dada la condición clínica del actor y el lapso transcurrido desde la fecha en que asegura haber presentado su petición al Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, resulta de extrema urgencia decretar una providencia cautelar innovadora que permita razonablemente asegurar el desarrollo del ciclo vital del quejoso, pues de no proveerse la misma, se pondría en riesgo su ya precario estado de salud; situación que podría derivar en último término -por el avance acelerado del virus de inmuno deficiencia humana- en la pérdida de su vida. (…) Por tanto, en el fallo: (…) (b) Ordenase como medida cautelar a las autoridades del sistema nacional de salud, la administración al demandante de los medicamentos adecuados para el tratamiento de su enfermedad, una vez realizadas las pruebas o exámenes necesarios para evaluar la terapia médica aplicable a su situación clínica, todo ello bajo la supervisión médica necesaria (…)"

143 Vid. Sentencia de la SCA, del 26 de enero de 1996, ref. 11-Z-94.

desaplicó, esta última parte en virtud de los principios de Audiencia e igualdad, reconocidos en los Arts. 11 y 3 de nuestra Constitución respectivamente, aunado al principio de contradicción, manda a que se den los traslados correspondientes a las partes, al tercero y a la representación fiscal para que expongan sus alegatos y argumentaciones de fondo en relación a la legalidad del acto controvertido,[144] previo a pronunciar sentencia.

6.2. Alegaciones conclusivas

El Art. 28 de la LJCA, de manera expresa dispone: "concluido en término de prueba…." o haberse omitido por no ser pertinente según la jurisprudencia de la SCA, se dará traslado al Agente Fiscal, al demandante, demandado, por el plazo de ocho días hábiles cada uno, para que presenten sus respectivos alegatos, pero sin que pueda agregar nuevas pretensiones. El Art. 28.2 de la LJCA, estipula cuando fueren varios los que tengan la calidad de tercero, la SCA, no les dará traslado, sino audiencia común por 8 días, previniéndoles que designen un representante común para que evacué dicha audiencia. Esto virtud del principio de celeridad y economía procesal.

A pesar que el proceso contencioso se vuelve engorroso para las partes resulta esencial este trámite, ya que después de haber fijado los hechos y los fundamentos de derecho, las partes podrán ampliar sus argumentaciones, incluso la parte demandada podrá advertir que la pretensión que se funda a la demanda contiene un vicio procesal, para que la SCA no conozca sobre el fondo del asunto. Devueltos los traslados con las alegaciones correspondientes, el proceso que listo para que la SCA pronuncie la sentencia (Art. 30 de la LJCA), dentro del plazo de doce días, que de acuerdo a la práctica funcional esto se vuelve un mero ideal, ya que transcurre mucho meses para que ésta dicte la anhelada sentencia.

7. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

7.1. Formas anormales

La forma usual y ordinaria de finalizar el proceso contencioso administrativo, es mediante la sentencia definitiva que resuelve el conflicto entre el particular y la Administración. Sin embargo, el proceso puede terminar de una manera anormal; por otras causas que conllevan a que la SCA no se pronuncie en el fondo del asunto, y decrete el sobreseimiento en el proceso, además de otras formas, tales como: inadmisibilidad e improcedencia; la LJCA, en el Art. 40 establece las causas las cuales se pueden agrupar siguiendo el esquema de SANTAMARIA PASTOR,[145] de la forma siguiente:

a. Desistimiento y conformidad expresa del demandante. (Art. 40, b) y c) LJCA).
b. Satisfacción extraprocesal del demandante, puede ocurrir cuando el acto que se impugna desaparece del mundo jurídico por medio de la revocación y ya no existe caso seguir con el proceso o bien porque la Administración resuelva favorablemente la pretensión planteada en sede administrativa a favor del demandante. (Art. 40, a) y d) LJCA).

144 Así lo dijo, en la Sentencia del 23 de julio de 2003, ref. 164-P-2003.

145 SANTAMARIA PASTOR, J. A., op. cit., Págs. 690-691.

5.2 Requisitos de la tutela cautelar en el proceso contencioso

La LJCA, ha considerado como única medida cautelar[137] y exclusiva, "la suspensión de los efectos del acto impugnado" (Art. 16.1). En la jurisprudencia más reciente, la SCA ha tomado en consideración y analizado por lo general al momento de otorgar la suspensión de la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado, como únicos requisitos: primero, que mediare petición de parte y, segundo, que se tratase de un acto capaz de producir efectos positivos. De acuerdo con lo anterior, la SCA interpreta que la suspensión requiere previamente el examen y valoración de todos los requisitos que determina la ley, de modo que, ésta no constituya en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática que atienda la sola petición y el efecto positivo que del acto derive.

Conforme a las consideraciones expuestas, son tres los requisitos que deben examinarse en cada caso para efecto de resolver la procedencia de la suspensión del acto, éstas son:

1º) Que sea un acto capaz de producir efectos positivos (Art. 16 LJCA); es decir que mediante sus efectos sea capaz de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente a su emisión. Precisamente, es la consolidación de esa nueva situación, que altera un "statu quo" determinado, es lo que se pretende evitar mediante la suspensión de los efectos del acto prevista por la ley (fumus boni iuris).

2º) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia (Art. 17 LJCA). "Se entiende que puede existir un daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos del acto; y que el daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia." El daño –como parámetro de procedencia de la medida cautelar- está íntimamente vinculado con los efectos del acto sobre la esfera jurídica del destinatario, en relación con la duración del proceso (periculum in mora).

   Corresponde, entonces, a quien solicita la suspensión, proporcionar los elementos objetivos con los cuales acredite, cuando menos de forma indiciaria, las razones por las que considera que los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de la inmediata ejecución del acto impugnado no serían reparados efectivamente por la sentencia. En función de los caracteres de de la tutela cautelar (la provisionalidad) la suspensión del acto no causa estado (Art. 23 LJCA), si cambian las condiciones objetivas que las originaron –rebus sic stantibus- la SCA, podrá modificarla o revocarla durante la tramitación del proceso, inaudita parte.

3º) Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público (Art. 18 LJCA). En cuanto a este último requisito, su alegación y comprobación se encuentra a cargo de la Administración, quien deberá aportar los elementos que permitan considerar que la suspensión causa un perjuicio o un peligro al interés u orden público superior al derecho del administrado que se pretende garantizar con la adopción de la medida.

A esto se le agrega que, en cuanto a la ponderación de intereses debe señalarse que, a pesar del silencio del legislador, para la decisión sobre la medida cautelar es necesario valorar no sólo los intereses de la parte demandante y los públicos que demandan la in-

137 Nuestra LJCA, no se prescribe el término de tutela cautelar, ni medida cautelar, solamente la suspensión de los efectos del acto, aunque ha sido la jurisprudencia citada en supra, la que se ha referido a ella con dicha denominación.

c. Cuando la demanda contenga un vicio en la pretensión, ya sea porque es materia ajena al conocimiento de la SCA o el caso se ha resuelto con anterioridad. (Art. 40, f) LJCA).

d. La LJCA señala, en la letra ch.), la falta de presentación de prueba sobre la existencia del acto administrativo, situación que ya no tiene razón de ser porque la SCA, sobre la base del principio de oficialidad solicita el expediente y ahí se comprueba el acto o los actos impugnados. Asimismo en la letra e), estipula como causa la muerte del demandante, cuando afecte únicamente a su persona, aspecto que hoy en día suele ser difícil porque casi todas pretensiones tienen un contenido patrimonial, que puede seguir el proceso sus herederos, como sucede, con el acto que mande el cierre de un negocio o establecimiento comercial, incluso en las sanciones administrativas el causante puede solicitar que se declare la ilegalidad del acto para efectos de perseguir por medio de los "daños y perjuicios" a la Administración.

7.2. La sentencia definitiva

La sentencia definitiva, constituye la forma normal de terminación del proceso contencioso administrativo, deberá de dictarse en el plazo de doce días hábiles (algo que no pasa en la práctica funcional de la SCA). Contiene dos aspectos básicos: 1) Su contenido formal y 2) sus efectos. El Art. 31 de la LJCA, señala que la sentencia definitiva debe contener las formalidades siguientes:

— La relación de los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten (thema decidendum);[146]

— Los argumentos principales de cada parte procesal;

— Los Fundamentos legales que la SCA estime conveniente, citando doctrina de los expositores del Derecho, principios del Derecho, jurisprudencia y leyes (ratio dicendi y obiter dictum);

146 La congruencia como principio rector de todo proceso, debe ser entendida como la articulación progresiva de "actos que deben guardar necesaria correspondencia entre sí; tal circunstancia se comprueba con mayor de claridad a través del principio de congruencia. En el entendido que este principio obtiene concreción con el proveído final del juzgador, entiéndase la sentencia definitiva, ya que es el momento que representa, frente a la tutela efectiva y normal de los derechos de los gobernados.." Por tanto, existe incongruencia cuando hay desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han planteado los términos del debate procesal. Los tipos de incongruencia existentes son: a) incongruencia por "plus o ultra petita"; b) incongruencia por "extra petita"; y c) incongruencia por "citra petita". La incongruencia por plus o ultra petita se presenta cuando la sentencia concede más de lo requerido por el actor o peticionante. La incongruencia "extra petita" se manifiesta cuando el juzgador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra o cuando además de otorgar las primeras, concede algo adicional, y cuando se otorga lo pedido, pero por argumentos diferentes de los invocados. Sin embargo, esta incongruencia no se configura cuando la resolución del Tribunal versa sobre puntos o cuestiones que el Tribunal está facultado para introducir ex oficio, por existir habilitación legal para ello. En cuanto a la incongruencia "citra petita", esta se configura cuando el juzgador deja de resolver respecto de la pretensión o en relación de algún punto de la misma. No debe tenerse en cuenta que, la decisión puede existir implícitamente en la sentencia, caso en el cual no existirá incongruencia. Doctrina jurisprudencial emanada de las Sentencias de la SCA, del 9 de septiembre de 2004, ref. 52-F-2001; del 13 de diciembre de 2004, ref. 246-R- 2004.

— La relación de la admisión o desestimación de la prueba vertida en el proceso (thema probandi), así como la valoración de la misma, respecto al objeto del proceso;

— El fallo donde determina sus efectos y la obligatoriedad de las partes.

Por su parte el Art. 32 de la LJCA, determina los puntos que recaerá la sentencia y sobre la base del principio de congruencia recaerá únicamente sobre los hechos controvertidos en el proceso. Veamos sus efectos:

a. **La declaratoria de legalidad o ilegalidad del Acto administrativo**: Este aspecto constituye el elemento básico de la sentencia, puesto que determinará si el acto administrativo impugnado está acorde a la legalidad fijada en el ordenamiento jurídico.

b. **Restablecimiento del derecho violado**: En este caso la SCA deberá de ordenar las providencias que fueren necesarias para volver las cosas en el estado en que se encontraban, autorizando o reconociendo el ejercicio de un derecho, devolver la cantidad liquida cobrada ilegalmente, reinstalarle en su cargo de servidor público, más cantidades liquidas provenientes de salarios, y prestaciones sociales, para este según prescribe el Art. 39 de la LJCA, la SCA hará del conocimiento del titular de la institución, Ministerio de Hacienda y a la Corte de la República, para que autoricen la incorporación de la partida al presupuesto General de la Nación, del siguiente año fiscal.

   En este punto, la SCA ha sostenido que algunas sentencias no se "…limitan a reparar el daño causado, sino que además evitan los futuros daños que puedan generar conductas que tiendan nugatorias la protección de la sentencia…" "…las sentencias tienen un pronunciamiento que se encuentra acompañado de una medida para reestablecimiento de la situación jurídica violentada, que por regla general implica un "hacer de la administración". Sin embargo de manera excepcional existirán ocasiones en que la medida sea una orden de abstención "de no hacer para la administración, a esto se le denomina "efecto prohibitivo de la sentencia". Esto implica que, a futuro la Administración no podrá llevar a cabo actuaciones que vayan en detrimento de la situación jurídica tutelada…".[147]

   En virtud de lo anterior, no se podrá ejecutarse un acto que tenga como propósito alterar el goce de una situación jurídica concreta, ya que conllevaría el incumplimiento de los efectos de la sentencia. Esto evita que el particular esté entablando una cadena de pretensiones sobre el mismo objeto ya resuelto y tutelado a su favor, así se le garantiza la protección jurisdiccional de sus derechos subjetivos.

c. **Condena de costas y daños y perjuicios**: Aquí hay que deslindar dos aspectos, en primer lugar: la condena de costas, que según nuestro Derecho Procesal, deberá condenarse a todo aquel que no pruebe sus pretensiones, excepciones o que abandone la acción incoada, segundo el resarcimiento de daños y perjuicios, (Art. 34 LJCA) que procede cuando el acto se ejecutó en todo en parte de manera irremediable y se hace difícil volver las cosas en el estado que se encontraba, y el efecto restitutorio de la sentencia no se hace posible. En este caso, deberá de probar la existencia del daño si la SCA, no lo haya estimado en el fallo y la tasación de los daños materiales o morales que dieren lugar, respondiendo directamente el funcionario y subsidiariamente la Administración.[148]

147 Vid. Sentencia de la SCA del 28 de marzo de 2005, ref. 27-U-2001.

148 Esta disposición sigue la directriz de nuestra constitución, según prescribe el Art. 245, "Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los de-

7.3. Ejecución de la sentencia

Uno de los puntos más débiles de todo el sistema de la garantía jurisdiccional frente a la Administración, en el que se ha reflejado con toda intensidad la desconfianza administrativa frente al control judicial, ha sido desde siempre la fase de ejecución de la sentencia.

La LJCA, en el Art. 33, establece que una vez "pronunciada la sentencia definitiva y se le notificará a todas las partes, y se certificará a la autoridad o funcionario demandado". En este sentido el Art. 34.1 LJCA, determina que recibida la referida certificación, el funcionario o autoridad practicará las diligencias para su cumplimiento dentro del plazo del treinta días, contados desde aquel en sea recibida. Al transcurrir el plazo anterior, y la sentencia no se cumple, a solicitud de parte le requerirá la SCA, al superior jerárquico inmediato, si lo tuviere, si es el propio titular de la institución a él se le hará tal requerimiento, para que la haga cumplir. En caso que se negare a cumplir la sentencia dictada por la SCA, ésta tiene la posibilidad de emplear medios coactivos que permitan su cumplimiento. Además mandará a procesar al desobediente, quien quedará desde ese momento en suspenso en el ejercicio de sus funciones, aplicándose el Art. 241 vigente de la Constitución[149] (Art. 37 LJCA).

El problema que se suscita en la práctica de las Administraciones condenadas en el proceso contencioso administrativo, es que en muchas ocasiones archivan la certificación de la sentencia y retrasan su ejecución, llevando en muchos ocasiones al particular a otro valladar procesal para que se haga efectiva. A nuestro juicio la SCA, debería de exigirle a la autoridad o funcionario perdidoso, que después de transcurrido el plazo de los treinta días – la fase de cumplimiento voluntario-, que informen a la SCA, sobre el acatamiento de la misma, poderes que le nacen de las disposiciones de la LJCA, antes aludidas.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que pueda entablar las partes interesadas, de conformidad con la ley, dispone el Art. 38 de la LJCA. La potestad constitucional del Art 172.1, atribuida al Órgano Judicial en el sentido de juzgar y hacer ejecutar lo juzga-

---

rechos consagrados en esta Constitución." La Sentencia de la SC Amparo del 26 de agosto de 1998, ref. 317-97, al respecto estableció: "la responsabilidad directa que cabe al funcionario que ha emitido o ejecutado el acto violatorio de las disposiciones constitucionales, no puede estimarse una responsabilidad objetiva, esto es, no puede atenderse única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo en absoluto de la conducta del funcionario; ya que, si bien es cierto que la aceptación de un cargo público implica, por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales (Art. 235 de la Constitución), la presunción de capacidad y suficiencia que existe respecto de los funcionarios, no debe extremarse hasta el punto de no admitir errores excusables, por cuanto puede suceder que el funcionario no está, sea porque la ley secundaria no desarrolla la norma constitucional, o porque la ley es contraria a la Constitución, en situación de apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional, el concepto de responsabilidad personal del funcionario no puede formarse sobre la base unilateral de la relación causa-efecto, pues ello conduciría a decisiones absurdas e injustas; como sería el caso de obligar a responder por daños y perjuicios al funcionario que procede con sujeción a una ley y en cumplimiento a sus disposiciones.

149 Esta disposición dispone: "Los funcionarios públicos, civiles o militares que tengan conocimiento de delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados que les estén subordinados, deberán comunicarlo a la mayor brevedad a las autoridades competentes para su juzgamiento, y si no lo hicieren oportunamente; serán considerados como encubridores e incurrirán en las responsabilidades penales correspondientes."

do, conlleva el uso de todas las vías legales y activarse todos los medios que el ordenamiento jurídico contempla.

Sin embargo, la LJCA en los Arts. 41 y 42, le otorga prerrogativa a la Administración, a fin de que puede solicitar a la Corte Suprema de Justicia la suspensión de la ejecución de la sentencia, ya sea total o parcialmente, previa audiencia al demandante, siempre que esté fundada en las causas siguientes: a) Si la ejecución pudiere ocasionar peligro de trastorno grave al orden público, supresión o suspensión del servicio público esencial a la comunidad, b) Cuando la cantidad liquida que se pagará de parte de la autoridad administrativa, implicare grave detrimento a la Hacienda Pública, pero lastimosamente este atraso no la hace incurrir en intereses a la Administración a favor del particular. Además, esta última causa solo es justificable cuando en la sentencia se haya condenado directamente a la administración. Caso contrario no procedería porque la responsabilidad es directa hacia los funcionarios. El plazo de la suspensión no podrá acordarla en un periodo mayor de tres años.

8. EL PROCESO DE LESIVIDAD

Es un proceso especial, aunque no consta de manera expresa en un apartado en la LJCA. La jurisprudencia de la SCA, lo ha denominado como un proceso contencioso administrativo con características especiales, sin que esa especialidad signifique una desviación de los principios fundamentales que en él subyacen y se sujeta a las reglas procesales aplicables a lo que podría denominarse el proceso ordinario.

Según el Art. 8 de la LJCA, se estatuye como un instrumento procesal para revocar actos administrativos firmes,[150] de carácter favorable,[151] es decir generadores de derechos subjetivos a la esfera de un particular.[152] Es una manifestación objetiva del Derecho a la seguridad jurídica prescrito en el Art. 2 de nuestra Constitución, ya que la Administración para anular dichos actos no podrá hacerlo a "muto propio", sin que siga este procedimiento especializado.[153]

150 La firmeza a la que alude la norma ha de entenderse como el estado que resulta de la imposibilidad de su impugnación, por parte de algún sujeto legitimado, por la vía de los recursos administrativos y aún por la vía judicial contencioso administrativa.

151 Los actos favorables son aquellos que entrañan un efecto positivo para su destinatario. Ello supone el reconocimiento de un derecho subjetivo o de un beneficio directo en la esfera jurídica del destinatario. En otros términos, los actos favorables crean una situación de ventaja al particular, ya sea reconociendo o ampliando un derecho o una facultad, o liberándolo de una obligación, de un deber o de un gravamen a favor del administrado. Vid. SCA del 13 de julio de dos mil uno, referencia 138-A-1999.

152 Quedan excluidas las pretensiones que en el proceso de lesividad las que estén fundadas en razones de oportunidad o conveniencia de la decisión administrativa, pues no es esa su función en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

153 Estos actos que reúnan estos caracteres sólo podrán ser revisados en el proceso de lesividad, sin que sea admisible la revisión oficiosa de los mismos, tal como ha reconocido la reiterada línea jurisprudencial de la SCA, sentencias del 24 de octubre de 1994, referencia 46-P-1993; del 20 de marzo de 1997, referencia 17-T-1996; del 27 de octubre de 1998, referencia 8-T-1992; del 17 de diciembre de 1999, referencia 27-T-1999 y del 20 de abril de 2005, referencia 139-S-2002.

Además prescribe la aludida disposición, para que se inicie este procedimiento, previamente el órgano superior, deberá de acordar "la lesividad al interés publico" del acto administrativo que se pretende revocar, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha que se pronunció el acto. El acuerdo de lesividad tendrá que ser publicado en el Diario Oficial; pero la LJCA no establece plazo preciso a la Administración para que haga la publicación respectiva, generando inseguridad jurídica, puesto que la misma podría retardar el tiempo, para interponer la demanda, debido a que los sesenta días, comienzan a contarse a partir de la publicación en el Diario Oficial. Aunque la LJCA no lo diga deberá hacerlo en un plazo razonable. Del mismo modo, no señala a la administración a que debe de notificarse el "acuerdo de lesividad" al particular titular del derecho reconocido por el acto que se proyecta declarar ilegal, pero sobre la base del Art. 11, de la Constitución, le obliga hacerlo para su impugnación, si no reúne las formalidades de la ley.

La demanda deberá de contener los requisitos formales del Art. 10 de la LJCA, en lo que fuere aplicable a la pretensión de la declaratoria de lesividad al interés público, pero se exige que se anexe a la presentación de la demanda, el ejemplar del Diario Oficial, donde se publicó el acuerdo de lesividad. El Art. 29 de la LJCA, dispone que una vez se admitida la demanda se dará traslado de ésta por quince días al administrado afectado, para que formule la contestación. Luego se abrirá a prueba si la SCA lo estime necesario, de ahí se aplican las reglas del proceso contencioso ordinario, lo cual pueden solicitarse medidas cautelares y la realización cualquier otro acto procesal.

Finalmente este proceso, es poco utilizado, primero por desconocimiento de las autoridades administrativas o funcionarios, que en muchas ocasiones la Administración ha revocado actos administrativos que conlleven la realización de éste procedimiento, lo cual la SCA se los ha declarado ilegal y le ha hecho hincapié en su utilización. Segundo por el poco interés de la Administración, en declarar la "lesividad" de actos contrarios al interés público, a fin de salvaguardarlos del control judicial; en consecuencia, se tiene poco nivel de litigiosidad en este ámbito. Al respecto se conocen dos casos emblemáticos: 1) El promovido por el Instituto de Transformación Agraria (ISTA), para que se declare ilegal, el pago de una indemnización originada del proceso de reforma agraria que acordó en Consejo Directivo del ISTA,[154] 2) El promovido por la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), para que se declare ilegal un acto de la Junta de Gobierno de ANDA que resolvió adjudicar parcialmente a la Sociedad "Drillmasters", Sociedad Anónima de Capital Variable, el contrato de obra pública, en lo que respecta a ochenta y cinco pozos.[155] En ambos casos la SCA, resolvió declarar la ilegalidad, consecuentemente lesivos los actos administrativos impugnados por los entes administrativos antes mencionados.

9. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

1ª El control contencioso administrativo es necesario para fortalecer el Estado Constitucional de Derecho, porque constituye una herramienta eficaz en manos del particular, para tutelar sus derechos frente a las arbitrariedades del poder de la Administración. En El Salvador, en su momento, la creación de la LJCA, que data desde 1979, fue un avance importante para robustecer el Derecho administrativo, pero

154 Sentencia de la SCA, del 11 de septiembre de 1998, ref. 26-I- 96.

155 Sentencia de la SCA, del 31 de octubre de 2006, ref. 295-A-2004.

como le hemos dejado plasmado, es una ley vetusta que necesita grandes reformas, y porque, no decirlo una nueva que se encauce a las tendencias modernas del Derecho procesal administrativo en todas sus dimensiones.

2ª Dentro de esos grandes cambios, a realizar es la descentralización de la justicia contenciosa administrativa. Creando tribunales de primera y segunda instancia, presididos por jueces especializados, guardianes de la Constitución y de la legalidad, y que la SCA se transforme en un órgano de carácter jurisdiccional extraordinario, que conozca del recurso de Casación y entre otros aspectos jurisdiccionales relevantes; con esto mejoraríamos el acceso a la justicia contenciosa administrativa a los particulares.

3ª El ámbito de la competencia material de la JCA, debe de abrirse a nuevos espacios de control, tales como los actos políticos de gobierno, delimitándose los aspectos que tendrían que ser controlados, las actuaciones de los entes concesionarios de manera directa, el conocimiento de los actos derivados de la interpretación, incumplimiento y ejecución de los contratos administrativos, la vía de hecho y la inactividad de la Administración, estableciéndose los requisitos de procedencia y los procedimientos especiales para su control.

4ª A pesar que la SCA, ha dado un alcance amplio de la legitimación activa reconociendo la tutela de los intereses colectivos y difusos, se debe de instaurarse de manera expresa, además debe establecerse la figura procesal de la "litis consorcio" en sus diversas modalidades y su forma de proceder.

5ª La ampliación de la tutela cautelar es uno de los problemas que adolece la LJCA, aunado a que la SCA ha realizado una interpretación restrictiva, para la aplicación de la misma aduciendo que no las reconoce la LJCA, en consecuencia debe de dársele facultades amplias a los tribunales contenciosos administrativos para decretar cualquier medida cautelar que fuere necesaria, sobre la base de los presupuestos doctrinales de procedencia. Así evitaríamos que la Administración incurra en daños y perjuicios innecesarios y se salvaguardaría los derechos de particulares.

6ª No es posible la efectividad de la tutela jurisdiccional, si no existen mecanismos firmes para hacer cumplir la sentencia. Por ello, debe de dotarse a los tribunales contenciosos administrativos de poderes coercitivos eficaces para ejecutar la sentencia, evitándole un nuevo valladar al particular para hacer valer sus derechos después de haberle ganado el juicio de a la Administración.

7ª Finalmente todos los razonamientos jurídicos que hemos apuntado, no podrían ser posibles si los esfuerzos de reforma o cambios, no va paralelo a la promulgación de una ley de procedimientos administrativos, para uniformar las actuaciones de la Administración, y someterla al principio constitucional de legalidad.

BIBLIOFRAFÍA GENERAL

AA. VV., Manual de Derecho Administrativo, (Ismael Farrando h. y Patricia Martínez) Directores, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000.

AYALA, J. M., et al., Manual de Justicia Administrativa, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.

ARAUZ SANCHEZ, H., Curso de Derecho Procesal Administrativo: La Jurisdicción contenciosa Administrativa en Panamá, Ed. Universal Books, Panamá, 2004.

ARMIJO SANCHO, G. A., La Tutela Constitucional del Interés Difuso, 2ª edición, Ed. Investigación Jurídica S.A., San José de Costa Rica, 1999.

CASSAGNE, J. C., Derecho administrativo, Tomo I, 1ª reimpresión, 7ª edición, Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000

CUESTAS, H. G., Breve reseña histórica del establecimiento del tribunal contencioso administrativo, en "Sentencias. Quince años de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa", Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1995.

DIEZ, M. M., Manual de Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1980.

ECHANDÍA D., Teoría General del Proceso, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1985.

ESCOBAR MENALDO, R., Manual de derecho administrativo: una perspectiva de Guatemala y España, en AA. VV.,"Los Recursos Administrativos en Guatemala", Manuel Ballbe y Martha Franch Saguer (Directores), Publicación de la Agencia Española de Cooperación Internacional, y la Universitat Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002.

FRAGA, G., Derecho Administrativo, edición vigésimo cuarta, Ed. Porrua Pérez, México, 1985.

DELGADILLO GUTIERREZ, L. H., Elementos de Derecho Administrativo, primer curso, Limusa Noriega Editores, México, 1998

GAMERO CASADO, E., Monografías de Derecho Administrativo: La Jurisdicción Contenciosa Administrativa y El acto administrativo, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2000.

GAMERO CASADO, E., y FERNANDEZ RAMOS, S., Manual Básico de Derecho Administrativo, 4ª edición, Tecnos, 2007.

GARCIA ENTERRIA, E., La batalla por la medidas cautelares, Ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, E., y RAMÓN FERNANDEZ T., Curso de Derecho administrativo, Tomo I, 9ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, V., et al., Derecho Procesal Administrativo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993

GÓMEZ CAMPOS, O., El Control Jurisdiccional de la Administración Pública, Tesis de grado presentada en la Universidad de El Salvador, 1961.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Ed. Temis, Bogotá, 1985.

GORDILLO, A., Tratado de Derecho Administrativo, Volumen III, octava edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2003.

GONZALEZ PEREZ, J., Evolución de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en "Revista de Administración Pública", Nº 150, 1999.

Ley de Procedimientos Administrativos, Ediciones Último Decenio, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1994.

MARTIN MATEO, R. Manual de Derecho Administrativo, Aranzadi, Navarra, 2005.

MEJIA, H. A., Los Recursos Administrativos: una referencia a la normativa universitaria, en "Revista de Derecho", Universidad de El Salvador, Num. 1, época VI, 2006.

MENDEZ, J. M., El Constitucionalismo y la vida Institucional centroamericana, Ponencia en el marco del Seminario de historia contemporánea de Centro América, Editorial Universitaria, El Salvador, 1960.

MENA GUERRA, R., Una aproximación a las fuentes del derecho administrativo: desde la óptica del ordenamiento salvadoreño, Editorial Guanaxia- Centro de Estudios Jurídicos, San Salvador, 2009.

PADROS, R. S., La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

PÉREZ DAYAN, A., Teoría General del Acto Administrativo, Porrrúa Pérez, México, 2006.

RACIONERO CARMONA, F., Temas de Derecho Administrativo I, Texto de Apoyo 3, Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura y Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2004.

RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., Funcionalidad de las medidas Cautelares en el sistema contencioso administrativo (Especial referencia al Derecho Español, en "Congreso Iberoamericano de derecho administrativo (Discrecionalidad, Justicia Administrativa y entes reguladores)", Vol. I, Panamá 2009.

RODRIGUEZ RUÍZ, N. (p), Historia de las Instituciones jurídicas salvadoreñas, Publicación de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2006.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Principios de Derecho Administrativo, 2 Volúmenes 2ª y 4ª edición, Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A., Madrid, 2000.

SANTOFINIO GAMBOA, J. O., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 4ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SERRÁ ROJAS, A., Derecho Administrativo, 12ª edición, Porrúa, México, 1983.

SORIANO, S., La constitucionalización de las Fuentes del Derecho Salvadoreño, en AA.VV., "Teoría de la Constitución Salvadoreña", Publicación de la CSJ, en Cooperación con la AECID, 2000.

TENORIO, J. E., El Contencioso Administrativo en El Salvador, Tesis de grado presentada en la Universidad de El Salvador, 1970.

VEDEL, G., Derecho administrativo, (traducido al castellano por Rincón Jurado), España Aguilar, 6ª edición, 1980.

VESCOVÍ, E., Teoría General del Proceso, Ed. Temis, Santa Fe, Bogotá, 2ª edición, 1999.

ZANOBINI, G., Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1, Arayú, Buenos Aires, 1954.

El derecho administrativo en Honduras

Edmundo Orellana[1]

I. El derecho administrativo y la administración pública

1. Objeto de estudio

El derecho administrativo estudia la normativa que regula la administración pública en todas sus manifestaciones; en su organización, en sus funciones, en sus procedimientos, en sus relaciones con los sujetos de derecho y en la revisión de sus actos en sede judicial.

Aquí abordaremos, pues, el sistema jurídico hondureño que contiene la normativa reguladora de la administración pública.

2. Evolución normativa

A) Antecedentes

Durante la dominación española la administración pública hondureña estuvo regulada por las normas que dictaban la Corona, el Virreinato de México y la Capitanía General de Guatemala. La Constitución de Bayona y la Constitución de Cádiz también estuvieron vigentes en Honduras, aunque no incidieron notablemente en la organización y el funcionamiento de su administración pública. Luego de la independencia, su primera regulación republicana se encontró en la primera Constitución de 1825, emitida bajo la vigencia de la Constitución Federal del Estado Centroamericano de 1821.

Inicialmente el Poder Ejecutivo, según la primera Constitución, estaba integrado por el jefe supremo del Estado, y el vicejefe, electos por cuatro años. Para el despacho de los asuntos públicos había un ministro general, de libre nombramiento por el jefe supremo, pero para removerlo se necesitaban dos terceras partes del Consejo Representativo, presidido por el vicejefe e integrado por representantes de todos los departamentos. La hacienda pública estaba a cargo de un intendente general, y el ejército, del comandante general. En cada departamento había un jefe político intendente nombrado por el jefe

1 Se desempeña como profesor de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la unah. Es abogado con doctorado en Bolonia, Italia. Ha laborado como magistrado en la Corte de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo. Ha sido primer fiscal general de la República, embajador ante la onu, diputado propietario y secretario de Estado en los despachos siguientes: Gobernación y Justicia, Relaciones Exteriores, y Defensa. Actualmente alterna la cátedra con el ejercicio profesional.

supremo del Estado de una terna propuesta por el Consejo Representativo y duraba en su cargo cuatro años, y el Ramo Gubernativo estaba a cargo del alcalde designado por aquél. Había una municipalidad en cada pueblo cuya comarca tuviere más de 500 personas; en los que tuvieren menos había un alcalde auxiliar.

En la Constitución de 1839 el Poder Ejecutivo estaba a cargo del presidente, electo directamente por el pueblo. La duración de su cargo era de dos años. En caso de impedimento de éste, eran elegidos tres suplentes por la Cámara de Representantes, la cual, vía sorteo, seleccionaba al que lo sustituiría. Los ministros eran tres, propuestos por el presidente y nombrados por la Cámara de Representantes, en los ramos de Relaciones, Guerra y Hacienda. El jefe político del departamento e intendente de Hacienda era nombrado por el presidente. Había municipalidades cuando en la comarca las personas eran más de 500 o tenía 100 casas, cuyas autoridades eran electas. Se reconoce la responsabilidad de los empleados públicos en todos los niveles y se establecen las formas de hacerla efectiva.

En la Constitución de 1848 el periodo presidencial era de cuatro años y señalaba el 1° de febrero como día de inicio y finalización del mismo, indicando que por ninguna circunstancia podía durar un día más. Había un vicepresidente electo por la Asamblea General. No podía nombrar más de dos ministros. Se creó un Consejo de Estado para determinar si había lugar a la formación de causa en caso de los altos funcionarios del Estado, integrado por un senador, un magistrado de la Corte, el ministro o los ministros, el director de Hacienda Pública y hasta dos funcionarios electos por la Asamblea General, en atención a su ilustración y a sus servicios. En lo demás, se seguía el esquema de la Constitución anterior.

En la de 1865 se incluyó como requisito para ser presidente "no haber hecho la guerra a ésta [a la República] en calidad de caudillo simplemente, o en la de jefe militar, desde la emisión de esta Carta en adelante" (lo que revela el espíritu levantisco de los políticos de la época), y se prohibió la reelección. El número de los ministros lo determinaba el presidente, pero no podía ser menos de dos. En cada departamento había un gobernador nombrado por el presidente para un lapso de dos años. En materia de responsabilidad se disponía que el presidente no podía ser acusado ni sometido a juicio sino hasta después de terminado su periodo. Se establecía que la policía de seguridad sólo podía ser confiada a autoridades civiles. En lo demás, seguía igual que las anteriores.

En la de 1873 se sigue el modelo de la anterior, con la única diferencia de que en materia de responsabilidad no se permitía la aprobación de la conducta oficial del presidente mientras estuviere en el ejercicio del cargo. En la de 1880 la denominación de ministros fue sustituida por la de secretarios de Estado, en número de uno o más, nombrados por el presidente.

En la de 1894, además de al vicepresidente, los designados electos anualmente por el Congreso podían sustituir al presidente. Había de tres a seis secretarios de Estado, que podían asistir, sin voto, a las deliberaciones del Congreso. Para la fiscalización de la administración del tesoro nacional se creó el Tribunal Superior de Cuentas, y para representar los intereses de la hacienda pública, un fiscal general, nombrados por el Congreso. El presidente podía ser acusado durante su ejercicio.

La de 1906, que sólo estuvo vigente un año, pues en 1908 se decretó que estaba vigente nuevamente la de 1894, el sustituto del presidente era el Consejo de Secretarios de Estado. Los secretarios de Estado no podían exceder de seis ni ser menos de tres. El fiscal general pasó a ser nombrado por el presidente.

La de 1924 prevé que, a falta del vicepresidente, sustituya al presidente quien desempeñe la presidencia de la Corte Suprema de Justicia, y, en defecto de éste, el ciudadano que ejerza la presidencia del Congreso o que haya desempeñado este cargo en la última legislatura. El fiscal general pasa nuevamente a ser nombrado por el Congreso. Había de cuatro a siete secretarios de Estado que podían ser objeto de un voto de censura por el Congreso, en cuyo caso el secretario de Estado objeto de la misma cesaba en su cargo inmediatamente.

La de 1936 ordenaba la sustitución del presidente; a falta del vicepresidente, comienza con el presidente del Congreso y sigue con el presidente de la Corte Suprema. El periodo presidencial era de seis años y comenzaba el 1° de enero. No estaba previsto voto de censura para los secretarios de Estado. Esta Constitución se reformó para eliminar la prohibición de reelección, asegurando un total de 16 años en el poder al presidente Tiburcio Carías Andino.

La Constitución de 1957 previó tres designados para sustituir al presidente de la República, electos con éste directamente por el pueblo. El periodo presidencial era de seis años y comenzaba el 21 de diciembre. Se requería permiso del Congreso para las ausencias del territorio nacional por más de 30 días. La sustitución del presidente, a falta de los designados, recaía en el Consejo de Ministros, pero éste debía convocar a elecciones de manera inmediata. Estaban previstos no menos de nueve secretarios de Estado. Entonces surgió la figura de jefe de las Fuerzas Armadas, que garantizaba la autonomía a éstas, al grado de disponer que las diferencias entre el presidente y el jefe de las Fuerzas Armadas correspondía resolverlas al Congreso Nacional. Y se le otorgaba el privilegio de prestar un juramento cuya fórmula era especial para él, diferente del que debían prestar los demás, incluido el propio presidente. Se creó la Contraloría General de la República para fiscalizar *a posteriori* la hacienda pública y para representar los intereses del Estado. Se creó también la Procuraduría General de la República, a la que se atribuyó la función de ejercer las acciones penales y civiles derivadas de las intervenciones de la Contraloría. Se regularon las "instituciones autónomas", entre las que ya existían el Banco Central y el Banco Nacional de Fomento. Se instituyó el Servicio Civil para regular la relación de servicio entre los servidores públicos y el Estado. Se estableció la presunción de enriquecimiento ilícito de los servidores públicos cuando el aumento de su capital, desde la toma de posesión hasta el cese de sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente podía tener por sueldos o ingresos legales de cualquier tipo, incluyendo los de su cónyuge e hijos.

La Constitución de 1965 establecía que no podía haber menos de 10 secretarías de Estado y reconocía que la capital de la República la constituían las ciudades de Tegucigalpa y Comayagüela, conjuntamente. En lo demás seguía a la anterior.

B) Regulación en la Constitución vigente

La Constitución actual está vigente desde 1982. En ella se contienen las bases fundamentales de la administración pública.

Reconoce la función de gobierno como la más alta función del Estado, a la cual se subordinan las demás funciones. Su ejercicio corresponde a los tres poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, los cuales son "complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación". El gobierno es republicano, democrático y representativo, fundamentado en el principio de la democracia participativa. Distribuye las funciones del Estado entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

C) Poder Ejecutivo

El capítulo relativo al Poder Ejecutivo regula tres órganos; a saber: Presidencia de la República, Consejo de Ministros o Consejo de Secretarios de Estado, y secretarías de Estado. Éstos constituyen la administración centralizada.

D) Instituciones autónomas y municipalidades

Las instituciones autónomas y las municipalidades están reguladas por la Constitución de la República. Las primeras están reglamentadas especialmente por la Ley General de la Administración Pública, y las segundas por la Ley de Municipalidades.

3. Características de la administración pública hondureña[2]

"La administración pública tendrá por objeto promover las condiciones que sean más favorables para el desarrollo nacional sobre una base de justicia social, procurando el equilibrio entre su actuación y los derechos e intereses legítimos de los particulares."[3]

Esta disposición ilustra el tipo de administración pública que crea el legislador hondureño. Por ello, establece la planificación como principio rector de la administración pública para fijar sus objetivos y sus metas, racionalizar sus decisiones, hacer un aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles, asegurar la acción coordinada de sus órganos o entidades, la evaluación periódica de lo realizado y el control de sus actividades; en consecuencia, se postula la sujeción de la administración pública a los planes nacionales de desarrollo aprobados por el gobierno.[4]

Manda, además, que la creación, modificación o supresión de cualquier órgano o entidad administrativa procederá únicamente previa definición del fin público a satisfacer cuando se acredite su factibilidad económico-administrativa, considerando el costo de su funcionamiento, el rendimiento especializado o, en su caso, el ahorro previsto; y prohíbe que se creen nuevos órganos o entidades que supongan duplicación de otros ya existentes, si al propio tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.[5]

La desconcentración se reconoce[6] como un medio para hacer más eficiente y eficaz la administración pública y tiene por objeto descongestionar los órganos centrales del Poder Ejecutivo y de las instituciones descentralizadas. Los órganos desconcentrados dependen jerárquicamente de los órganos centrales a los que están vinculados. Sólo mediante ley se pueden crear órganos desconcentrados y operar mediante transferencia de funciones.

Se clasifica en desconcentración funcional o geográfica, según que la transferencia de funciones esté determinada por la materia o por el territorio en el que se ejercerán aquéllas. En la primera prevalece la exclusividad en el ejercicio de la competencia y, por ende, la especialidad; en la segunda, las competencias son compartidas con otros órganos, pero son los únicos que la ejercen en la porción geográfica en la que opera. Entre los prime-

2 Artículos 1-6, Ley General de la Administración Pública (lgap).

3 Artículo 5, lgap.

4 Artículo 6, lgap.

5 Artículo 3, lgap.

6 Artículos 41-46, lgap.

ros está la Dirección General de Servicio Civil, cuya competencia es exclusiva en esta materia; entre los segundos se encuentran todos los órganos de las secretarías de Estado o instituciones autónomas, que ejercen funciones en una determinada región o departamento (gobernación departamental, direcciones departamentales de educación o centros regionales universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras [unah], por ejemplo).

II. La administración pública

1. ORGANIZACIÓN

La administración pública hondureña es centralizada y descentralizada.[7] La primera está integrada por los órganos del Poder Ejecutivo[8] y la segunda por las instituciones autónomas y las municipalidades.[9]

La regulación de la administración pública se encuentra en la Ley General de la Administración Pública, elaborada como consecuencia de un diagnóstico que de la década de los setenta a la década de los ochenta, en el siglo pasado, dirigió la Secretaría Técnica del Consejo Superior de Planificación Económica (Consuplane). De este estudio resultaron los proyectos que luego se transformaron en ley: Ley General de la Administración Pública, Ley de Planificación (derogada en la década de los noventa), Ley de Procedimiento Administrativo y Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.[10] También sirvió, posteriormente, para elaborar la Ley de Contratación del Estado y la Ley de Municipalidades.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL

Los órganos del Poder Ejecutivo son los siguientes: presidente de la República, Consejo de Ministros y secretarías de Estado.

A) Presidente de la República

El órgano superior de la administración pública es el presidente de la República, electo directamente por el pueblo, por mayoría simple para un periodo de cuatro años que empieza el día 27 de enero siguiente a la fecha en que se realiza la elección.[11]

Los requisitos para ser presidente de la República son los siguientes: ser hondureño de nacimiento, mayor de 30 años, estar en el goce de sus derechos políticos y ser del Estado seglar.[12]

7 Artículo 2, lgap.

8 Artículo 9, lgap.

9 Artículo 47, lgap.

10 Estos cuatro proyectos fueron elaborados por el autor de este trabajo.

11 Artículo 235 constitucional.

12 Artículo 238 constitucional.

Al presidente de la República se le reconocen las siguientes calidades: jefe de la nación, en virtud de la cual representa al Estado, celebra tratados y, previa aprobación del Legislativo, los ratifica; recibe cartas credenciales de los embajadores y recibe a los representantes de los organismo internacionales; jefe del gobierno, por lo que tiene atribuida la función de "dirigir la política general del Estado"; jefe del Poder Ejecutivo, que "ejerce en representación y para beneficio del pueblo", y jefe de la administración pública, por lo que a él corresponde "la administración general del Estado", lo que se traduce, según la Ley General de la Administración Pública (lgap), en la "suprema dirección y coordinación de la administración pública centralizada y descentralizada".

Los sustitutos del presidente son los tres designados a la Presidencia electos conjuntamente con aquél. Lo pueden sustituir en caso de ausencias temporales y definitivas. En caso de que falten absolutamente los designados, lo sustituirá el presidente del Congreso Nacional y, a falta de éste, el presidente de la Corte Suprema de Justicia. Sólo en un caso, que la Constitución califica de excepcional, la sustitución corresponderá al Consejo de Ministros, presidido por el secretario de Estado del Interior; a saber: cuando la elección de presidente y designados no estuviere declarada un día antes del 27 de enero.[13]

B) Consejo de Ministros[14]

El Consejo de Ministros, o Consejo de Secretarios de Estado, está integrado por los "secretarios de Estado, convocados y reunidos en la forma prevista por la ley". Su presidencia corresponde al presidente de la República y, en su defecto, con instrucciones de éste, al secretario de Estado del Interior, y actuará como secretario del mismo, el secretario de Estado en el despacho de la Presidencia.

Sus decisiones se adoptan por simple mayoría. En caso de empate el presidente tiene voto de calidad. Cuando se reúna sin la conducción del secretario del Interior y en ausencia del presidente, las decisiones adoptadas serán confirmadas por éste para adquirir validez.

Los secretarios de Estado serán solidariamente responsables por las decisiones adoptadas en Consejo de Ministros, en las sesiones en que hubiesen participado, salvo que en las actas respectivas hubiere dejado constancia de su voto negativo.

Son funciones del Consejo de Ministros las siguientes: autorizar la negociación de operaciones crediticias a largo plazo de la administración pública centralizada o descentralizada; aprobar el proyecto de plan nacional de desarrollo antes de enviarlo al Congreso Nacional; avalar el plan operativo anual; formular y aprobar el proyecto de presupuesto general de ingresos y egresos; aprobar los proyectos de tratados o convenios internacionales que la administración pública se proponga someter a la aprobación del Congreso Nacional; resolver las cuestiones de competencia que se susciten entre dos o más secretarías de Estado; dirimir, en forma definitiva, las cuestiones de competencia que se susciten entre dos o más entidades de la administración pública descentralizada o entre cualquiera de éstas y la administración públi-ca centralizada; modificar el presupuesto general de ingresos y egresos de la Republica, en los casos señalados en la Constitución de la República.

13 Artículo 242 constitucional.

14 Artículos 17-27, lgap.

Las deliberaciones del Consejo de Ministros son secretas y el presidente podrá declarar reservadas algunas de las decisiones tomadas.

C) Las secretarías de Estado[15]

Las secretarías de Estado son los órganos entre los que se distribuyen las competencias que corresponden al Poder Ejecutivo.

Están a cargo de secretarios de Estado nombrados y removidos libremente por el presidente de la República; sin embargo, se reconocen secretarios de Estado sin despacho determinado.

Entre las secretarías de Estado no existe rango jerárquico ni preeminencia alguna; sin embargo, se establece una precedencia para indicar el orden en que deben ser consignadas en los documentos oficiales.

Los suplentes legales de los secretarios de Estado son los subsecretarios, que en algunas secretarías son los titulares de subsecretarías creadas por ley. Los sustituyen en casos de ausencia o impedimento legal. En caso de ausencia o impedimento legal de los sustitutos, el presidente podrá asumir temporalmente la titularidad de la secretaría de Estado o confiársela a otro secretario de Estado.

Bajo la dependencia jerárquica inmediata de los secretarios de Estado se encuentran los secretarios generales, la gerencia administrativa y las direcciones generales.

Entre las funciones de los secretarios de Estado destacan las siguientes: presentar anualmente al Congreso Nacional un informe de los trabajos realizados en sus respectivos despachos; acudir al llamado del Congreso Nacional y contestar las interpelaciones que se formulen; asistir a las reuniones del Consejo de Ministros; remitir al Congreso Nacional los proyectos de leyes aprobados por el Consejo de Ministros que versen sobre asuntos de su competencia; emitir los reglamentos de su competencia; decidir sobre asuntos que le confiere la ley o sobre aquellos que le delegue el presidente; ejercer las funciones de dirección, coordinación y control sobre las instituciones descentralizadas que le asigne el presidente de la República; resolver los asuntos de que conozca en única instancia y los recursos administrativos por los que se impugnen decisiones de sus subordinados; refrendar los actos del presidente de la República; resolver los conflictos de competencia que se susciten entre las dependencias de su secretaría de Estado, y delegar atribuciones en los subsecretarios, secretarios generales y directores generales.

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESCENTRALIZADA

A) Las instituciones autónomas[16]

Las instituciones autónomas tienen las siguientes características: son creadas por ley, tienen patrimonio y personalidad jurídica propia, son titulares de competencias exclusivas, gozan de autonomía y autarquía, se rigen por sus propias leyes y participan en la formación de la política del Estado a la que quedan sometidas en su actuación.

15 Artículos 28-37, lgap.

16 Artículos 260-271 constitucionales, y 47-102, lgap.

Solamente podrán crearse si garantizan lo siguiente: la mayor eficiencia en la administración de los intereses nacionales; la satisfacción de necesidades colectivas de servicio público sin fines de lucro; la mayor efectividad en el cumplimiento de los fines de la administración pública, y para la gestión de aquellas actividades necesarias para promover el desarrollo económico y social.

Se clasifican en institutos públicos y empresas públicas. Los primeros "son los que se establecen para atender funciones administrativas y prestación de servicios públicos de orden social, tales como la educación y la seguridad social". Las segundas se crean para desarrollar actividades económicas de financiero, industrial o comercial, al servicio de diversos fines y que no adoptan la forma de sociedad mercantil.

Su modificación o extinción requiere una ley aprobada por los dos tercios de votos de los miembros del Congreso Nacional, y antes de su emisión debe contarse con la opinión del Poder Ejecutivo, la cual no es vinculante.

Su organización la componen dos órganos; a saber: el que asume la dirección y el que ejecuta lo que decide éste. El primero es la junta directiva; el segundo puede ser el presidente, el gerente o el director, según la denominación que adopte en la ley respectiva.

Con excepción de la unah, todas las demás entidades autónomas tienen en sus juntas directivas a secretarios de Estado. En la mayoría también están representados los sectores involucrados en el sector en que se inserta la institución autónoma. Así pueden encontrarse empresarios, obreros, dirigentes gremiales, etcétera.

Los presidentes, los gerentes o los directores son nombrados, por regla general, por el presidente de la República, para un periodo que no podrá exceder de cuatro años.

Los presupuestos de las instituciones autónomas son aprobados por el Congreso Nacional y a este efecto deben remitir a éste los respectivos proyectos de presupuesto desglosados. Al final del periodo fiscal deben presentar al gobierno central un informe detallado de los resultados líquidos de las actividades financieras de ese ejercicio económico; asimismo, presentarán un informe sobre el progreso físico y financiero de todos los programas y proyectos en ejecución. Ambos informes serán evaluados y las observaciones y las recomendaciones pertinentes serán remitidas a las instituciones respectivas para su implementación.

El Poder Ejecutivo podrá disponer de las utilidades netas de las instituciones autónomas que realicen actividades económicas, cuando no afecte el desarrollo de las mismas.

La finalidad a la que están destinadas las instituciones autónomas determina la disponibilidad de sus bienes y sus recursos. Ningún gasto, compra o venta se podrá autorizar si no está vinculado con la formulación o ejecución de los programas y proyectos a su cargo.

Los fondos de partidas adicionales justificadas para proyectos o programas específicos no podrán transferirse mientras la institución beneficiada no presente al órgano competente pruebas que garanticen que dichos recursos se destinarán efectivamente a aquellos programas y proyectos.

B) Las municipalidades o corporaciones municipales[17]

"Los departamentos, dispone la Constitución, se dividirán en municipios autónomos administrados por corporaciones electas por el pueblo, de conformidad con la ley."

Las municipalidades se rigen por la Ley de Municipalidades y por la Ley de Policía y de Convivencia Social.

Los municipios son creados por ley, independientes de los poderes del Estado; gozan de autonomía política, porque sus autoridades son electas y pueden formular su política de conformidad con la visión que proclame el partido político que se imponga en las elecciones.

El municipio consta de tres elementos; a saber: territorio, población y organización.

El territorio se denomina término municipal, definido como "el espacio geográfico hasta donde se extiende la jurisdicción y competencia de un municipio". No podrá ser inferior de 40 kilómetros cuadrados y debe ser continuo. Siempre estará ubicado dentro de un departamento y sometido a una sola jurisdicción departamental, por lo que ninguna modificación o cambio en el término municipal tendrá el efecto de modificar la extensión del departamento al que pertenece.

La población está integrada por los habitantes, que pueden ser nacionales o extranjeros. Éstos pueden ser vecinos o transeúntes.

El vecino, a su vez, puede ser residente habitual, residente temporal o con residencia alterna. El residente habitual es el que está domiciliado en el municipio. El residente temporal es el que permanece por un tiempo mayor de seis meses. Cuando sea de residencia alterna, en dos o más municipios, se considerará vecino de aquel en que resida la mayor parte del año, aunque estuviese inscrito también en otro municipio.

El transeúnte es el que temporalmente se encuentra en el municipio y no exceda su temporalidad de seis meses.

La organización la constituye la municipalidad, es decir, el órgano de gobierno y de administración del municipio, de carácter deliberativo y legislativo, electo por el pueblo y máxima autoridad dentro del término municipal.

La municipalidad es una persona jurídica cuyo órgano supremo está integrado por las siguientes autoridades electas: un alcalde, a quien corresponde la representación legal, un vicealcalde y regidores. Son electos para un periodo de cuatro años, por mayoría simple y en aplicación al sistema de proporcionalidad que se determina por cocientes y residuos electorales, de modo que en la integración resultan representados todos los que alcancen el mínimo de votos para considerarlos dentro de los cocientes o los residuos electorales municipales.

Para ser munícipe se requiere lo siguiente: ser mayor de 18 años, hondureño de nacimiento, nacido en el municipio o residir consecutivamente por más de cinco años, estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, y saber leer y escribir.

17 Artículos 294-302 constitucionales, y Ley de Municipalidades.

Las municipalidades también pueden emitir sus propias normas y son autárquicas, administran independientemente sus recursos y recaudan sus propios ingresos y los impuestos decretados por ley.

Los municipios pueden organizarse en mancomunidades para desarrollar proyectos comunes y están adscritos a la Asociación de Municipios de Honduras. La división interna de los municipios se basa en ciudades, aldeas y caseríos. La municipalidad es la persona jurídica responsable de un municipio, que opera bajo la dirección de un órgano colegiado integrado por el alcalde, el vicealcalde y los regidores.

III. Jerarquía normativa y de los actos administrativos

1. Jerarquía normativa

El ordenamiento jurídico administrativo está sometido a una jerarquía reconocida en la lgap.

En su artículo 7 dispone que los actos de la administración pública se ajustan a la siguiente jerarquía normativa: la Constitución de la República, los tratados internacionales ratificados por Honduras, la presente ley, las leyes administrativas especiales, las leyes especiales y generales vigentes en la República, los reglamentos que se emitan para la aplicación de las leyes, los demás reglamentos generales o especiales, la jurisprudencia administrativa y los principios generales del derecho público.

La Constitución de la República se coloca al vértice de esta jerarquía y provee legitimidad al ordenamiento jurídico secundario. La "supremacía constitucional" rige en relación con la legislación secundaria. Ninguna ley puede contradecir a la Constitución. Por consiguiente, si una ley contradice la organización, las competencias o los procedimientos que ésta reconoce, o reduce, tergiversa o niega los derechos que en la misma se contienen, puede ser impugnada mediante la "garantía de inconstitucionalidad" ante la Sala de lo Constitucional, por razones de forma o de contenido, y declarada inconstitucional e inaplicable, y la sentencia que profieran estas declaraciones tiene efectos derogatorios. En estos casos, quien presente la inconstitucionalidad debe acreditar que la ley le afecta en su interés personal, directo y legítimo,[18] salvo en el caso de que la presente el juez o el tribunal que conozca de la causa.[19]

Los tratados internacionales pueden ser aprobados aun cuando afecten disposiciones constitucionales, siempre que su aprobación siga el procedimiento de reforma a la Constitución.[20] Sin embargo, no podrán aprobarse tratados que "lesionen la integridad territorial, la soberanía e independencia de la República".[21]

En caso de conflicto entre un tratado y una ley secundaria, prevalece el tratado.[22]

18 Capítulo ii, título iv, Constitución de la República.

19 Los particulares pueden presentarla por vía de acción o de excepción.

20 Artículo 17 constitucional

21 Artículo 19 constitucional

22 Artículo 18 constitucional.

Las leyes administrativas secundarias siguen la jerarquía que les impone su carácter. Si es una ley especial, prevalece sobre la ley general; salvo en el caso de la Ley General de la Administración Pública, cuyo estatus es el de una ley marco. Luego siguen las demás leyes generales y especiales vigentes.[23]

Entre los reglamentos, ocupan el primer lugar de la jerarquía los que se emiten para aplicar leyes. Luego siguen los generales o especiales. Vía reglamento la administración pública, sujetándose a la jerarquía superior de la ley, no podrá: alterar el espíritu de la ley, variando el sentido y el alcance de ésta; regular materias que sean de la exclusiva competencia del Poder Legislativo, salvo que una ley expresamente autorice dicha regulación; establecer penas, ni prestaciones personales obligatorias, salvo en aquellos casos en que expresamente lo autorice una ley, y vulnerar los preceptos de otro acto de carácter general dictado por un órgano de grado superior.[24]

La jurisprudencia administrativa y los principios generales del derecho ocupan los dos últimos lugares. La primera surge en ocasión del recurso de casación; los segundos, son aquellas ideas esenciales en las que se sustenta el ordenamiento jurídico.[25]

Aquí es oportuno señalar que hasta 2010 rigió la norma que disponía que la Corte Suprema de Justicia declararía sin lugar la admisión del recurso de casación, entre otros casos, cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, declarada en tres sentencias conformes (artículo 920, relacionado con el 919, Código de Procedimientos); es decir, se generaba jurisprudencia mediante la aplicación idéntica de un mismo principio en tres sentencias conformes dictadas en casación. No era necesario que los juicios fueran idénticos o análogos, pues bastaba que lo fuese el principio aplicado en las consideraciones del fallo, para que se diera la uniformidad exigida por la ley, elevando el principio a la categoría de doctrina legal.

En la jurisdicción de lo contencioso-administrativo nunca se logró esa uniformidad requerida por la ley, por lo que no hay jurisprudencia administrativa. En general, los fallos de la Corte Suprema de Justicia, antes, y los de las salas, ahora, exhiben muy poca calidad científica y una notoria incongruencia entre sí, lo que hace difícil encontrar en los mismos un orden lógico que permita extraer principios o ideas fundamentales que impriman orden y certeza para la producción de doctrina legal vía la casación. Por esta razón hay muy poca doctrina legal en materia civil, laboral, penal, etcétera.

2. JERARQUÍA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los actos de la administración pública son los siguientes: decretos, acuerdos, resoluciones y providencias.[26]Todos estos actos deben ser firmados por el titular del órgano emisor y, con funciones de validación, por el funcionario que la norma indique.[27]

23 Artículo 7, lgap.

24 Artículo 40, Ley de Procedimiento Administrativo (lpa).

25 El doctor Presentación Quezada sostiene que se refieren "al espíritu general de la legislación y a la equidad natural", según lo dispone el artículo 20 del Código Civil.

26 Artículo 116, lgap.

27 Artículo 122, lgap.

Los decretos ocupan el primer lugar de la jerarquía.[28] Son emitidos en Consejo de Ministros e, individualmente, por el presidente de la República, sobre materias que sean competencia exclusiva de éste.

Los acuerdos ocupan el segundo lugar. Son emitidos por el presidente o por los secretarios de Estado en los siguientes supuestos: cuando se decidiere fuera de los procedimientos en que los particulares intervengan como parte interesada y cuando se tratare de actos de carácter general dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria.[29]Las resoluciones ocupan el tercer lugar y son los actos por los cuales se concluye un procedimiento en el que es parte un interesado.[30]

Las providencias ocupan el último lugar de la jerarquía y son las que se emiten para darle curso al procedimiento administrativo.[31]

Los que emita el presidente serán refrendados por el secretario de Estado respectivo. Los que emita el secretario de Estado los autorizará el secretario general. Los demás serán autorizados por el funcionario que indique las normas aplicables.

En virtud de lo anterior, se prohíbe a los órganos y a las entidades de la administración pública lo siguiente:[32] 1) vulnerar, mediante actos de carácter general o particular, las disposiciones, dictadas por un órgano de grado superior; 2) desconocer, mediante la emisión de actos de carácter particular, lo que el mismo órgano o entidad haya dispuesto mediante actos de carácter general; 3) reconocer, declarar o limitar derechos de los particulares, si no tienen atribuidas por ley tales potestades; 4) ejecutar actos que disminuyan, restrinjan o tergiversen derechos y garantías reconocidos por la Constitución de la República.

IV. El acto administrativo

1. Noción

El acto administrativo es toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio de un órgano de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa.

No se requiere una declaración o un pronunciamiento formal para configurar el acto administrativo. Puede ser una manifestación expresa o tácita. Lo importante es que no quede duda sobre la intención del órgano emisor.

Todos los actos administrativos son "actos voluntarios" porque presuponen la voluntad de emitirlos; pero no todos son manifestaciones de voluntad. Los hay también que son manifestaciones de deseo, de conocimiento o de juicio. Los primeros son aquellos

28 Artículo 119, lgap.

29 Artículo 118, lgap.

30 Artículo 120, lgap.

31 Artículo 121, lgap.

32 Artículo 8, lgap.

en los que la voluntad está dirigida a producir los efectos jurídicos, como en el caso de decretos, acuerdos, resoluciones o providencias. En los segundos la voluntad no está dirigida a producir efectos jurídicos, sino al cumplimiento de los actos mismos, como las propuestas (de deseo), los registros o el levantamiento de actas (de conocimiento) y los dictámenes e informes (de juicio).

El acto debe provenir de un órgano de la administración pública central o descentralizada. Sin embargo, la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conoce de las impugnaciones contra los actos emitidos por instituciones que no forman parte de la administración pública. Es el caso de las impugnaciones contra los actos de carácter particular general emitidos por los colegios profesionales, y lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos de obra y servicios públicos contratados por estas entidades de derecho público no estatales. La ley no los califica de actos administrativos pero el legislador entendió que, por su carácter de entidades de derecho público, sus actos, en estas materias, lo conveniente era que se revisaran en esta jurisdicción.

El acto, además, debe ser producto del ejercicio de una potestad administrativa, con lo que se excluyen los actos de ejecución material, los sometidos al derecho privado y los denominados "actos de gobierno".

2. ELEMENTOS[33]

Los elementos del acto administrativo son los siguientes: órgano, causa o motivo, contenido u objeto, finalidad, procedimiento y forma.

El órgano constituye el elemento subjetivo del acto administrativo. Está constituido, a su vez, por dos elementos; a saber: el objetivo y el subjetivo. El primero lo conforman los requisitos exigidos para asumir la titularidad del órgano y la competencia. El segundo es la persona humana que ostenta la investidura de titular del órgano que lo autoriza para ejercer la competencia.

Los elementos objetivos del acto son la causa o motivo, el objeto o contenido y la finalidad. La causa o motivo son los hechos, los antecedentes o las circunstancias de hecho o de derecho en los que debe sustentarse el acto. El objeto o contenido del acto es el resultado o efecto práctico que se pretende con el acto, es decir, lo que por el acto se dispone. Ésta es la parte del acto, cuando se trate de una manifestación de voluntad, denominada "parte dispositiva". La finalidad de los actos será la que resulte de las normas que le atribuyen potestades al órgano emisor, de modo que la finalidad del acto está afectada por la finalidad para la que es atribuida la competencia, incluidas las potestades discrecionales, que deben ejercerse dentro de los límites de las mismas y en función del fin para el que hubiesen sido atribuidas.

Los elementos formales son la forma y el procedimiento. Los actos se producirán por escrito, según el ordenamiento jurídico, pero se admiten excepciones, cuando la ley, las circunstancias o la naturaleza del acto exijan o permitan una forma distinta, como las manifestaciones tácitas (comportamiento de la administración pública que sea unívoco e incompatible con una voluntad distinta) o el silencio administrativo (el positivo, denominado afirmativa ficta, que es la regla general, y el negativo) que son reconocidas por la Ley de Procedimiento Administrativo (lpa) expresamente; las derivadas de las

33 33 Artículos 19, segundo párrafo, y 22-27, lpa.

circunstancias o la naturaleza del acto, como la verbal (orden policial de disolver una reunión), los gestos (movimiento de brazos y manos de los agentes de tránsito ordenando el tráfico vehicular), los sonidos (señales acústicas de los silbatos de los agentes de tránsito), las luces (del semáforo) y los signos (las señales en calles y carreteras).

El procedimiento administrativo es el medio por el cual se exterioriza la voluntad de la administración en un acto final con efectos jurídicos.

3. Caracteres[34]

La presunción de legitimidad y la ejecutividad o ejecutoriedad son los caracteres del acto administrativo.

Por la presunción de legitimidad se acepta que todos los actos administrativos se emiten con estricto apego a las prescripciones legales. Ésta es, sin embargo, una presunción iuris tantum porque admite prueba en contrario. Si el acto no reúne los elementos que la ley exige para su validez, el particular afectado por sus efectos jurídicos puede impugnarlo alegando que no es legítimo. En tanto no se declare su invalidez, el acto goza de la presunción de legitimidad.

Por la ejecutividad o ejecutoriedad los actos son obligatorios desde su emisión y deben cumplirse, y la administración pública goza del privilegio de hacer cumplir por sí misma sus propios actos administrativos. A este efecto, se reconoce el procedimiento de apremio (que se sigue para ejecutar forzadamente las resoluciones, emitidas por la administración pública, contentivas de cantidades líquidas a favor de la administración y a cargo de los administrados), la ejecución subsidiaria (procede cuando se trate de obligaciones cuyo cumplimiento puede ser logrado por personas distintas del obligado, sea por la administración directamente o por un tercero designado por ésta) y el cumplimiento forzoso (se sigue cuando la ley lo autorice en el caso de una obligación personalísima de dar, hacer, tolerar o no hacer).

4. Perfección y eficacia[35]

El acto es perfecto cuando concurren en él los elementos requeridos para su validez.

La eficacia es un atributo del acto perfecto. Solamente los actos perfectos o válidos son idóneos para producir efectos jurídicos; sin embargo, los que están sometidos a aprobación no surtirán efectos mientras ésta no se produzca.

Es eficaz, según la lpa, el acto particular que haya adquirido el carácter de firme, y son firmes aquellos actos que no son susceptibles de impugnación.

La eficacia, en todo caso, requiere que el particular conozca el acto cuyo cumplimiento se puede exigir. Para ello se prevé la publicación o la notificación. Los actos de carácter general adquieren eficacia después de su publicación en el diario oficial La Gaceta. Los actos de carácter particular deben notificarse personalmente o mediante tabla de avisos: las resoluciones dentro de un plazo de cinco días; las providencias, cuando perjudiquen a los interesados, en el plazo de dos días; cuando no se pueda notificar personalmente

34 Artículos 30 y 93-113, lpa.

35 Artículos 31-33 y 87-92, lpa.

el acto dentro de esos plazos, se hará fijando en la tabla de avisos del despacho la providencia o la parte resolutiva de la resolución.

La notificación personal será practicada por el secretario general de la secretaría de Estado o por el funcionario al que designe la norma respectiva, mediante la entrega de la copia íntegra del acto de que se trata; se dejará constancia en el expediente de que se advirtió al interesado si el acto no pusiere fin a la vía administrativa, los recursos que contra el mismo procedan, el órgano competente para resolver y el plazo para interponerlos.

La notificación defectuosa surtirá efecto, sin embargo, desde la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el notificado o se interponga el recurso procedente.

5. RETROACTIVIDAD[36]

La irretroactividad es regla general en el derecho administrativo hondureño. Sin embargo, acepta una excepción. La anulación, dispone la lpa, producirá efecto desde la fecha del acto anulado; es decir, retrotrae los efectos a una fecha anterior a la del acto que declara la anulación.

6. INVALIDEZ[37]

El acto administrativo es inválido cuando no reúne todos los elementos que se requieren para su validez. Mientras no se haya declarado su invalidez, el acto goza de la presunción de legitimidad. Pero cuando uno o más elementos que atribuyen idoneidad al acto para su validez presentan irregularidades, se dice que el acto está viciado.

Los grados de invalidez reconocidos son dos; a saber: nulidad y anulabilidad.

La nulidad, también denominada "nulidad de pleno derecho" o "nulidad absoluta", surge cuando el acto carece de alguno de sus elementos, por lo que es imprescriptible, puede ser decretada de oficio aun cuando el acto nulo sea firme y no puede ser objeto de convalidación. Se reconocen como actos nulos los siguientes: los dictados por órgano absolutamente incompetente; aquellos cuyo objeto sea imposible o configure un delito; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido; los que se emitan infringiendo las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; los de carácter general que infrinjan los límites señalados a la potestad reglamentaria (alterar el espíritu de la ley, regular materias que sean competencia exclusiva del Congreso Nacional, establecer penas y prestaciones personales obligatorias y vulnerar los preceptos de otro acto de carácter general dictado por un órgano de grado superior), y los que contraríen la jerarquía normativa reconocida en la lgap.

La anulabilidad se da cuando el acto, no obstante contar con todos sus elementos, presenta vicios o irregularidades en alguno de éstos. Son anulables, según la lpa, los actos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso el exceso de poder y la desviación de poder. Por exceso de poder se entiende la alteración de los hechos, la falta de conexión lógica entre la motivación y la parte dispositiva del acto, la contradicción no justificada del acto con otro anteriormente dictado y cualquier vicio

36 Artículo 124, lpa.

37 Artículos 34-39, lpa.

inherente al objeto o contenido del acto. Por desviación de poder se entiende el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley.

La anulabilidad presenta las siguientes características: está sujeta a prescripción; cuando es firme no puede revisarse de oficio pero puede pedirse a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo su anulación y es susceptible de convalidación.

Las reglas que rigen para la invalidez son las siguientes: el defecto de forma sólo determinará la anulación cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados; las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido sólo implicarán la anulación del acto si así lo impusieren la naturaleza del término o plazo y la responsabilidad del funcionario causante de la demora, si a ello hubiere lugar; la invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos independientes de aquél; la invalidez de una parte del acto no se comunicará a las demás, excepto en el caso de que éstas dependan de aquélla o resulte que, sin la parte viciada, el acto no habría sido dictado; la declaratoria de nulidad de actuaciones incluirá la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiere permanecido el mismo de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad; las cuestiones incidentales de nulidad no suspenderán el curso del procedimiento.

V. Procedimiento administrativo

1. Delimitación conceptual

El procedimiento administrativo es una secuencia ordenada de actos, coordinados entre sí, cuya función es permitir que se exteriorice la voluntad de la administración manifestada en un acto final con determinados efectos jurídicos.

Pero el procedimiento administrativo no debe confundirse con la función administrativa, con el expediente administrativo ni con el proceso contencioso-administrativo. Con la primera, porque es por su medio que aquélla se ejerce; con el segundo, porque es la constatación documental de la serie de actos que constituyen el procedimiento administrativo; con el tercero, porque se desarrolla en el seno de la administración pública y sirve de medio para el ejercicio de la función administrativa, contrariamente al proceso contencioso-administrativo que sirve de medio para que ejerza el Poder Judicial la potestad de juzgar en materia contencioso-administrativa.

Está regulado por la Ley de Procedimiento Administrativo vigente desde el 1° de enero de 1988.

2. Principios

Los principios del procedimiento administrativo son los siguientes: oficialidad, formalismo moderado, celeridad, economía, eficacia, garantía del debido proceso y escrituriedad.

La oficialidad se acepta cuando se dispone que iniciado el procedimiento se impulse de oficio en todos sus trámites, incluso adoptando decisiones como la de abrir a pruebas el procedimiento aun cuando el interesado no lo solicite, siempre que el órgano competente para resolver no tenga por ciertos los hechos alegados por la parte interesada, o bien dictar autos para mejor proveer en iguales condiciones.

El formalismo moderado se reconoce en las reglas de la invalidez que se relacionan en el acápite número 14, así como en la potestad reconocida a la administración de subsanar los actos anulables o a los particulares para subsanar los errores u omisiones formales.

La celeridad, la economía y la eficacia mandan que los trámites no se retrasen injustificadamente, que no se exijan documentos o trámites innecesarios y que los actos produzcan los efectos requeridos. Con estos principios se da plena vigencia a la simplificación administrativa. El debido proceso se traduce en el derecho a ser oído y a ofrecer y producir las pruebas.

El principio de escrituriedad se manifiesta en la necesidad de que se forme un expediente para dejar constancia documental de todos los actos que se producen por los particulares y por el órgano responsable del procedimiento.

3. LOS SUJETOS[38]

Los sujetos del procedimiento son dos; a saber: la administración pública, por medio del órgano competente, y los "interesados".

El trámite y la resolución de un procedimiento administrativo corresponde a un órgano que la ley le atribuye expresamente la competencia para ello. No es, pues, cualquier órgano; lo será únicamente el competente, es decir, el titular de la competencia; sin embargo, se admite la delegación como medio para transferir en un inferior el ejercicio de funciones.

El interesado es la persona, natural o jurídica, titular de un derecho subjetivo o de interés legítimo, que promueva el procedimiento y aquellos a quienes pudiere afectar en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos la resolución que hubiere de dictarse y se apersonen en el mismo espontáneamente, o por citación del órgano competente, para resolver cuando éste advierte su existencia durante la sustanciación del procedimiento.

El interesado debe tener capacidad procesal para comparecer en vía administrativa, lo que adquiere, como regla general, a los 21 años. Los menores podrán comparecer cuando las leyes lo permitan (en caso de los derechos políticos). Pero para representarlo en el proceso se requiere la intervención de un profesional del derecho inscrito en el Colegio de Abogados.

4. FASES

Las fases del procedimiento son tres: iniciación, desarrollo y terminación.

A) Iniciación[39]

El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte. Cuando es de oficio, procederá por mandato del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden del superior jerárquico inmediato, noción razonada de los subordinados o denuncia. A instancia de parte, cuando ésta presente una petición en la que debe relacionar sus datos personales, los hechos y las razones en que la funde y la

38 Artículos 54-59, lpa.

39 Artículos 60-67, lpa.

expresión clara de lo que pide, firmando después de señalar el lugar y la fecha de la misma, a la que acompañará los documentos en que apoye sus peticiones.

Cuando se iniciare a petición de parte interesada, se podrá ampliar la misma siempre que se base en hechos esencialmente idénticos a los invocados en la petición inicial. Igualmente, podrá subsanar la petición cuando no reúna los requisitos que prevé la ley, para lo que el órgano competente concederá un plazo de cinco días.

B) Desarrollo[40]

a) Ordenación

Los plazos reconocidos en la ley son obligatorios y comienzan a correr desde el día siguiente a la notificación o a la publicación. Si se fija en días, solamente se computarán los hábiles administrativos; si en meses, serán de fecha a fecha; si en años, éstos serán naturales; si en horas, se entenderá, cuando sea dentro de un número de horas, que se extiende hasta el último minuto de la última hora, y si fuere después de una determinada hora, se entenderá que inicia en el primer minuto de la hora que sigue a ésta; si no hay plazo, se entenderá que es de 10 días.[41]

La prórroga de los plazos sigue las reglas siguientes: se concederá salvo una ley en contrario; sólo se dispensará una prórroga; no podrá exceder la mitad del plazo original; debe pedirse antes de expirar el plazo; debe alegarse justa causa; no debe perjudicar a terceros, y contra la providencia que se conceda o deniegue no se admitirá recurso alguno.[42]

La preclusión debe decretarse. Caduca de derecho y se pierde irrevocablemente el trámite o recurso que hubiere dejado de utilizarse, sin necesidad de apremio y sin que se interrumpa el procedimiento. Pero se ordena que se emita la providencia por la cual se tiene por transcurrido el plazo y que se notifique.Y si el interesado presenta el escrito o recurso que proceda antes o dentro del día en que se notifique esta providencia, se admitirá y producirá efectos.[43]

El registro de toda petición, comunicación o cualquier documento que ingrese o se despache debe llevarlo la secretaria general de la secretaría de Estado respectiva, salvo que se trate de un órgano ubicado en un inmueble distinto de ésta o sea desconcentrado o se trate de una institución descentralizada, en cuyo caso se llevará por quien dispongan las normas aplicables. El interesado podrá presentar copia simple del escrito que presente a efecto de que se coteje y se le devuelva con nota que exprese la fecha y la hora de presentación, con el sello de la oficina y firma del empleado que la reciba.[44]

b) Dictámenes[45]

Pueden ser facultativos u obligatorios y vinculantes o no vinculantes.

40 Artículos 43-53, lpa.

41 Artículos 43-49, lpa

42 Artículo 44, lpa.

43 Artículo 49, lpa.

44 Artículos 50-53, lpa.

45 Artículo 72, lpa.

Los facultativos son los que se solicitan porque así lo ha acordado el órgano competente para decidir; los obligatorios, los que deben ser solicitados porque la ley lo exige, como es el caso del que debe solicitarse a la asesoría legal cuando la decisión haya de afectar derechos subjetivos o intereses legítimos.

Serán vinculantes cuando la decisión deba sujetarse al dictamen, y no vinculantes cuando el órgano no está obligado a someterse al dictamen.

El plazo para remitirlos es de 15 días, contados desde la fecha en que se reciba la solicitud. En caso de no remitirse, proseguirán las actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario culpable de la omisión.

c) Prueba[46]

Recaerá sobre los hechos que fueren relevantes para la decisión y se acepta cualquier medio de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios.

El periodo probatorio no podrá ser inferior a 10 días ni superior a 20 y podrá acordarse de oficio o a instancia de parte.

Las reglas son las siguientes: si se tratare de prueba testifical, el órgano competente para resolver interrogará libremente a los testigos, sin perjuicio de los interrogatorios que presente el particular; cuando se trate de prueba pericial, sólo el interesado podrá proponer peritos y la administración se limitará a pedir informes de los servidores públicos y de los órganos técnicos, salvo que fuere necesario el nombramiento de peritos; cuando se practiquen fuera del lugar de su sede, para decidir, el órgano competente librará comunicación al órgano estatal o a la municipalidad de la jurisdicción a efecto de que la cumplimente; la administración apreciará libremente y en su conjunto el resultado de las pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Finalmente, la administración podrá acordar la práctica de cuantas pruebas se estimen pertinentes para la más acertada decisión del asunto.

d) Audiencia de los interesados[47]

Transcurrido el periodo probatorio y, en su caso, practicadas las diligencias de prueba acordadas de oficio por el órgano competente, de oficio se dará vista de las actuaciones a los interesados para que dentro del plazo común de 10 días aleguen sobre lo actuado y sobre el valor y el alcance de las pruebas producidas.

C) Terminación

Puede ser normal o anormal. Será normal cuando concluya mediante un acto por el que se estima o desestima lo pedido por el particular; anormal, cuando concluye por desistimiento o caducidad.

a) Normal

46 Artículos 68-75, lpa.

47 Artículo 75, lpa.

Termina normalmente el procedimiento mediante una decisión expresa o presunta.

Cuando se trate de una resolución expresa[48] contiene la indicación del órgano que la emite, su fecha y, después de la motivación, la siguiente fórmula: "resuelve:". Será firmada por el titular del órgano y autorizada por el funcionario que indiquen las normas. En la parte resolutiva o dispositiva se decidirán todas las cuestiones planteadas por los interesados y cuantas del expediente resulten, hayan sido o no promovidas por aquéllos. Cuando lo que se pide se puede resolver de plano, en el fondo, se debe notificar en el plazo máximo de 10 días, contados a partir del día siguiente de la presentación del primer escrito; en los demás casos, el plazo para resolver será de 40 días.

Cuando la decisión sea presunta estamos ante el silencio administrativo. La lpa establece la regla general de que ante el silencio administrativo opera el silencio positivo, que denomina afirmativa ficta.[49]

Transcurrido el plazo para resolver sin que se hubiere notificado la resolución expresa, el interesado podrá solicitar, ante el superior jerárquico del órgano omiso, dentro de los ocho días hábiles siguientes, la certificación de que ha operado la afirmativa ficta en su favor, la que producirá los efectos legales de la resolución favorable que se pidió. Si la certificación no se emite, la afirmativa ficta tendrá eficacia inmediatamente. Y la forma de acreditarla es mediante la exhibición de la solicitud del trámite respectivo y de la petición que se hizo de la certificación ante el superior jerárquico, lo que se hará constar mediante acta notarial.

b) Anormal

El desistimiento y la caducidad de la instancia son las dos formas de terminación anormal del procedimiento administrativo.

El desistimiento[50] podrá ser presentado por escrito en cualquier momento y se resolverá aceptando el desistimiento y archivando las actuaciones. Si se presentara en el trámite de un recurso, el acto impugnado se tendrá por firme. Sin embargo, si fueran varios los interesados apersonados y optan por instar el procedimiento, o la administración aprecia que la cuestión planteada es de tal naturaleza que, por afectar el interés nacional, sea conveniente proseguir con el procedimiento, podrá continuarlo hasta su resolución y el desistimiento solamente tendrá efectos para el que lo solicita.

La caducidad de la instancia[51] podrá declararse cuando por una causa imputable al interesado se hubiere paralizado durante 30 días un procedimiento promovido por éste. Sin embargo, cuando la administración aprecie que la cuestión planteada por la petición es de tal naturaleza que, por afectar los intereses generales, conviene proseguir con el procedimiento, podrá continuarlo hasta su resolución. No se podrá decretar la caducidad de la instancia en los casos siguientes: cuando no constare en el expediente que el interesado fue debidamente requerido para la aportación de documento o cumplimiento del trámite legaLmente indispensable para la continuación del procedimiento, con

48 Artículos 83-86, lpa.

49 Artículos 29, 29-A y 29-B, lpa.

50 Artículos 76-79, lpa.

51 Artículos 80-82, lpa.

apercibimiento de que, de no cumplirlo dentro del plazo de 15 días, se declarará la caducidad de la instancia; cuando el interesado cumpliere el trámite o requisito o justificare las causas que se lo impidan antes de producirse la declaración de la caducidad de la instancia, aunque hubiere transcurrido el plazo legal para acordarla.

D) Revisión[52]

La revisión puede ser de oficio o a instancia de parte. La primera procede cuando se declara de oficio la anulación, la modificación, la revocación, la convalidación, la conversión o la rectificación.

A instancia de parte, la revisión se realiza mediante los recursos administrativos de reposición, apelación o revisión, reconocidos en la legislación.

a) Revisión de oficio

La anulación, cuando se trate de actos nulos, procederá de oficio y en cualquier momento, por el órgano que dictó el acto o por el superior, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

Cuando se trate de actos anulables, procederá la anulación de oficio cuando el acto infrinja manifiestamente la ley y no haya adquirido el carácter de firme, pudiendo el superior decretar la anulación siempre que hubiere requerido al inferior, cuando se trate de una competencia que la ley expresamente atribuya a éste, para que revise el acto, y hubiera emitido su actuación sin motivo justificado, o bien puede decretarlo sin seguir este procedimiento cuando el inferior lo hubiera dictado en el ejercicio de una función delegada por el superior.

La modificación y la revocación procederán cuando desaparecieran las circunstancias que lo motivaron o sobrevinieren otras que, de haber existido a la sazón, el acto no habría sido dictado, y cuando el acto no fuere oportuno o conveniente a los fines del servicio para el cual se dicta. Producirán efecto desde su fecha, contrario a la anulación que produce efecto desde la fecha del acto cuya anulación se decreta.

Las potestades de anulación, modificación y revocación no podrán ejercerse cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resultara contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes. En todo caso, solamente darán lugar a indemnización cuando ésta esté prevista expresamente en una ley.

La convalidación consiste en subsanar los vicios de que adolezcan los actos anulables, pero no podrá convalidarse de oficio si se hubiere interpuesto recurso.

Cuando un acto nulo, sin embargo, contiene todos los requisitos constitutivos de otro distinto, podrá ser convertido en éste y producirá sus efectos si, en su caso, así lo consintiere el interesado. Esta es la figura de la conversión.

La rectificación consiste en la enmienda de errores materiales o de hecho y de errores aritméticos, siempre que con ello no se altere lo sustancial del acto o la decisión, y puede llevarse a cabo en cualquier momento.

52 Artículos 119 y 121-127, lpa.

b) Revisión en vía de recurso[53]

Los recursos administrativos se dividen en ordinarios y extraordinarios. Los primeros son los de reposición y apelación. El segundo es el de revisión.

El de reposición y apelación tiene por objeto los siguientes actos: los definitivos; los de carácter general, cuando se estén aplicando, y los de trámite, cuando imposibiliten la continuación del procedimiento o causen indefensión. El de revisión procede contra los actos firmes.

Estarán legitimados para impugnar, mediante recursos administrativos, los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos afectados por el acto impugnado. En el caso del recurso de revisión se reconoce legitimación a la Procuraduría General de la República para interponerlo en interés de legalidad de la actividad administrativa.

Serán motivos de impugnación, en el caso de la reposición y la apelación, cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso el exceso de poder y la desviación de poder. También por razones vinculadas a la oportunidad y conveniencia del acto impugnado, cuando el acto fuere dictado en ejercicio de potestades discrecionales.

En el recurso extraordinario de revisión los motivos de impugnación son los siguientes: que el acto se hubiere dictado con evidente y manifiesto error de hecho, que afecte la cuestión de fondo, siempre que dicho error resulte plenamente demostrado de los documentos incorporados al expediente; que después de adoptada la resolución aparezcan documentos decisivos ignorados por fuerza mayor al dictarse la resolución o de imposible aportación entonces al expediente, y que la resolución se fundamente en documento que al tiempo de adoptarse aquélla ignorase alguno de los interesados haber sido reconocido y declarado falso en sentencia judicial firme, o cuya falsedad se reconociera o declarara después.

El recurso de reposición se presenta ante el órgano que hubiere dictado el acto impugnado, dentro de los 10 días siguientes al de la notificación del acto impugnado, y su resolución se notificará dentro de los 10 días después de su interposición; si transcurre este plazo sin haberse notificado se entenderá desestimado en virtud del silencio negativo. El efecto de la resolución, expresa o presunta, es poner fin a la vía administrativa.

El recurso de apelación procede contra los actos dictados en primera instancia y se interpone dentro del plazo de 15 días contados a partir del día siguiente de su notificación. Se presenta el escrito ante

el órgano que emite el acto impugnado, quien lo remitirá al superior jerárquico dentro de los cinco días siguientes a la interposición del recurso, junto con el expediente y un informe para ilustrar a éste en relación con la decisión adoptada objeto del recurso. Si no existieran otros interesados y no acordara la producción de prueba, la resolución se notificará dentro de un plazo de un mes, contado desde el día siguiente al de la interposición; en caso de que no se notifique en ese plazo se entenderá desestimado.

El recurso de revisión se interpone ante el órgano superior de la administración de que se trate, dentro de los dos años siguientes a la fecha de notificación de la resolución impugnada, en el supuesto señalado cuando se dicte con evidente y manifiesto error de he-

53 Artículos 129-145, lpa.

cho; en los demás casos el plazo será de dos meses, contados desde el día en que hubieran sido descubiertos los documentos ignorados o desde que quedó firme la sentencia judicial. La resolución se dictará dentro de los dos meses siguientes a su interposición.

El procedimiento común de los recursos se ajustará en lo pertinente al procedimiento administrativo que regula la lpa. Del escrito de recurso se dará traslado a los demás interesados, si los hubiere, para que en el plazo de seis días expongan cuanto estimen pertinente; de oficio o a petición de parte podrá acordarse la producción de prueba cuando el órgano competente estimare que los elementos reunidos en las actuaciones no son suficientes para resolver el caso; producida la prueba, de oficio se dará vista de las actuaciones a los interesados para que dentro del plazo común de 10 días aleguen sobre todo lo actuado y sobre el valor y el alcance de las pruebas producidas.

En la resolución que ponga fin al recurso se decidirán todas las cuestiones planteadas por los interesados y cuantas se deriven del expediente. Si se tratare de actos definitivos o providencias, en los recursos de reposición y apelación se resolverá la confirmación, la anulación, la revocación o la modificación de la resolución impugnada, sin perjuicio de los derechos de terceros; si se estimare procedente el recurso de revisión, se declarará la nulidad total o parcial de la resolución impugnada, mandando que se practiquen de oficio las actuaciones que procedan; cuando se tratare de actos de carácter general, se resolverá confirmar, reformar o derogar, total o parcialmente, el acto impugnado, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación del mismo; en caso de que se derogue o se reforme, la resolución debe publicarse en el diario oficial La Gaceta. No se podrán resolver por delegación recursos de apelación o de revisión contra actos dictados por el propio órgano al que se han conferido las facultades delegadas.

VI. Jurisdicción de lo contencioso-administrativo

1. Introducción

La Constitución de 1965 contenía una norma que disponía lo siguiente: "Créase el Tribunal Contencioso Administrativo. La ley reglamentará su organización, funcionamiento y atribuciones". Luego, la de 1982, dispuso en su artículo 318: "Créase la jurisdicción de lo contenciosoadministrativo. La ley establecerá la competencia de los tribunales de la materia, así como su organización y funcionamiento".

No obstante, fue hasta el 1° de julio de 1988 que entró en vigencia la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (ljca), pero se aprobó el día 20 de noviembre de 1987. Se concedió una vacatio legis de más de seis meses para que los profesionales del derecho se prepararan para esta nueva jurisdicción, que en esa época era totalmente desconocida por estos profesionales.

2. Los sujetos procesales[54]

Los sujetos del proceso contencioso-administrativo son el órgano jurisdiccional y las partes. Los Juzgados de Letras actúan en primera o única instancia; las Cortes de Ape-

54 Artículos 7-23, Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (ljca).

laciones, en segunda instancia, y en materia de casación corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por medio de la sala respectiva.

Las partes son el demandante, el demandado y el coadyuvante. El demandante podrá ser el administrado o la administración. El primero es la persona natural o jurídica con capacidad procesal y legitimación

para demandar, pero no podrá incoar el juicio cuando actúe por delegación o como mero agente o mandatario de la entidad cuyo acto se impugne. La administración podrá demandar la ilegalidad o la anulación de un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, siempre que acredite haber declarado en sede administrativa que el acto impugnado es lesivo a los intereses públicos que representa.

El demandado puede ser el Estado, las instituciones autónomas, las municipalidades, los entes públicos no estatales o las personas a cuyo favor derivaran derechos del propio acto impugnado.

El coadyuvante es la parte que interviene adhiriéndose a la pretensión de una de las partes. Será coadyuvante del demandado la persona que, teniendo interés directo en el mantenimiento del acto impugnado, interviene en el proceso adhiriéndose a la pretensión del demandado; igualmente, el que interviene en el proceso incoado por la administración, adhiriéndose a la pretensión de ésta por tener interés en la misma. Se subordina a la parte a cuya pretensión se adhiere, por lo que no se le permite actuar de manera independiente.

La representación y la defensa del Estado corresponde a la Procuraduría General de la República por mandato constitucional;[55] la representación de la instituciones autónomas corresponde al órgano que ostente la representación legal; la representación de las municipalidades corresponde al alcalde, quien tiene la representación legal de la entidad. En los dos últimos casos, la defensa corresponde a profesionales del derecho.

En el caso de los particulares, su comparecencia está determinada por su capacidad procesal. Si son menores de 21 años, comparecerá su representante legal, salvo en los casos previstos en la ley en que puede comparecer personalmente. La defensa estará a cargo de profesionales del derecho.

3. Los actos revisables[56]

Los actos de carácter particular o general de la administración pública, sujetos al derecho administrativo, son los que se pueden revisar en esta jurisdicción.

Los actos administrativos de carácter particular o general que reconoce la legislación hondureña son los decretos, los acuerdos, las resoluciones y las providencias, emitidos por el presidente de la República, el Consejo de Ministros, los secretarios de Estado, los órganos inferiores de las secretarías de Estado con competencias atribuidas por la ley para decidir, y los órganos supremos de las instituciones autónomas y de las municipalidades.

55 Artículo 228.

56 Artículos 1 y 28-30, ljca

Los actos administrativos particulares que pueden ser revisados en esta jurisdicción deben ser, además, definitivos y no susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa. Son actos que concluyen o ponen fin al procedimiento administrativo pero contra los cuales no procede recurso administrativo alguno. La resolución final de un director general pone fin al procedimiento administrativo de primera instancia; se trata, en consecuencia, de un acto definitivo, pero aún es susceptible de ser impugnado mediante el recurso de apelación ante su superior jerárquico, por lo que, mientras no se agote este recurso, no podrá ser revisado en esta jurisdicción. En cambio, la resolución de un secretario de Estado, en única o segunda instancia, sí puede ser revisada porque contra ella no cabe ya ningún recurso administrativo, por cuanto no existe una instancia jerárquica reconocida en la ley para decidir impugnaciones.

Los actos de trámite también pueden ser revisados en esta jurisdicción, aun cuando su función sea darle curso al procedimiento y no resolver el fondo de las peticiones, pero sólo excepcionalmente. Esto sucede cuando no sean susceptibles de ulterior recurso administrativo y decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a la vía administrativa o hagan imposible o suspendan su continuación.

Los actos de carácter general pueden impugnarse directa o indirectamente. Directa será cuando se impugne el acto de carácter general; indirecta, cuando la acción se dirija contra los actos particulares que se produjeran en aplicación de los actos de carácter general, fundada en que éstos no son conforme a derecho.

4. ACTOS NO REVISABLES[57]

No pueden ser revisados por esta jurisdicción los siguientes actos: firmes, confirmatorios de actos firmes, que sean reproducción de otros anteriores ya firmes, que pongan término a la vía administrativa como previa a la judicial, y los que se dicten en virtud de una ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa.

A) Acto firme

Es el que no se recurre en tiempo y forma o el consentido expresamente.

No recurrir en tiempo y forma significa dejar transcurrir los plazos para interponer los recursos de reposición o de apelación, según sea el caso, sin utilizarlos. En apariencia el transcurso de estos plazos tiene el efecto de convertir un acto definitivo en un acto firme. Sin embargo, la preclusión tiene una regulación especial, como se dijo oportunamente. A pesar de haber transcurrido el plazo, el interesado puede interponer el recurso que proceda, cuando lo haga antes o dentro del día de la notificación de la providencia por la cual se hace constar de oficio el transcurso del plazo. En conclusión, mientras este trámite no haya concluido, no puede entenderse que el acto definitivo se ha convertido en un acto firme.

Que el acto firme esté consentido expresamente significa que el interesado debe manifestar de manera inequívoca su plena conformidad con el acto emitido, como cuando se desiste de un recurso de apelación, porque el efecto inmediato es que el acto impugnado queda firme.

57 Artículos 31-32, ljca.

Existe un caso en el que el acto firme sí puede ser revisado en esta jurisdicción: cuando fuere nulo de pleno derecho y esté surtiendo efectos. Sin embargo, la sentencia que se dicte en estos casos solamente podrá anular el acto con el objeto de que no se siga aplicando, pero no podrá reconocer ninguna situación jurídica a favor del demandante.

B) Actos confirmatorios o de reproducción de actos firmes

Los actos confirmatorios de actos firmes son aquellos que se emiten para confirmar un acto firme. Por ejemplo, cuando no se admite un recurso de apelación.

Los que son reproducción de actos firmes son los que se producen cuando el órgano se pronuncia por segunda vez en el mismo sentido sobre cuestiones ya resueltas en un acto dictado anteriormente.

C) Resoluciones que ponen término a la vía administrativa como previa a la vía judicial

La lpa establece que para incoar una demanda en materia de derecho privado contra el Estado, previamente debe cumplirse con un requisito.

Ese requisito es que debe plantearse un reclamo administrativo en el que se expongan los mismos hechos y fundamentos de derecho que se invocarán en la demanda judicial que se interpondrá.

El objeto es evidente. Darle a la administración la oportunidad de decidir sobre las pretensiones a plantear judicialmente, para evitar el juicio que puede resultar innecesario.

Estos reclamos no plantean cuestiones de derecho administrativo ni cuestiones que pueden ser conocidas por esta jurisdicción, por lo cual quedan excluidas de su conocimiento.

D) Actos excluidos expresamente por una ley

La exclusión debe ser expresa y debe contenerse en una ley emitida por el Congreso Nacional.

5. Cuestiones excluidas, incluidas y prejudiciales[58]

Las cuestiones que no son del conocimiento de esta jurisdicción son las siguientes: las de orden civil, mercantil, laboral, penal o agrarios, y aquellas que, aunque relacionadas con actos de la administración pública, se atribuyan por una ley a otra jurisdicción; y las que se susciten sobre los actos de relación entre los poderes del Estado con motivo de las relaciones internacionales, la defensa del territorio nacional y el mando y la organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes y cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Esta jurisdicción conoce de las cuestiones siguientes:

a) Las referentes al cumplimiento, interpretación, resolución, rescisión y efectos de los contratos administrativos de obra pública, suministros, consultoría y demás regulados por la Ley de Contratación del Estado, y todo lo relativo a los contratos de servicios profesionales o técnicos que celebren los poderes del Estado.

58 Artículos 3 y 5, ljca.

b) Las que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de las entidades estatales.

c) La ejecución de las resoluciones que se adopten en aplicación de la Ley de la Carrera Judicial y que tengan por objeto reintegros o pago de indemnizaciones.

d) Las relativas a los actos, particulares o generales, emitidos por las entidades de derecho público, como colegios profesionales y cámaras de comercio e industrias, siempre que la ley no los someta a una jurisdicción especial, así como el cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos celebrados por estas entidades, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

e) Las que una ley le atribuya especialmente.

La competencia en esta jurisdicción se extiende al conocimiento y la decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes a la materia, directamente relacionadas con un juicio contencioso administrativo, salvo las de carácter penal. La decisión que se tome, empero, no surtirá efectos fuera del proceso y podrá ser revisada por la jurisdicción correspondiente.

6. La improrrogabilidad de la competencia y la falta de jurisdicción[59]

La extensión y los límites de la jurisdicción están delimitados en la ljca, por lo que no puede haber confusión en cuanto al conocimiento de las cuestiones que son propias de la misma ni puede ser alterada por la voluntad de las partes.

La falta de jurisdicción, por ende, puede ser declarada, incluso de oficio, previa audiencia de las partes. El fondo de la pretensión formulada no puede ser examinada por estos tribunales, si se trata de una cuestión propia de otra jurisdicción, lo que puede decidir, de oficio, mediante resolución fundada e indicando a las partes la jurisdicción que se estime competente, y si la parte demandante comparece ante ésta en el plazo de 10 días se entenderá presentada en la fecha que se inició el plazo señalado para presentar la demanda.

7. Las pretensiones[60]

A) Noción

Son las peticiones concretas sobre las cuales las partes exigen que el juez se pronuncie en un determinado sentido. La pretensión en esta jurisdicción solamente puede ser deducida en relación con un acto administrativo que sea revisable por esta jurisdicción o con una cuestión de las que quedan comprendidas dentro de su conocimiento.

La pretensión está condicionada por la legitimación. No se puede conocer de las pretensiones de quien no tenga legitimación para ello, aun cuando tenga capacidad procesal. La calificación puede darse en dos momentos, en las defensas previas y en la sentencia definitiva, cuando se puede decretar la inadmisibilidad, justamente, por la falta de legitimación.

59 Artículo 6, ljca.

60 Artículos 33-34, ljca.

B) Clases de pretensiones

Son tres; a saber: pretensión de anulación, pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y pretensión de adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada.

Por la pretensión de anulación se persigue que el tribunal se pronuncie sobre lo siguiente: que se declare procedente la acción; que se declare la ilegalidad del acto impugnado; que se decrete su anulación, total o parcial. La legitimación, en estos casos, se reconoce a quien tenga interés legítimo y directo. No se requiere ser titular de un derecho subjetivo. También se reconoce una legitimación especial cuando se trate de entidades estatales y no estatales, en cuyo caso se exige, además, la denominada legitimación corporativa, en el sentido de que el acto impugnado afecta directamente los intereses que representa la entidad respectiva.

Por la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada se persigue que el tribunal se pronuncie sobre una situación jurídica concreta alterada por el acto impugnado, a favor del actor, cuya legitimación debe sustentarse en la titularidad de un derecho subjetivo lesionado por el acto impugnado. En estos casos, la pretensión de anulación debe plantearse como previa a esta pretensión, porque para obtener ésta primero debe declararse procedente la acción, ilegal el acto y decretar su anulación. El tribunal, después de resolver la pretensión de anulación, debe pronunciarse sobre el derecho subjetivo y la lesión concreta que a éste le ha ocasionado el acto impugnado.

Por la pretensión de adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada se persigue ya no una declaración, sino una decisión que puede incluir hasta una condena, imponiéndole a la administración una obligación de hacer, de no hacer o de dar. En el caso de un despido, por ejemplo, además de las pretensiones anteriores, se pedirá el reintegro y, a título de daños y perjuicios, el pago de los salarios caídos. La legitimación será la misma de la pretensión anterior: la titularidad de un derecho subjetivo lesionado por el acto impugnado.

8. Procedimiento ordinario

A) Requisitos para la presentación de la demanda[61]

Para incoar la acción contencioso-administrativa el actor debe agotar previamente la vía administrativa. Se entenderá agotada la vía administrativa cuando se hubieren interpuesto, en tiempo y forma, los recursos administrativos previstos en la ley y cuando la ley lo disponga expresamente.

En todo caso, debe interponerse el recurso de reposición cuando el acto final del procedimiento emanare directamente de un órgano superior de la respectiva jerarquía administrativa y por ello no fuere susceptible de ulterior recurso administrativo. La acción podrá deducirse indistintamente contra el acto objeto del recurso; que se resolviere éste expresamente o por silencio administrativo, o contra ambos a la vez. Sin embargo, cuando de manera expresa se reforme el acto impugnado en la resolución de la reposición, la acción se deducirá contra ésta.

61 Artículos 42-45, ljca.

No se requerirá el requisito señalado en el párrafo anterior cuando se tratare de un acto presunto, de un acto no manifestado por escrito o de un acto de carácter general cuando se impugnare directamente.

Cuando fuere la administración la que solicitare la nulidad de sus propios actos, debe previamente declararlos lesivos a los intereses públicos, de carácter económico o de cualquier naturaleza, en el plazo de cuatro años, a contar a partir de la fecha en que hubiere sido dictado.

B) Presentación de la demanda[62]

El plazo para presentar la demanda es de 30 días, atendiendo las siguientes reglas: cuando procediere la notificación personal, el plazo comenzará a contarse desde el día siguiente a ésta; cuando no proceda la notificación personal, el plazo se iniciará a partir del día siguiente al de la publicación; cuando se trate de una denegación presunta, el plazo comenzará a partir del día hábil siguiente a aquel en que se entiende desestimada la petición.

Para la administración, el plazo es de dos meses, contados a partir del día hábil siguiente a la declaración de lesividad de la resolución impugnada.

Presentada la demanda, dentro de las 48 horas siguientes se procederá a su admisión, si procediere. En el mismo auto se ordenará la publicación sucinta del contenido de la misma, en el diario oficial La Gaceta, con la finalidad de que quien tenga interés pueda apersonarse en el proceso.

C) Inadmisibilidad de la demanda[63]

Podrá declararse inadmisible la demanda cuando conste cualquiera de las siguientes causas: falta de jurisdicción o incompetencia; que la acción se deduce contra alguno de los actos no susceptibles de impugnación; que ha expirado el plazo para la presentación de la demanda; que no se ha agotado la vía administrativa.

Previamente, el juzgado hará saber a las partes el o los motivos en que se funde, para que dentro de los 10 días siguientes se pronuncien al respecto. En caso de que se funde en que no se ha agotado la vía administrativa, se concederá al actor un plazo de 10 días para que presente el recurso de reposición, y si acredita, dentro de los cinco días siguientes, la interposición, quedará en suspenso el procedimiento.

Contra el auto que acordare la inadmisibilidad procederán los recursos legales respectivos.

D) Contestación[64]

El demandado tendrá 20 días hábiles para contestar la demanda, los que se contarán a partir del día siguiente al emplazamiento. Salvo los coadyuvantes, que se entenderán emplazados por la publicación sucinta del contenido de la demanda ordenada por el tribunal.

62 Artículos 46-54, ljca.

63 Artículos 51-52, ljca.

64 Artículos 55-62, ljca.

Con la contestación, la administración demandada acompañará el expediente administrativo respectivo, que de no presentarse completo podrá el actor pedir al juez que se presenten los antecedentes para completarlo, y éste procederá y acordará lo pertinente.

Si no se presenta la contestación en tiempo y forma, se declarará en rebeldía a la administración demandada, en cuyo caso se solicitará el expediente al órgano en que se encuentre, bajo la responsabilidad personal de su titular.

E) Defensas previas[65]

No se oponen al fundamento jurídico-material de la pretensión sino a los requisitos procesales de la acción.

La ley reconoce las siguientes: las que se fundan en los mismos motivos para declarar inadmisible la acción en sentencia definitiva; la litis pendencia, y la falta de agotamiento de la vía administrativa.

Pueden presentarlas los demandados y los coadyuvantes dentro de los cinco días hábiles siguientes al emplazamiento. Si no se alegan las defensas previas dentro de este plazo, no se les dará curso ni se atenderán.

Se tramitarán en pieza separada y no interrumpirán el curso del procedimiento, por lo que no se suspende el plazo para contestar la demanda. Del escrito de defensas previas se dará traslado a la parte demandante y se fijará una audiencia dentro de los cinco días hábiles siguientes al que se acordare el traslado, a la cual comparecerán las partes para alegar lo pertinente.

La resolución que declare con lugar las defensas previas declarará también la inadmisibilidad de la demanda. Contra la resolución que las declare sin lugar no cabrá recurso alguno.

F) Prueba[66]

Si la cuestión debatida es de puro derecho, o cuando hubiere conformidad entre las partes acerca de los hechos, no procederá el recibimiento a prueba.

La apertura a pruebas procede únicamente cuando exista disconformidad en los hechos y éstos sean de indudable trascendencia para la resolución del caso.

El juzgado puede decretar de oficio o a instancia de parte el recibimiento a pruebas. Pero en el segundo supuesto se acordará siempre que en los escritos de demanda o contestación se expresen con claridad los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba.

El periodo de prueba será de 30 días para proponer y ejecutar la prueba, pudiéndose ampliar hasta por 20 días más cuando hubiere de evacuarse prueba fuera del departamento en que esté el juzgado.

Los medios de prueba son los reconocidos por la legislación procesal civil.

65 Artículos 63-66, ljca.

66 Artículos 67-77, ljca.

Las reglas especiales que se aplican en este proceso son las siguientes: no puede obligarse a la administración pública a absolver posiciones por medio de sus agentes, pero éstos están obligados a suministrar los informes que el juzgado solicite. Los interrogatorios se formularán para el titular del órgano autor del acto impugnado, que serán contestados por los agentes públicos a quienes se refieren los hechos, bajo su responsabilidad personal, y se entenderán dados bajo juramento.

Concluida la fase probatoria, el juez podrá acordar, antes o después de la citación para sentencia, la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime procedente, la cual debe ejecutarse dentro del plazo de 20 días. Cuando se acordare después de la citación para sentencia, el plazo para proferirla quedará en suspenso a partir del acuerdo respectivo y el resultado de estas diligencias se pondrá a disposición de las partes para las alegaciones pertinentes.

Concluido el periodo probatorio, de oficio se acordará la unión a los autos de las pruebas practicadas y que se pongan a disposición de las partes por 10 días hábiles comunes para que éstas presenten sus conclusiones, en cuyo escrito el demandante podrá solicitar que en la sentencia se formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y la cuantía de daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constaren ya probados en autos.

En el mismo auto en que se decrete finalizada la fase de conclusiones se citará a las partes para sentencia.

G) Sentencia[67]

Se dictará dentro de los 10 días hábiles siguientes al auto de citación para sentencia. En la sentencia se contraerá a lo siguiente: inadmisibilidad de la acción y procedencia o improcedencia de la acción.

Cuando la sentencia declare inadmisible la acción, podrá hacerlo por cualquiera de las circunstancias siguientes: falta de jurisdicción; cuando se interpusiere por persona incapaz, no representada debidamente o no legitimada; cuando tuviere por objeto actos no revisables en esta jurisdicción; que recayere sobre cosa juzgada; que la demanda se presente fuera de los plazos legales; que el escrito adolezca de defectos formales que impidan verter pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto.

La sentencia podrá declarar improcedente la acción cuando se ajustare a derecho el acto impugnado.

Las sentencias por las cuales se declare inadmisible o improcedente la acción sólo producirán efectos entre las partes.

La sentencia declarará procedente la acción cuando el impugnado incurriere en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso el exceso de poder y la desviación de poder. En este supuesto, la sentencia contendrá los siguientes pronunciamientos: declarar la ilegalidad del acto impugnado y decretar su nulidad, parcial o total; reconocer la situación jurídica individualizada, si se hubiere pedido, y adoptar cuanta medida sea necesaria para su pleno restablecimiento y reconocimiento; y, si, además, se pide el resarcimiento de daños o perjuicios, se declarará el derecho, pero la determinación de

67 Artículos 78-84, ljca.

los mismos quedará diferida al periodo de ejecución de sentencia, salvo que la cuantía de los mismos constare ya probada en autos.

H) Ejecución de las sentencias[68]

La ejecución se dictará por el tribunal que emite la sentencia en primera instancia y se llevará a cabo por medio del órgano que emitió el acto objeto de la acción.

Firme que sea la sentencia, el juez, dentro de los cinco días hábiles siguientes, ordenará su ejecución al órgano respectivo, el cual habrá de adoptar las resoluciones que procedan y practicar lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Efecto inmediato de la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada, es que el acto declarado nulo en la misma quedará sin efecto alguno.

Cuando la administración sea condenada al pago de cantidades líquidas, lo hará de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias. Si hubiere necesidad de reformar el presupuesto para cumplir con la condena, debe procederse a la misma, y transcurridos 12 meses desde la fecha de recepción de la comunicación, ordenando la ejecución de la sentencia, sin que ésta se hubiese ejecutado, el juzgado, a petición de parte, ejecutará la sentencia procediendo de conformidad con los trámites del procedimiento de apremio, entendiendo por éste el embargo de bienes suficientes para hacer efectivas las obligaciones de dar, cuando éstas consistan en entregar determinadas cantidades de dinero.

Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia que condenen al Estado o a sus entidades, devengarán, por ministerio de ley, intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria, y moratorios después de este término.

A quienes se ordenare el cumplimiento de la sentencia no podrán excusarse en la obediencia jerárquica; igualmente, la renuncia no exonera de responsabilidad al funcionario que haya recibido la orden de ejecutar la sentencia antes de presentarla.

9. Terminación anormal del proceso contencioso-administrativo[69]

Son tres las formas de terminación anormal del proceso contenciosoadministrativo; a saber: desistimiento, allanamiento, cesación de la materia litigiosa y caducidad.

El actor podrá desistir de la demanda antes de dictarse la sentencia y se decidirá en un auto o providencia que emitirá el juez declarando terminado el proceso y archivando las actuaciones, sin condena de costas, salvo que se considere que hubo mala fe. Pero si fueren varios los demandantes, el proceso continuará respecto de los que no desistan.

El demandado podrá allanarse a la pretensión y el juez, sin más trámite, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere una infracción del ordenamiento jurídico o fuere demandada la administración pública, en cuyo caso dictará la sentencia que estime justa y conforme a derecho. La Procuraduría General de la República puede allanarse a la pretensión del demandante sólo cuando esté autorizada en acuerdo emitido por el Poder Ejecutivo. En todo caso, si ella entien-

68 Artículos 95-102 y 113, segundo párrafo, ljca.

69 Artículos 85-88, ljca.

de que el acto impugnado no se ajusta a derecho, lo hará saber así en comunicación razonada al secretario de Estado respectivo o superior del que dependa el órgano emisor del acto, para que acuerde lo que estimare procedente, y solicitará al juez la suspensión del juicio por un mes. Si se decide el allanamiento, el proceso continuará respecto de los que no se hubieren allanado.

Si la administración reconoce totalmente al actor, en vía administrativa, las pretensiones deducidas judicialmente, y fuere del conocimiento del tribunal, éste declarará terminado el proceso en cualquier instancia y ordenará el archivo de los autos. Podrá reiniciarse el proceso, sin embargo, si después de terminado el proceso la administración revoca la decisión de reconocer totalmente en vía administrativa las pretensiones al actor.

La caducidad de la instancia procederá cuando por cualquier causa imputable al actor se haya paralizado el proceso durante seis meses. El tribunal emitirá el auto declarando terminado el proceso y ordenando el archivo de las actuaciones.

10. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES[70]

La ljca reconoce tres procedimientos especiales; a saber: en materia tributaria, en materia de personal y en materia de licitaciones o concursos.

El procedimiento en materia tributaria se sustanciará cuando la acción impugne un acto sobre fijación o liquidación de impuestos, contribuciones, tasas, multas, y demás rentas o créditos públicos definitivamente establecidos en vía administrativa. Los plazos del procedimiento ordinario quedan reducidos a la mitad, cuando se trate de la presentación y la contestación de la demanda, la proposición y la evacuación de prueba y la formulación de conclusiones.

En materia personal, se tramitarán las acciones contra las cancelaciones o separaciones de servidores públicos que estén protegidos por una ley especial o los nombrados para periodos determinados. En estos casos, la acción podrá interponerse sin agotar previamente la vía administrativa y los plazos serán los mismos que en el procedimiento descrito en el párrafo anterior. Las sentencias que se dicten en este procedimiento anularán el acto impugnado, dispondrán la restitución del actor y condenarán al pago de salarios caídos o bien al pago de la indemnización que corresponda y los sueldos a partir de la cancelación, si así lo solicitare. La sentencia que disponga la restitución del actor también decretará la nulidad del nombramiento del sustituto.

Por el procedimiento especial en materia de licitaciones y concursos podrán impugnarse directamente los actos de adjudicación de los contratos en general. El plazo para presentar la demanda es de cinco días; cinco días para contestarla, y la evacuación de las pruebas no podrá exceder de ocho días. Sin embargo, el tribunal podrá reducir prudencialmente estos plazos, en supuestos de urgencia. Contra la sentencia que se dicte en este procedimiento no se admitirá recurso alguno.

70 Artículos 103-119, ljca.

11. Los incidentes[71]

Las cuestiones incidentales que se susciten en el proceso deben tramitarse en pieza separada y sin suspender el curso de los autos.

La suspensión del acto impugnado debe tramitarse como incidente y procede cuando la ejecución del acto impugnado (que no se interrumpe con la presentación de la demanda) hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Se podrá pedir en cualquier estado del proceso, en primera o en segunda instancia. Del escrito de suspensión se dará vista a la administración por el plazo de tres días para su contestación, y presentada ésta, o transcurrido el plazo, el tribunal resolverá lo procedente.

Si se decreta la suspensión y se considera que puede resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, se exigirá caución suficiente para responder por los mismos. Ésta se constituirá en depósito de dinero en efectivo, valores públicos o aval bancario. Mientras la caución no se constituya, la suspensión no se llevará a efecto.

Las cuestiones incidentales de nulidad no implicarán la de los sucesivos que fueren independientes de los actos nulos, y en la sentencia que se dicte se dispondrá la consumación de aquellos actos cuyo contenido hubiere permanecido el mismo, de no haberse cometido la infracción origen de la nulidad.

Los defectos formales podrán ser subsanados para evitar nulidades. De oficio, o como consecuencia del alegato de una de las partes, el tribunal ordenará la subsanación a la parte responsable del defecto procesal, y si éste consistiere en la falta de agotamiento de la vía administrativa, se concederá un plazo para la presentación del recurso administrativo respectivo.

VII. Los contratos administrativos

1. Introducción

A) Regulación

Originalmente los contratos administrativos se adjudicaban con apego a la Ley Orgánica de la Proveeduría General de la República de 1958 y a la Ley Orgánica del Presupuesto y sus disposiciones generales. Estas disposiciones se aprueban anualmente; por eso la regulación en esta materia carecía de estabilidad porque cada año podían agregarse o suprimirse disposiciones aplicables.

Con la emisión de la primera Ley de Contratación del Estado, de 1985, se sistematizó el ordenamiento sobre los procedimientos de selección y los contratos administrativos.

Por razones desconocidas, a instancia de los contratistas se derogó esa primera ley y se emitió la vigente, de 2001.

71 Artículos 125-127, ljca.

En todo caso, en la Constitución de la República se encuentra la justificación de la Ley de Contratación del Estado.[72] En ésta se ordena que la adjudicación de los contratos del Estado se haga mediante procedimientos de selección de conformidad con la ley.

B) Jerarquía normativa[73]

Siguiendo la Ley General de la Administración Pública, se establece la siguiente jerarquía normativa:

1) Constitución de la República.
2) Instrumentos internacionales relativos a la contratación administrativa.
3) Ley de Contratación del Estado y demás normas legales relativas a la contratación administrativa.
4) Ley General de la Administración Pública, normas legales relativas a la administración financiera y demás regulaciones legislativas relacionadas con la actividad financiera.
5) Reglamento de la Ley de Contratación del Estado.
6) Los demás reglamentos especiales que se dicten en materias relacionadas con la contratación administrativa.
7) El pliego de condiciones o bases del concurso que rijan cada procedimiento de contratación.

También se incluyen los principios generales del derecho y la jurisprudencia administrativa.

C) Ámbito de aplicación de la LCE[74]

Los contratos del Estado sujetos a esta ley son los de obra pública, suministro de bienes o servicios y consultoría.

La lce es aplicable a la administración pública centralizada y descentralizada y a los poderes Legislativo y Judicial. También al Tribunal Nacional de Elecciones, el Ministerio Público, el Comisionado de los Derechos Humanos, la Contraloría General de la República, la Dirección de Probidad Administrativa, la Procuraduría General de la República y demás organismos especializados creados por ley.[75]

D) Supletoriedad de la LCE[76]

La lce será de aplicación supletoria en los siguientes contratos:

1) Contratos de gestión de servicios públicos, de concesión de uso del dominio público o de concesión de servicios u obras públicas.

72 En adelante identificada como lce.

73 Artículo 14, Reglamento de la lce (rlce).

74 Artículo 1, lce.

75 Artículo 14, lce.

76 Artículo 2, lce.

En este caso, la regulación corresponde a las leyes especiales que tienen por objeto estas figuras jurídicas.[77] Sin embargo, la supletoriedad está limitada a los principios generales contenidos en la lce.

2) Contratos de compraventa, permuta, donación, arrendamiento, préstamo u otros de contenido patrimonial que celebre la administración pública, sin perjuicio de las solemnidades o los requisitos de forma que para la validez de dichos contratos exigiere el derecho privado; e igualmente, lo concerniente a sus efectos y a su extinción, que serán regulados por el derecho privado, salvo lo que ordenen disposiciones especiales.

   En este supuesto, la supletoriedad se limita a la preparación, adjudicación o formalización de estos contratos. Es decir, exclusivamente lo concerniente a las reglas que regulan los procedimientos de contratación, con las adecuaciones del caso.

E) Materias excluidas de la LCE[78]

Del ámbito de aplicación de la lce, se excluyen los siguientes contratos o negocios jurídicos de la administración:

1) La prestación por personas naturales de servicios profesionales o técnicos distintos de los que son objeto de los contratos de consultoría, es decir, los que tienen por objeto los servicios (profesionales o técnicos) "prestados por personas naturales a requerimiento de los organismos de la administración pública, centralizada o descentralizada, para desarrollar actividades relacionadas con su funcionamiento o administración, que demandan conocimientos especializados y que no pueden realizarse con personal regular y permanente".[79]
2) Las relaciones de servicio de los funcionarios y empleados públicos y los contratos regulados por la legislación laboral.
3) La relación entre la administración y los particulares derivada de la prestación de servicios públicos que impliquen el pago por estos últimos de una tarifa o de una tasa de aplicación general, como el de agua potable y el de energía eléctrica.
4) Las operaciones que realice la administración con los particulares para el expendio al público de papel sellado, timbres, alcohol u otras especies fiscales.
5) Los contratos o convenios de colaboración que celebren el gobierno central con instituciones descentralizadas, instituciones autónomas o municipalidades, o con otros organismos públicos, así como los que celebren estos organismos entre sí.
6) Los empréstitos u otras operaciones de crédito público regulados por la legislación especial sobre la materia, así como los servicios financieros prestados por el Banco Central de Honduras o por otras entidades financieras públicas.

77 Artículo 1, cuarto párrafo, lce. En su artículo 4, el reglamento señala que los contratos de gestión de servicios públicos o de concesión de servicios públicos u obras públicas, son los regulados por la Ley de Promoción y Desarrollo de Obras Públicas y de la Infraestructura Nacional; y los contratos de concesión del uso o aprovechamiento del dominio público, como los relativos, entre otros, a aguas nacionales, minas, hidrocarburos, pesca y acuicultura, están regulados por las leyes especiales relativas a la materia.

78 Artículos 1 y 2, lce.

79 Artículo 3, segundo párrafo, lce.

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

A) Los principios que rigen en estos procedimientos[80]

Los principios son los siguientes: legalidad, sana y buena administración, libertad de pactos, eficiencia, publicidad, transparencia, igualdad y libre competencia.

El de legalidad se expresa por medio de la disposición constitucional que contiene la siguiente fórmula: los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley.

El de buena y sana administración exige que la actividad administrativa se apegue a las reglas de la experiencia, no jurídicas, como simplicidad, celeridad, economía, rendimiento y prontitud.

El de libertad de pactos consiste en que la administración puede concertar contratos, pactos o condiciones que convengan al interés público.

El de eficiencia se expresa en tres niveles. El primero que surge con la obligación de planificar la actividad administrativa para satisfacer sus necesidades oportunamente y en las mejores condiciones de costo y calidad. El segundo privilegia el contenido sobre la forma. El tercero reclama el uso de la tecnología de punta para gestionar los sistemas de contratación.

El de publicidad postula la necesidad de garantizar el acceso a la información sobre la actividad de contratación para garantizar la participación del mayor número posible en los procedimientos de selección.

El de transparencia exige que los procedimientos ofrezcan las mismas condiciones de oportunidad a todos los oferentes y la confianza de que la información suministrada por ellos será usada exclusivamente para los fines de la selección por parte de la administración.

El de igualdad plantea que todos los oferentes sean objeto del mismo tratamiento en atención a la valoración de sus propuestas.

El de libre competencia proclama que la oferta será seleccionada aplicando el método objetivo de evaluación y comparación.

B) Los procedimientos

Los procedimientos reconocidos son los siguientes: licitación, concurso y contratación directa.

80 Artículos 5, 6 y 7 de la lce, y 9, 10 y 11, rlce.

C) Licitación[81]

a) Noción

Éste es el procedimiento utilizado para adjudicar los contratos en cuya celebración lo importante es determinar previamente el precio más conveniente.

b) El precio más conveniente

El precio más conveniente puede ser el más bajo. Pero no siempre el más bajo es el más conveniente. Ése es el caso del precio anormalmente bajo, que la ley califica como "sin fundamento o especulativo". También cuando se toman en cuenta otros criterios objetivos de evaluación, en atención a la naturaleza de la prestación, las condiciones del financiamiento o los beneficios ambientales, o las condiciones del bien a adquirir. Por ejemplo, la compatibilidad de equipos o la disponibilidad de repuestos, en el caso del suministro.

c) Contratos que se adjudican por este procedimiento

Por la licitación se adjudican los contratos en los que el precio es lo más importante. Por este procedimiento se adjudican los contratos de obra pública y suministro.

d) Clases de licitación

La licitación puede ser pública o privada. Será pública cuando el costo del contrato exceda de una determinada cantidad, que anualmente se fija en las disposiciones generales del presupuesto. Una modalidad de ésta es la internacional.

Será privada cuando no exceda de esa cantidad, y en los casos siguientes: cuando por el objeto del contrato no haya más de tres potenciales contratistas; cuando por circunstancias imprevistas o por otras razones de apremiante urgencia surjan necesidades cuya atención apremiante no haya podido preverse; cuando por la seguridad de las instalaciones destinadas a la prestación del servicio no convenga la licitación pública; cuando surja una carestía de productos de uso esencial, cuya adquisición fuere necesaria en el menor tiempo posible; cuando una licitación pública se declare desierta o fracasada.

e) Requisitos para la licitación

Previamente a la licitación pública, la administración debe cumplir con ciertos requisitos; a saber: autorización para contratar; identificación de la fuente de financiamiento; pliego de condiciones; precalificación.

En el caso de la licitación privada se siguen los mismos preparativos, con excepción del pliego de condiciones y la precalificación. El primero no es obligatorio, pero se prevé que se elaborará cuando se "estime necesario"; la precalificación, en cambio, sólo es exigible en la pública, y el órgano responsable de la contratación debe acudir al Registro de Proveedores y Contratistas, y, cuando fuere descentralizado, también a su propio registro.

81 Artículos 41-60, lce, y 85-157, rlce.

f) Inicio del procedimiento

Se inicia el procedimiento de licitación con el denominado "expediente de contratación", responsabilidad del órgano encargado de la contratación.

g) Invitación a presentar ofertas

El siguiente paso en el procedimiento es la invitación a presentar ofertas, que, en el caso de la licitación pública, debe publicarse en el diario oficial La Gaceta y por lo menos en un diario de circulación nacional. La invitación no siempre es general. En el caso de la obra pública, la invitación se hará únicamente a los que resulten precalificados; en el caso del suministro, únicamente cuando se exija precalificación. La invitación es eso: una simple invitación; carece de fuerza para obligar; no es, pues, una oferta de contrato, por lo que puede ser revocada, modificada o suspendida, siempre que sea antes de la presentación de ofertas, sin que ello implique responsabilidad de su parte.

De la invitación surgen actuaciones como el retiro del pliego de condiciones, al cual deben apegarse estrictamente en la elaboración de la oferta, cumpliendo todos los requisitos que en ese pliego se exijan para la elaboración de dicha oferta. Estos requisitos son los subjetivos (conciernen a la persona del oferente), los objetivos (se refieren al contenido de la oferta) y los formales (el trámite, la documentación y la instrumentación de la oferta).

h) La presentación de la oferta

Con la presentación de la oferta, según la ley, se presume la declaración responsable de que el oferente reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la administración, sin perjuicio de su comprobación. También se presume la aceptación incondicional por el oferente de las cláusulas del pliego de condiciones. Se trata, pues, de una auténtica oferta de contrato presentada por el oferente a la administración.

Sólo se presenta una oferta. Sin embargo, se aceptan las ofertas alternativas, que son las que se ofrecen como alternativa a la oferta básica y obligatoria, proponiendo su propio proyecto, condiciones y documentación técnica. Se trata de una variación de la principal, pero solamente se acepta cuando se plantea en el pliego de condiciones.

La oferta puede ser retirada sin responsabilidad de parte del oferente, pero antes de que venza el plazo para presentarla. En este caso, el oferente podrá presentarla nuevamente siempre que el plazo no haya vencido.

Toda oferta debe ser recibida siempre que se cumplan los requisitos para su presentación. Pero su recepción sólo obliga a la evaluación de la oferta por parte de la administración.

i) Apertura, admisión y mantenimiento de las ofertas

La apertura de las ofertas se sigue con las formalidades que prevé la legislación. Se da inicio a la audiencia, se abren y se leen las ofertas y se levanta el acta respectiva, que debe contener la firma de los asistentes.

La admisión de las ofertas no se traduce en una aceptación de las mismas. No genera derechos ni obligaciones. Sólo surge el interés legítimo de que la oferta sea evaluada con apego a las reglas legales y las previstas en el pliego de condiciones, cuya aceptación incondicional se presume con la presentación de la oferta.

El oferente debe sostener la oferta una vez que vence el plazo de presentarla y por ello se reconoce la garantía de mantenimiento de oferta que debe presentarse junto con ésta.

j) Oferta con financiamiento del interesado

Se reconoce la oferta con financiamiento del interesado. En este caso, la administración advertirá en el pliego de condiciones que el financiamiento lo suministrará el oferente. Aquí, la legislación aplicable, además de la lce, será la que regule el crédito público.

k) Adjudicación

La adjudicación se basará en el informe de evaluación que realice la comisión de evaluación designada por el órgano responsable de la contratación.

La evaluación debe ceñirse a las reglas de la legislación y del pliego de condiciones. Se verificará que la oferta se presenta cumpliendo las condiciones establecidas en el pliego de condiciones; se hará el análisis comparativo de las ofertas, y se determinará el precio más conveniente o si la oferta responde a los otros criterios objetivos de evaluación contenidos en el pliego de condiciones.

El dictamen de la comisión es obligatorio y vinculante. De modo que el órgano responsable de la adjudicación debe someterse al dictamen de la comisión; en caso contrario, debe revocar la licitación, porque no está autorizado a modificar el dictamen de esa comisión. Por eso, el dictamen es una auténtica preadjudicación.

En el dictamen deben colocarse los oferentes según la evaluación que se les haya asignado. Así, el que ocupe el primer lugar será a quien se adjudique el contrato, salvo que no acepte.

La adjudicación es un acto jurídico emitido por el órgano responsable de la contratación y consiste en declarar que a un determinado oferente se le asigna un determinado contrato.

Cuando el oferente a quien se adjudica el contrato no acepta o no lo formaliza por causas a él imputables, dentro del plazo señalado al efecto, se adjudicará el contrato al oferente que hubiere quedado en segundo lugar, y si esto no fuere posible, al que ocupa el que sigue, y así sucesivamente. A los que no acepten o no formalicen el contrato a tiempo se les ejecutará la garantía de mantenimiento de oferta.

l) Licitación desierta o fracasada

Será desierta aquella licitación a la que no concurra el mínimo de oferentes previstos en el pliego de condiciones.

Será fracasada en los casos siguientes: cuando se hubiere omitido en el procedimiento alguno de los requisitos esenciales previstos en la lce o en sus disposiciones reglamentarias; cuando las ofertas no se ajusten a los requisitos esenciales establecidos en el reglamento o en el pliego de condiciones; cuando ningún oferente acepte la adjudicación; cuando se comprobare que ha existido un entendimiento malicioso entre los oferentes.

En estos casos, se procede a una nueva licitación.

D) Concurso[82]

a) Noción

Por este procedimiento de selección de contratistas se determina quién de los participantes tiene la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística para ejecutar el contrato.

b) Contratos que se adjudican por este procedimiento

Este procedimiento se utiliza para adjudicar contratos en los que prevalezca el elemento personal, es decir, donde se considere la creatividad, la originalidad y los conocimientos profesionales o técnicos.

Los contratos de consultoría, definidos por la lce como aquellos por los cuales se efectúan "estudios, diseños, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, preparación de términos de referencia y presupuesto, programación o supervisión técnica de obras u otros trabajos de la misma naturaleza", son los que se adjudican mediante el procedimiento de concurso.

c) Preinversión

Todo proyecto pasa por dos etapas; a saber: la preinversión y la inversión. La primera es la que precede a la ejecución de la obra o a la compra del suministro, y consiste en la idea del proyecto, los estudios de prefactibilidad y factibilidad, el diseño y la fase de negociación del financiamiento. La segunda consiste en la construcción de la obra, la instalación de la maquinaria, la apertura y el mantenimiento de una obra pública, la puesta en operación de una fábrica y su evaluación, etcétera.

La preinversión es la etapa más exigente porque demanda creatividad, originalidad y también conocimientos especializados en el orden científico y técnico. Durante su proceso se generan los proyectos, se evalúan todos los factores que determinan su factibilidad y se diseñan con precisión todos sus detalles. Es en esta etapa que se requiere de prestaciones personales que garanticen la calidad del contrato. No se busca el precio más conveniente, sino quién es el más idóneo para ejecutar el contrato, desde el punto de vista científico, técnico, cultural o artístico.

En toda la etapa de preinversión prevalece el concurso, ya que es el medio por el que se adjudican los contratos de consultoría, los cuales permiten identificar a las empresas o a las personas que respondan a los requerimientos de idoneidad señalados.

En la inversión prevalecen los contratos de obra pública o de suministro, por lo que será la licitación el procedimiento al que más se recurre.

d) Clases de concurso

El concurso puede se público o privado. Será público cuando exceda de la cantidad que anualmente se establece en las disposiciones generales de presupuesto, y privado cuando no exceda de esta cantidad.

82 Artículos 61-62, lce, y 158-168, rlce.

No existe en la legislación ningún otro criterio para distinguir estos dos tipos de concurso más que el señalado en el párrafo anterior.

e) Requisitos previos al concurso

Los requisitos previos al concurso son los siguientes: autorización para contratar; identificación de la fuente de financiamiento; términos de referencia; presupuesto estimado de costos; cuando proceda, precalificación.

La precalificación procede en la adjudicación de los contratos de consultoría para el diseño o la supervisión de obras públicas o cuando lo dispongan las bases del concurso.

f) Procedimiento

Se sigue el mismo procedimiento de la licitación con las variantes que se describen a continuación.

Se presentan dos ofertas por cada oferente. La oferta técnica y la oferta económica. En la oferta técnica no se incluyen costos y su contenido es el desarrollo de los términos de referencia, que constituyen la guía para su elaboración; sin embargo, los oferentes podrán proponer modificaciones, ampliaciones o adiciones cuando las bases del concurso lo soliciten. En la oferta económica se desarrolla el formato de presupuesto presentado en las bases, desglosando detalles de costos y hombres-meses. Los sistemas para fijar los costos son los siguientes: costos más honorarios fijos, precio alzado o cualquier otro procedimiento técnico fundamentado y cierto que permita determinar su valor en forma justa.

Los factores de ponderación de las ofertas están previstos en la lce; a saber: la experiencia en la especialidad del trabajo; los antecedentes en el cumplimiento de contratos anteriores; la conveniencia del plan de trabajo y el enfoque propuesto en relación con los términos de referencia; la capacidad, idoneidad y disponibilidad apropiada del personal propuesto, y la capacidad financiera del oferente, si se tratare de supervisión de obras o de otros contratos en que fuere requerido.

La evaluación corresponde a la comisión de evaluación que se creará oportunamente. Se inicia con la oferta técnica y sólo entre los miembros de esta comisión. De esta evaluación resulta el orden de mérito en el que se colocan las ofertas, de acuerdo con la valoración que se le asigne a sus respectivas ofertas técnicas, y determina el orden de los oferentes a efecto de negociar la oferta económica. Por eso se dice que el orden de mérito opera como una adjudicación provisional.

El único límite para la inclusión de las ofertas en el orden de mérito es que no superen la calificación mínima que se fije en las bases. Sin embargo, cuando se trate de contratos de consultoría en los que se exija precalificación, el número no pasará de seis, porque hasta esa cantidad puede llegar el número de precalificados, según la lce.

La oferta económica del oferente cuya oferta técnica ocupa el primer lugar del orden de mérito, será la única que se abrirá, y se invitará al oferente a negociarla dentro del plazo que se fije. Las demás ofertas económicas se mantendrán cerradas y con la debida reserva.

En la evaluación de la oferta económica se analizan los costos directos (los que se originan directamente de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato y que pueden acreditarse para su desembolso o reembolso), los indirectos (cargas sociales y gastos

generales de administración) y la utilidad (porcentaje que se reconoce como compensación, entre otros conceptos, por riesgo, responsabilidad, conocimientos, experiencia y disponibilidad en la ejecución del contrato), sobre la base de los términos de referencia y del desglose que de los mismos realice el consultor en su oferta técnica.

Si no se llega a ningún acuerdo con el que ocupa el primer lugar, se invitará a negociar al segundo mejor calificado, y así sucesivamente, hasta adjudicar el contrato, sin perjuicio de que, si procediere, se declare fracasado.

Si se llega a un acuerdo, la comisión elevará su informe al órgano responsable de la contratación y éste adjudicará definitivamente el contrato. Inmediatamente después se formalizará el mismo.

Cuando no concurra el mínimo de oferentes previsto en las bases, el concurso se declarará desierto.

Se declarará fracasado en los casos siguientes: cuando las ofertas técnicas sean desestimadas por no haber sido elaboradas de conformidad con el pliego de condiciones; cuando ninguna de las ofertas técnicas obtenga una calificación igual o superior a la mínima fijada; cuando en la fase de negociación de las ofertas económicas ninguno de los oferentes llegue a un acuerdo con la administración; cuando se haya omitido en el procedimiento alguno de los requisitos esenciales establecidos en la lce o en las disposiciones reglamentarias; cuando se comprobare que ha habido colusión.

E) Contratación directa[83]

a) Excepción a la regla general

La regla general es que los contratos deben ser adjudicados mediante licitación o concurso, pero la misma Constitución reconoce las excepciones a esta regla.

Los casos en que se puede prescindir de esos procedimientos son dos; a saber: en la adjudicación de contratos que tengan por objeto proveer a las necesidades ocasionadas por un estado de emergencia y en la de aquellos en que por su naturaleza no puedan celebrarse sino con persona determinada.[84]

A esta forma de contratar la lce la denomina contratación directa y constituye la excepción a aquella regla general. Se trata, entonces, de un procedimiento de excepción y, como toda excepción, solamente procederá en los supuestos previstos taxativamente en la lce.

b) Noción

La contratación directa es un procedimiento excepcional por medio del cual el Estado y sus entidades pueden contratar directamente, en los casos previstos de manera expresa en la ley, la prestación de un servicio, la adquisición o la venta de un bien o la ejecución de una obra, sin someterse a licitación o concurso.

83 Artículos 63, lce, y 169-171, rlce.

84 Artículo 360, segundo párrafo, lce.

c) Supuestos reconocidos en la lce[85]

La contratación directa, según la lce, procederá en los siguientes casos:

1) Cuando tenga por objeto proveer a las necesidades ocasionadas por una situación de emergencia.
2) Cuando se trate de adquisición de repuestos u otros bienes o servicios especializados cuya fabricación o venta sea exclusiva de quienes tengan patente o marca de fábrica registrada, siempre que no hubiere sustituto conveniente.
3) Cuando se trate de obras, suministros o servicios de consultoría cuyo valor no exceda los montos establecidos en las disposiciones generales del presupuesto, en cuyo caso podrán solicitarse cotizaciones a los posibles oferentes sin las formalidades de la licitación privada.
4) Cuando las circunstancias exijan que las operaciones del gobierno se mantengan secretas.
5) Cuando se trate de la acuñación de moneda y la impresión de papel moneda.
6) Cuando se trate de trabajos científicos, técnicos o artísticos especializados.
7) Cuando se hubiere programado un estudio o diseño por etapas se podrá contratar el diseño o la supervisión de las que faltaren con el mismo consultor que haya realizado las anteriores en forma satisfactoria.

d) Autorización[86]

Cualquiera que sea el caso, el órgano responsable de la contratación necesitará autorización para contratar mediante este procedimiento.

3. Los contratos administrativos

Los contratos administrativos típicos son: obra pública, suministro y consultoría.

4. Contrato de obra pública[87]

A) Definición legal

Es el celebrado por la administración, con una o más personas naturales o jurídicas, para la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de bienes que tengan naturaleza inmueble, o para la realización de trabajos que modifiquen la forma o la sustancia del suelo o del subsuelo, a cambio de un precio.[88]

Se consideran expresamente contratos de obra pública los que se celebren para ejecutar lo siguiente:[89]

85 Artículo 63, lce.

86 Artículo 63, lce.

87 Artículos 64-84, ljca, y 175-219, rlce.

88 Artículo 64, lce.

89 Artículo 65, lce.

1) La construcción y el mantenimiento de carreteras, instalaciones ferroviarias, puertos, presas, puentes, edificios, aeropuertos, acueductos, obras de control de inundaciones, instalaciones varias y otras análogas de ingeniería.
2) La realización de trabajos que modifiquen la forma o la sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, inyecciones, perforaciones y otros semejantes.
3) La reforma, reparación, conservación o demolición de las obras indicadas en los incisos anteriores.

También se consideran contratos de obra pública los denominados llave en mano. Son aquellos por "los cuales el contratista se obliga a proporcionar, mediante un único contrato, todos o algunos de los siguientes elementos: los diseños técnicos, servicios de ingeniería, financiamiento, construcción, así como, en su caso, el terreno necesario o el suministro e instalación de plantas, equipos u otros similares, incorporados a la obra".[90]

B) Características

En este contrato la prestación del contratista siempre se ejecutará sobre bienes inmuebles, ya sea para construirlo, reformarlo, repararlo, conservarlo o demolerlo.

Las prestaciones, en este tipo de contratos, comprenderán, por supuesto, las que se ejecutan sobre el suelo y el subsuelo, modificando su forma o su sustancia.

C) Requisitos previos a su ejecución

Son de dos tipos; a saber: los que corren a cargo de la administración y los que deben ser cumplidos por el contratista.

Los que corren a cargo de la administración son los siguientes:

adquirir el inmueble sobre el que ejecutará las prestaciones el contratista, incluyendo derechos de vía[91] y la constitución de servidumbres; tener a disposición bancos de materiales; obtener los permisos que se requieran, incluyendo las licencias ambientales,[92] y, en definitiva, todas las facilidades que se especifiquen en el contrato.[93]

Los que corren a cargo del contratista son los siguientes:[94]

1) Garantía de cumplimiento del contrato y, si lo hubiere, garantía de anticipo de fondos.

90 Artículo 64, segundo párrafo, lce.

91 El reglamento también tiene sus descripciones: los inmuebles y el derecho de vía pueden ser adquiridos por expropiación, permuta, compraventa u otro medio previsto en las leyes (artículo 182, primer párrafo).

92 El reglamento le atribuye a la administración la obligación de preparar y aprobar los estudios de impacto ambiental requeridos (artículo 182, segundo párrafo). La obligación es obtener la licencia ambiental, porque ésta es la que permite ejecutar la obra sin inconvenientes con la legislación ambiental; la preparación se da por sentada; la aprobación, en cambio, dependerá de su conformidad con la legislación.

93 Artículos 69, lce, y 182, rlce.

94 Artículo 68, lce.

2) Programa detallado de ejecución de la obra, indicando el costo estimado por etapas, de conformidad con lo que indiquen los documentos de licitación. El programa deberá ser aprobado por el órgano responsable de la contratación.
3) Nómina del personal técnico asignado para la dirección y ejecución de la obra, incluyendo un plan de organización.
4) Documentos que acrediten la disponibilidad del equipo y maquinaria que se emplearán en la obra.[95] La disponibilidad podrá acreditarla con documentos que avalen su propiedad, arrendamiento o cualquier otra modalidad prevista en las leyes, garantizando que dicho equipo y dicha maquinaria estarán en el lugar de la ejecución del contrato al inicio de la ejecución. También estarán obligados a describir el equipo y la maquinaria.[96]
5) Los demás que se indiquen en el reglamento o en el pliego de condiciones de la licitación.

D) Ejecución

Las prestaciones comenzarán a ejecutarse desde el momento en que se reciba la orden de inicio.

Las prestaciones se ejecutarán con apego estricto al contrato, a las modificaciones que se aprueben legalmente y a las instrucciones por escrito que, en interpretación técnica del contrato y demás documentos, fueren impartidas al contratista por el supervisor designado por la administración.[97]

La ejecución del contrato se realizará por cuenta y riesgo del contratista,[98] sin perjuicio de su derecho a que se mantenga el equilibrio económico-financiero del contrato en la forma prevista en la lce y en su reglamento.

La administración no asumirá ante el contratista más responsabilidades que las previstas y derivadas del respectivo contrato.

Las fallas y los desperfectos que ocurran durante la ejecución del contrato serán responsabilidad del contratista, cuando las causas le fueren imputables, por lo que cualquier falla o defecto deberá ser reparado por el contratista, a su propio costo; igualmente, cuando proceda a ejecutar trabajos no autorizados por escrito.

También será responsable por las deficiencias o imprevisiones del diseño, o en la ejecución de la supervisión, cuando conociéndolas no las denunciare o en el caso de los contratos llave en mano.[99] Los daños y perjuicios causados a terceros serán de responsabilidad del contratista, cuando le fueren imputables.[100]

95 Artículo 181, último párrafo, rlce.

96 Véase la nota anterior.

97 Artículo 71, lce, y 185, primer párrafo, rlce.

98 Artículo 194, rlce.

99 Artículo 186, último párrafo, rlce.

100 Artículos 71, tercer párrafo, lce, y 186, rlce.

Será también responsabilidad del contratista la custodia y la vigilancia de las obras hasta su entrega definitiva. Para ello debe tener en cuenta su naturaleza y se ajustará, en todo, a lo estipulado en el contrato.[101]

No será responsabilidad del contratista durante la ejecución lo siguiente: fallas o desperfectos cuyas causas no le fueren imputables al contratista; fallas o desperfectos producidos por fuerza mayor o caso fortuito, debidamente calificados, y deficiencias o imprevisiones en el diseño o en la ejecución de la supervisión, salvo en los supuestos indicados oportunamente.[102]

E) Pago de las obras

El sistema de pago será el que se hubiere pactado, ya sea sobre la base de cantidades de obra y precios unitarios fijos, precio global o precio alzado, costo más honorarios fijos, u otras formas.[103]

El pago se hará de acuerdo con las cantidades de obra ejecutada, ajustándose a la modalidad convenida, y se sustentará en la documentación presentada correctamente por el contratista.

F) Revisión de precios

Los precios convenidos en el contrato son invariables. Sin embargo, en circunstancias especiales se reconoce que el contratista podrá solicitar el aumento de los precios cuando los convenidos en el contrato, en la parte que aún no ha sido ejecutada, sufrieren alteración en el mercado.

La revisión de precios consiste, entonces, en el ajuste de los precios estipulados en el contrato, por las alteraciones que los mismos sufran en el mercado. Pero esto no solamente juega a favor del contratista, sino también a favor de la administración. Por eso reconoce el ajuste por decrementos en los precios convenidos en el contrato.[104]

Todo factor que incida en el costo de la obra estará comprendido en el ajuste para el reconocimiento de mayores costos, entre los cuales tenemos la inflación, la devaluación monetaria y nuevas leyes.[105]

El ajuste se hará mensualmente;[106] es decir, se aplicarán las fórmulas de revisión de precios a las facturas o estimaciones por obra ejecutada que deberá presentar el contratista a la administración para fines de pago.[107] Se aplicará sobre la base de los precios iniciales, siempre que consten acreditadas tales variaciones, partiendo de la relación entre

101 Artículo 211, rlce.

102 Artículo 71, segundo párrafo, lce.

103 Artículo 73, segundo párrafo, lce.

104 Artículo 74, primer párrafo lce.

105 Artículo 74, primer párrafo, lce.

106 Artículo 74, primer párrafo, lce.

107 Artículo 197, primer párrafo, rlce.

los respectivos precios en la fecha en que se aplique la revisión y en la fecha de referencia prevista en el pliego de condiciones y en el contrato.[108]

Están excluidos del reconocimiento de incrementos los materiales adquiridos con el anticipo recibido por el contratista, los pagados con anticipación[109] y los incrementos que se produzcan dentro de la prórroga otorgada por causas imputables al contratista.[110]

G) Supervisión

La supervisión tendrá por objeto la verificación de la correcta ejecución del contrato[111] y corresponde a la administración ejercerla por medio de su propio personal o de consultores contratados.[112]

Cuando se contrataren consultores, serán seleccionados mediante el concurso respectivo.

En el ejercicio de la supervisión, el responsable de la misma estará obligado a oír al contratista antes de adoptar las decisiones o recomendaciones que correspondan.[113]

El supervisor será responsable ante la administración por sus acciones u omisiones, en caso de dolo o negligencia.[114]

H) Terminación y recepción

Terminada sustancialmente la obra, el órgano responsable de la contratación procederá a su recepción.

Se entiende por terminación sustancial la conclusión de la obra o la sección o etapa respectiva, de acuerdo con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales, de manera que, luego de las comprobaciones que procedan, pueda ser recibida definitivamente y puesta en servicio, atendiendo su finalidad.[115]

Previamente a su recepción, desde luego, deberá verificarse que la obra esté conforme con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales.[116]

La recepción puede hacerse por entregas parciales o a la terminación total de la obra. La recepción por entregas parciales[117] solamente procede cuando se hubiere pactado la ejecución y entrega por partes. La recepción de la obra terminada totalmente sólo pro-

108 Artículo 196, segundo párrafo, rlce.

109 Artículo 74, segundo párrafo, *in fine*, lce, y 198, segundo párrafo, rlce.

110 Artículo 198, primer párrafo, *in fine*, rlce.

111 Artículo 82, lce.

112 Artículo 215, rlce.

113 Artículo 218, segundo párrafo, rlce.

114 Artículo 219, rlce.

115 Artículo 208, segundo párrafo, en relación con el 210, rlce.

116 Artículo 80, lce.

117 Artículos 81, lce, y 210, rlce.

cederá cuando se hubiere constatado que la obra se ejecutó conforme con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales.

En todo caso, si se ha pactado la garantía de calidad, la recepción será definitiva hasta que venza el plazo de ésta.

5. CONTRATO DE SUMINISTRO[118]

A) Definición legal

Es "el contrato celebrado por la administración con una persona natural o jurídica que se obliga, a cambio de un precio, a entregar uno o más bienes muebles o a prestar un servicio de una sola vez o de manera continuada y periódica".[119]

Entre los contratos de suministro reconocidos tenemos los siguientes:[120]

1) Transporte de bienes.
2) Aseo o higienización de edificios u otras instalaciones públicas.
3) Vigilancia.
4) Seguros de bienes o de personas.
5) Adquisición a cualquier título de equipos o de sistemas de informática.
6) Los servicios de reproducción electrónica de datos o documentos.[121]
7) La reparación o el mantenimiento de equipos.
8) Los servicios de alimentación.
9) El arrendamiento de equipos.
10) Reparaciones menores de inmuebles u otras instalaciones públicas.
11) Los servicios de publicidad, edición e imprenta.
12) Cualquier otro servicio en el que no prevalezca el esfuerzo intelectual.

También serán considerados contratos de suministro las obras accesorias de instalación y montaje de los bienes, siempre que el valor de tales obras accesorias no tengan un precio mayor al de los bienes objeto de la instalación o montaje.[122]

B) No son considerados contratos de suministro

No serán considerados contratos de suministro el diseño de programas específicos de informática o de cualquier otro servicio en el que prevalezca el esfuerzo intelectual.[123]No

118 Artículos 83-93, lce, y 220-232, rlce.

119 Artículo 83, primer párrafo, lce.

120 Artículo 83, segundo párrafo, lce.

121 A partir de aquí se incluyen los demás supuestos previstos en el reglamento; artículo 7, letra k.

122 Artículo 85, lce.

123 Artículos 83, lce, y 220, rlce.

están comprendidos los discos compactos que contengan programas de informática que se pueden adquirir en el mercado.

C) Características

Por este contrato sólo podrán adquirirse bienes muebles. Éstos, según nuestra legislación, son las cosas "que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa.[124]Se excluyen, por lo tanto, los bienes inmuebles, que son "las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles".[125]

Otra característica es que la obligación de dar o hacer a cargo del contratista puede ejecutarse de una sola vez o de manera continuada y periódica.

D) Ejecución

El contratista está obligado a entregar los bienes o a prestar el servicio como se hubiere previsto en el contrato,[126]en el tiempo, el lugar y las condiciones convenidas, sujetándose a los requerimientos técnicos y administrativos pactados.[127]

Cuando la naturaleza del suministro lo requiera, el contrato debe garantizar la entrega oportuna de repuestos y piezas de recambio y el entrenamiento del personal que se hará cargo de la operación de la maquinaria o del equipo que constituya el objeto del contrato.[128]

En todo caso, el contratista estará obligado a acreditar que tiene derecho al uso de las patentes o que es titular de los derechos de autor, en relación con los bienes o servicios que se ha obligado a entregar.[129]

Mientras no se entreguen los bienes, el contratista es el responsable de los mismos. Por eso, cualquier pérdida, avería, daño o perjuicio ocasionado a los bienes mientras estén en poder del contratista, es decir, antes de su entrega, correrá bajo su exclusiva responsabilidad,[130] salvo en el caso en que la administración incurra en mora de recibirlos.

E) Mora

Podrá incurrir en mora tanto el contratista como la administración.

124 Artículo 601, Código Civil.

125 Artículo 602, Código Civil.

126 Artículo 86, lce.

127 Artículo 86, lce.

128 Artículo 92, primer párrafo, lce, y 232, rlce.

129 Artículo 92, segundo párrafo, lce.

130 Artículo 87, lce.

El contratista incurrirá en mora cuando incumpla los plazos o el sitio de la entrega. En este caso, se entenderá incurso en mora sin que se requiera de previa notificación de la administración.[131]

La administración incurrirá en mora cuando no reciba en la fecha convenida en el contrato los bienes o servicios que el contratista se obligó a entregar. Sin embargo, para que la administración sea considerada en mora, es preciso que el contratista formule la denuncia, indicando que no ha podido entregar los bienes o servicios en el plazo convenido, porque la administración no ha atendido sus solicitudes de recepción de los mismos, presentadas antes del vencimiento del plazo de entrega.[132]

Cuando se produjeren pérdidas, averías o perjuicios a los bienes mientras la administración se encuentre en mora de recibirlos, la responsabilidad será de ésta. El contratista, en este caso, tendrá derecho a reclamar indemnización, previa demostración de los hechos.[133]

F) Plazos

Cuando se hubiere fijado un plazo en el contrato, la recepción provisional se hará dentro de este plazo y en el lugar convenido.[134] Cuando se incurra en mora, según lo dicho, se aplicará la multa prevista en el contrato, sin perjuicio de la resolución del mismo, con ejecución de garantía, cuando procediere.

Cuando no se hubiere establecido plazo en el contrato para la recepción definitiva, se entenderá que deberá practicarse dentro de los 20 días hábiles siguientes a la recepción provisional, previa notificación al contratista.[135] Este plazo podrá prorrogarse una sola vez cuando las circunstancias del caso lo requieran.[136] Evidentemente, las circunstancias las calificará discrecionalmente la administración.

G) Inspección

Cuando se trate de bienes que deban ser producidos, el órgano encargado de la contratación podrá inspeccionar el proceso de fabricación de los mismos.

Para ese fin, podrá ordenar, mediante la contratación de empresas calificadas, o realizar, por medio del personal que designe, análisis, ensayos o pruebas de los materiales a emplear o de los productos terminados, establecer otros sistemas de control de calidad y tomar cuantas disposiciones estime convenientes para asegurar el estricto cumplimiento de lo convenido.[137]

131 Artículo 86, lce.

132 Artículo 87, lce.

133 Artículos 87, lce, y 228, rlce.

134 Artículo 226, rlce.

135 Artículo 226, segundo párrafo, rlce.

136 Artículo 226, segundo párrafo, rlce.

137 Artículos 89, lce, y 229, rlce.

H) Entrega

Los bienes deben ser entregados de conformidad con las condiciones del contrato, es decir, dentro de los plazos convenidos y con la calidad técnica especificada.[138]

Los gastos de transporte, seguros, servicios portuarios o aduaneros y de entrega de los bienes en el lugar convenido serán responsabilidad del contratista. Sin embargo, podrá eximírsele de esta responsabilidad si así se pacta en el contrato. Pero si en éste nada se dice sobre quién corre con los gastos, se entenderá que corresponden al contratista.[139]

La entrega, en todo caso, se considerará realizada cuando los bienes o servicios hayan sido materialmente recibidos por la administración. Se entenderán recibidos materialmente cuando se hubiere suscrito el acta correspondiente.[140]

El plazo de entrega de los suministros se contará a partir de la fecha de recepción de la carta de crédito por el beneficiario, o de la recepción de la correspondiente orden de compra cuando se establezca otra modalidad de pago.[141]

Para la recepción de los bienes se integrará una comisión especial, conformada por tres miembros designados por la administración.

I) Recepción

La recepción de los bienes es responsabilidad de la comisión especial, en presencia del representante del contratista.[142]

La recepción tendrá carácter provisional, levantándose el acta respectiva, y los recibos o constancias que se firmen quedarán sujetos a la recepción definitiva.[143]

Si de las inspecciones, pruebas y verificaciones que efectúe la administración dentro del plazo convenido resultare que los bienes no se encuentran en estado de ser recibidos por defectos o averías visibles, o cuando ocurran faltantes o cualquier otra circunstancia calificada, se hará constar en el acta.

En este caso, se girarán instrucciones precisas al contratista para que ejecute, según proceda, una de las siguientes acciones: subsanar los defectos o averías que se hubieren descubierto, o, en su caso, proceder a una nueva entrega de conformidad con lo pactado.

La recepción definitiva procederá cuando después de realizadas las inspecciones, pruebas y verificaciones, se comprobare que los bienes se encuentran en estado de ser recibidos, porque cumplen con los requerimientos de calidad, especificaciones y demás condiciones del contrato,[144] o se ha cumplido con lo ordenado en la recepción provisional.

138 Artículo 88, en relación con el 90, lce.

139 Artículo 88, lce.

140 Artículos 88, lce, y 223, primer párrafo, rlce.

141 Artículo 119, segundo párrafo, rlce.

142 Véase la nota anterior.

143 Véase la nota anterior.

144 Artículo 223, rlce.

Cuando se hubiere pactado la garantía de calidad, la recepción definitiva será hasta que ésta haya caducado.

Cuando el suministro consista en servicios, éstos se entenderán recibidos de acuerdo con lo convenido y las modalidades que le son propias.

J) Certificación de calidad de los productos[145]

Es responsabilidad del contratista que los bienes sean producidos en los plazos señalados y con la calidad técnica que responda a las especificaciones convenidas, pero la administración debe asegurarse de que la calidad sea la prevista en las especificaciones contenidas en el contrato. Por ello está autorizada para contratar empresas especializadas en la materia de que se trate o a profesionales calificados, atendiendo al proyecto o programa de que se trate, para que certifiquen la calidad de los productos.

K) Pago

El precio podrá pagarse de una sola vez o mediante erogaciones parciales, contra entrega parcial del suministro, según lo convenido en el contrato.[146] Los pagos se considerarán pagos a cuenta.[147]

Si se tratare de servicios que deban entregarse o prestarse en periodos de tiempo determinados, se establecerán las modalidades particulares de pago.[148]

Si se trata de bienes que deben ser importados, los precios se cotizarán en el lugar que indique el pliego de condiciones respectivo, con exclusión de los impuestos aduaneros de importación.[149] El pago de servicios portuarios o aduaneros será responsabilidad del contratista.

El contrato podrá disponer el pago mediante carta de crédito a favor del contratista o mediante cualquier otro método de pago utilizable en el comercio internacional.[150]

L) Plazo de garantía

Las garantías deben constituirse en forma legal, siempre que estén pactadas. Si no se hubiere previsto expresamente en el contrato, serán aplicables las reglas legales generales.[151]

Si durante el plazo de la garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos ocultos en la cosa vendida, el contratista estará obligado a su reposición o a su reparación, si

145 Artículo 90, lce.

146 Artículo 91, primer párrafo, lce.

147 Artículo 231, primer párrafo, rlce.

148 Artículo 231, primer párrafo, rlce.

149 Artículo 91, tercer párrafo, lce.

150 Artículo 231, último párrafo, rlce.

151 Artículo 93, primer párrafo, lce.

ello fuere suficiente, sin perjuicio de que la administración proceda, en su caso, a ejecutar la garantía de calidad o a reclamar las demás indemnizaciones que correspondan.[152]

Durante el plazo de garantía, el contratista tendrá derecho a ser oído y a hacer recomendaciones sobre la utilización de los bienes vendidos, incluyendo, en su caso, la supervisión de su aplicación.[153]

6. Contrato de consultoría[154]

A) Definición legal

El contrato de consultoría es aquel por el cual una persona, natural o jurídica, a cambio de un precio, se obliga a prestar servicios específicos a la administración en la medida y con los alcances que ésta determine, para efectuar estudios, diseños, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, preparación de términos de referencia y presupuesto, programación o supervisión técnica de obras, u otros de la misma naturaleza.[155]

La adquisición de programas de informática, está comprendida[156] dentro de este concepto.

B) Característica

La característica fundamental de este contrato es que la prestación a la que se obliga el contratista es, esencialmente, intelectual, ya que para su ejecución se requiere creatividad, originalidad y conocimientos profesionales o técnicos.

C) Importancia de este contrato

Estos contratos contienen los llamados términos de referencia, que consisten en la descripción detallada de los objetivos, las prestaciones que se deben ejecutar, la metodología, etcétera, de modo que si éstos están preparados con precisión y por quien posea el conocimiento técnico o profesional sobre el objeto del contrato, la confección del estudio o del diseño se desarrolla sin contratiempos importantes, la supervisión es más efectiva y, lo más importante, la calidad del estudio o diseño estará asegurada.

No se exagera cuando se afirma que el éxito en la ejecución física de un proyecto cualquiera se encuentra precisamente en la elaboración de los términos de referencia. En efecto, si la carretera, el edificio público, el puente, etcétera, es diseñado con las adecuadas especificaciones técnicas o profesionales, la supervisión sobre la construcción será fácil de ejecutar y, en consecuencia, la construcción de la obra será eficiente y de alta calidad, quedando con ello garantizada la satisfacción de la necesidad colectiva que

152 Artículo 93, segundo párrafo, lce, y 227, rlce.

153 Artículo 93, tercer párrafo, lce, y 227, rlce.

154 Artículos 94-98, lce, y rlce.

155 Artículo 94.

156 Artículo 83, lce, relacionado con el 220, rlce.

se perseguía atender. Por eso se puede afirmar, sin caer en la exageración, que en ellos se encuentra el éxito o el fracaso anticipado de los proyectos.[157]

D) Ejecución

El contratista ejecutará el contrato con sujeción a sus cláusulas, incluyendo los correspondientes términos de referencia y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación gire la administración al contratista.[158]

Será responsabilidad del contratista la calidad de los trabajos que desarrolle. En los contratos de diseño, supervisión o dirección técnica de obras también será responsable de los errores y las omisiones en que incurra,[159] incluyendo métodos inadecuados o cualquier otra actuación que pudiera causar consecuencias negativas para la administración o para terceros.[160]

Será el órgano responsable de la contratación el competente para determinar si la prestación ejecutada por el contratista se ajusta a los términos de referencia y demás prescripciones para su ejecución, requiriendo, en su caso, las correcciones que pudieran corresponder.[161]

E) Pago

Las prestaciones que debe ejecutar el contratista tienen un precio y éste se fijará[162] mediante cualquier modalidad que permita determinar su valor en forma justa.

Los sistemas de pago que menciona la lce son los siguientes: costo más honorarios fijos y precio alzado.

Costo más honorarios fijos es el procedimiento que se debe utilizar cuando determinados costos son susceptibles de cuantificarse en la negociación de la oferta económica; pero otros costos, en cambio, no pueden ser fijados con precisión porque la cantidad de trabajo a realizarse solamente la determinará el desarrollo de la ejecución del contrato, en atención a cuestiones técnicas o de conveniencia.

Precio alzado procede cuando las partes están en capacidad de determinar con exactitud y por anticipado la cantidad de trabajo a realizar, el plazo dentro del cual se ejecutarán todas las actividades y, en general, todo lo concerniente a la ejecución eficiente y eficaz del contrato, de modo que la posibilidad de una variación es prácticamente inexistente.

157 Recuerde lo que se apuntó en la primera parte de este trabajo.

158 Artículo 234, primer párrafo, rlce.

159 Artículo 79, lce.

160 Artículo 234, segundo párrafo, rlce.

161 Artículo 235, rlce.

162 Artículo 96, lce.

F) Revisión de precios

El reconocimiento de la revisión de precios en estos contratos queda limitado a aquellos cuyo objeto sea el diseño o la supervisión de obras públicas.[163]

Los ajustes de costos procederán cuando las variaciones de los precios se den en cualquiera de los siguientes casos: cuando la ejecución del contrato se prolongue por más de 12 meses y cuando, siendo menor de este plazo, se presenten tasas de inflación superiores a lo estimado en los documentos contractuales.[164]

G) Recepción

La recepción de los trabajos objeto del contrato de consultoría tiene el mismo tratamiento que el de los contratos anteriores.

7. Las garantías[165]

A) Tipos

Las garantías reconocidas son las siguientes: de mantenimiento de oferta, de cumplimiento, de calidad y de anticipo de fondos.

Se acreditarán mediante las fianzas y las garantías bancarias emitidas por instituciones debidamente autorizadas, cheques certificados, u otras análogas que establezca el reglamento de la lce.[166]

El reglamento agrega lo siguiente: "Los bonos del Estado representativos de obligaciones de la deuda pública, que fueren emitidos de conformidad con la Ley de Crédito Público". En este caso, la garantía debe inscribirse en el registro del Banco Central de Honduras, en el que figuren anotados dichos valores, quedando inmovilizados y afectos a las obligaciones garantizadas, con excepción de los rendimientos que generen.[167]

Otras garantías, de carácter eventual, están previstas también en la legislación. Entre éstas tenemos las siguientes: la garantía que debe constituirse para responder por materiales, instalaciones y demás medios que la administración facilite al contratista para la ejecución, que está prevista en el artículo 175 del reglamento, y las "garantías de funcionamiento", previstas para el suministro, según el artículo 239, numeral 3, del reglamento.

B) Instituciones garantes

Solamente podrán aceptarse garantías otorgadas por entidades garantes que reúnan los siguientes requisitos:[168] no encontrarse en mora con cualquier órgano u organismo de

163 Artículos 96, lce, y 236, rlce.

164 Artículo 236, rlce.

165 Artículos 99-109, lce, y 238-246, rlce.

166 Artículo 107, lce.

167 Artículo 243, rlce.

168 Artículo 241, rlce.

la administración, central o descentralizada, como consecuencia de la falta de pago de garantías ejecutadas; no hallarse en situación de suspensión de pagos o de liquidación forzosa; no estar suspendida la autorización para el ejercicio de su actividad, y obligarse en forma solidaria con el garantizado, con renuncia expresa del beneficio de excusión.

Todas las garantías reconocidas por la lce tienen carácter de título ejecutivo.

C) Garantía de mantenimiento de oferta

La garantía de mantenimiento de oferta se constituye antes de la vigencia del contrato, por lo que es precontractual, pero expira dentro de su vigencia.

Sólo procede en la licitación, porque en este procedimiento la oferta debe mantenerse invariable durante todo su desarrollo y hasta la suscripción del contrato.

Se constituye para asegurar el mantenimiento del precio y de las demás condiciones de la oferta.[169]

Esta garantía tiene otras funciones. Por un lado, asegurar que el contrato se suscriba, ya que expira hasta que se presente la garantía de cumplimiento;[170] por el otro, asegurar que la ejecución se inicie a tiempo, porque la orden de inicio se emite hasta que la garantía de mantenimiento de oferta es sustituida por la garantía de cumplimiento. Si no es sustituida por ésta, se declara resuelto el contrato y se ejecuta la garantía de mantenimiento de oferta.[171]

La garantía será equivalente, por lo menos, a 2% del valor de la oferta, y se presentará junto con ésta.[172]

E) Garantía de cumplimiento

En los contratos de obra pública y de suministro se constituye antes de la orden de inicio para asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones estipuladas en el contrato a cargo del contratista, cuyo plazo será el que se hubiere fijado en el pliego de condiciones.[173]

La garantía será equivalente a 15% del valor del contrato, pero cuando se pacten entregas periódicas o diferidas, que cubran periodos mayores de 12 meses, la garantía de cumplimiento se constituirá por 15% del valor estimado de los bienes o servicios a entregar durante el año. En este caso, la garantía deberá renovarse 30 días antes de cada vencimiento.[174]

169 Artículo 99, lce.

170 Artículos 99, lce, y 239, numeral 1, rlce.

171 Artículo 101, lce.

172 Artículo 99, lce.

173 Artículo 239, numeral 2, rlce.

174 Artículo 100, segundo párrafo, lce.

Se puede exigir que se constituya por el doble del monto previsto en la ley, cuando se presente una oferta anormalmente más baja en relación con las demás ofertas o con el presupuesto estimado.[175]

La vigencia de esta garantía durará hasta tres meses después del plazo previsto para la ejecución de la obra o la entrega del suministro[176] y será devuelta cuando se constituya la garantía de calidad, cuando proceda.

La modificación puede darse en la vigencia o en el valor de la garantía.[177]La modificación de la vigencia procede cuando se modifica el plazo de ejecución del contrato por un término mayor de dos meses, cuando se hubiere convenido. La modificación en el valor de la garantía procede en dos casos; a saber: cuando se modifica el plazo de ejecución y cuando se aumenta el valor del contrato.

Cuando se modifica el plazo de ejecución, será obligación del contratista ampliar la vigencia de la garantía de cumplimiento de manera que venza tres meses después del nuevo plazo establecido, pero el valor se calculará sobre el monto pendiente, siempre que lo anterior hubiere sido ejecutado satisfactoriamente,[178]acreditado mediante certificación expedida por la unidad ejecutora.[179]

Cuando se aumente el valor del contrato, por el incremento de las prestaciones del contratista, se modificará el valor de la garantía calculándolo sobre el estimado de costos de lo que esté pendiente de ejecución en el contrato objeto de la modificación.[180]

B) Garantía de cumplimiento en el contrato de consultoría

En estos contratos la garantía de cumplimiento se constituirá mediante retenciones equivalentes a 10% de cada pago parcial por concepto de honorarios.[181] Pero si el contrato de consultoría tiene por objeto el diseño o la supervisión de obras, también será exigible una garantía equivalente a 15% de honorarios con exclusión de costos.[182]

F) Garantía de calidad

Se constituye cuando se reciban definitivamente las obras o la entrega de suministros y realizada la liquidación del contrato.[183]

175 Artículo 51, segundo párrafo, lce.

176 Artículo 101, lce.

177 Artículo 240, rlce.

178 Artículo 102, lce.

179 Artículo 240, letra b, *in fine*, rlce.

180 Artículo 103, lce.

181 Artículo 106, lce.

182 Artículo 106, lce.

183 Artículo 104, lce.

Con ella se asegura, por parte del contratista, que la obra o el suministro recibido responde a las especificaciones técnicas y demás estipuladas en el contrato y, en consecuencia, se responsabiliza por cualquier vicio o defecto.[184]

No responde por cualquier vicio o defecto, porque sólo asegura los que no son aparentes, es decir, los que no pueden ser captados a simple vista: los ocultos. Los visibles pueden reclamarse para su rectificación o reparación, previamente a la recepción definitiva.

La calidad de los materiales podría ubicarse entre los ocultos, porque cualquier defecto o vicio que presenten, en general no está a la vista; igualmente, podría omitir algunas especificaciones técnicas, cuyas consecuencias negativas no son percibidas a simple vista y sus manifestaciones sólo pueden ser conocidas pasado algún tiempo.

La garantía de calidad sustituye a la garantía de cumplimiento.[185] Procede únicamente cuando se hubiere pactado, atendiendo a la naturaleza de la obra o de los bienes. No se incluye en los contratos de consultoría.

El monto de la garantía de calidad será equivalente a 5% del valor del contrato.

La vigencia de esta garantía inicia antes de la expiración de la garantía de cumplimiento y su duración será la que se determine en el contrato.[186]

G) Garantía de anticipo de fondos

Ésta es equivalente a 100% del monto del anticipo de fondos que se hubiere pactado.[187]

El anticipo de fondos se produce cuando el contratista todavía no ha ejecutado ninguna prestación para la ejecución de la obra; por eso la administración debe asegurarse de que será devuelto totalmente; es decir, exigir que la garantía sea de 100 por ciento.

Lo que asegura esta garantía es la correcta inversión del pago anticipado a cuenta de la ejecución del contrato.[188]

La vigencia de esta garantía durará hasta que se reintegre totalmente el anticipo.

184 Artículo 239, numeral 3, rlce.

185 Artículo 104, lce.

186 Artículo 104, lce.

187 Artículo 105, lce.

188 Artículo 239, numeral 4, rlce.

VIII. Expropiación

1. Principio constitucional[189] y legislación

La Constitución de la República establece que nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de necesidad o interés público calificados por la ley o por resolución fundada en la ley, y sin que medie previa indemnización justipreciada.

Sin embargo, en caso de guerra o conmoción interior, la indemnización podrá ser posterior, pero el pago correspondiente se hará en un plazo máximo de dos años, contados a partir de la fecha en que concluya el estado de emergencia.

Dos son las leyes que regulan la potestad expropiatoria por causa de necesidad o de interés público. La Ley de Reforma Agraria regula las expropiaciones para dotar a los campesinos de tierra para integrarse a la producción nacional. Analizaremos únicamente las dos primeras.

La Ley de Expropiación Forzosa es de 1914 y la Ley de Municipalidades es de 1991.

2. Titular de la potestad

Históricamente sólo dos instituciones son titulares de la potestad de expropiación; a saber: el Estado y las municipalidades.[190]

Posteriormente se reconoció esta potestad a otras instituciones, destacándose, entre ellas, el Instituto Nacional Agrario.

Cuando la expropiación sea de interés nacional o departamental, la competencia es del Poder Ejecutivo. Cuando la expropiación sea de interés local, la competente será la municipalidad.

3. Contenido de la potestad

El contenido de la potestad expropiatoria es la privación de la propiedad. La privación de la propiedad debe ser coactiva y decretada de conformidad con la ley. No obstante lo anterior, la Ley de Expropiación Forzosa también regula la "ocupación temporal".[191] Esta figura es admitida en casos de incendio, terremoto, inundación, epidemia u otro fenómeno análogo, y se entiende como la ocupación de la propiedad, con carácter temporal, por orden de autoridad competente, para todos los usos que se estimen convenientes. En este caso, no procede indemnización; sin embargo, tendrán derecho a ella los que sean perjudicados indebidamente por actos de los funcionarios públicos, de conformidad con las leyes.

Habrá que enmarcar estos hechos dentro de la figura jurídica del estado de emergencia.

189 Artículo 106, lce.

190 La Ley de Expropiación Forzosa está vigente desde 1914.

191 Artículo 16.

4. Regla general para las municipalidades[192]

Cuando existan motivos de utilidad pública e interés social para llevar a cabo un proyecto de infraestructura en una propiedad privada, la municipalidad está obligada a utilizar la expropiación como medio de adquisición de la propiedad privada sobre la que se ejecutará el proyecto.

Cuando existan estos motivos, y siempre que sean de las obras expresamente señaladas en las leyes, sólo excepcionalmente se admite que la municipalidad pueda adquirir un bien inmueble de propiedad privada mediante contratación. En este caso, debe adquirirlo por su valor catastral, si no existen otros medios disponibles, pero debe dejar evidencia de estas circunstancias.

5. Requisitos

Son requisitos para proceder a la expropiación, los siguientes:[193]

1) Declaración de utilidad pública e interés social de la obra o proyecto.
2) Declaración de que su ejecución exige indispensablemente el todo o parte del inmueble que se pretende expropiar.
3) Justiprecio de lo que se haya de enajenar o ceder.
4) Pago efectivo del precio que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajena o cede.

6. Motivos de la expropiación[194]

Los motivos de la expropiación, como se adelantó, son la utilidad pública y el interés social.

La Constitución reconoce como motivos o causas la "necesidad o el interés público". La Ley de Expropiación Forzosa reconoce la "utilidad pública y la necesidad pública". La Ley de Municipalidades (lm), por su parte, reconoce la "utilidad pública y el interés social".

Estas regulaciones reflejan la evolución de nuestro derecho. Por un lado, la Ley de Expropiación Forzosa de 1914 reconocía los motivos aceptados en la época; nuestra Constitución, de 1982, sustituye la "necesidad pública" por el "interés público", y, finalmente, nuestra lm, de 1991, sustituye el "interés público", por el "interés social".

La Ley de Expropiación Forzosa identifica la "utilidad y la necesidad pública" en las "obras de utilidad y necesidad pública" y proporciona la siguiente definición:[195]serán obras de utilidad y necesidad pública las que tengan por objeto principal y directo proporcionar al Estado, a uno o más departamentos, o a uno o más municipios, cualesquiera usos o mejoras que cedan al bien general. Entre estas obras menciona las siguientes: la erección de nuevos pueblos, plazas o calles; la construcción de vías de comunicación,

192 Artículo 117, párrafos primero y segundo, lm.

193 Artículo 3, Ley de Expropiación Forzosa.

194 Artículos 117, primer párrafo, lm, y 2, Ley de Expropiación Forzosa.

195 Artículo 2.

de edificios para la beneficencia o para la instrucción; la construcción de fuertes, murallas y demás medios de defensa.

Nuestra Constitución no precisa a qué se refiere el interés público. De modo que habrá que considerar el concepto tradicional.

Incluir el "interés social" en sustitución de la "necesidad pública" y del "interés público", al lado de la "utilidad pública", seguramente está motivado en el sistema instituido para nuestro proceso de reforma agraria.

Originalmente, el significado atribuido a la "utilidad y necesidad pública" por la Ley de Expropiación Forzosa fue suficiente para sustentar legítimamente la privación del derecho de propiedad, de un particular, sobre un bien inmueble. La "utilidad y necesidad pública" siempre fueron vinculadas al "interés público", cuya característica fundamental es su preeminencia sobre el interés privado. Sus alcances, entonces, quedan restringidos a la satisfacción del "interés público". En este contexto, la administración pública como titular del interés público se impone sobre el particular, titular del interés privado. De modo que era suficiente que el bien inmueble proporcionara una utilidad directa a la administración pública para la ejecución de un proyecto, para que el derecho subjetivo de propiedad de un particular sobre un bien inmueble cediera ante el derecho preeminente del Estado o del municipio. Por ello, "utilidad y necesidad pública" vienen a ser lo mismo que "obras de utilidad y necesidad pública".

De lo expuesto arriba se deduce que lo dispuesto en la Constitución no constituye realmente un avance, puesto que puede interpretarse que dice lo mismo que la Ley de Expropiación Forzosa.

Con el proceso de reforma agraria muchos conceptos sufrieron transformaciones, incluso radicales. La propiedad dejó de ser objeto de un derecho absoluto para convertirse en un objeto cuyo atributo de "función social" relativiza ese derecho subjetivo. La expropiación, entonces, ya no encontraba su justificación únicamente en la satisfacción del interés público, considerado en abstracto, sino en el beneficio efectivo que puedan recibir sectores determinados de la población, caracterizados por su precaria situación económica. En la "utilidad y necesidad pública", por consiguiente, la satisfacción del "interés público", como interés general, es el beneficio para la administración pública, que se concreta en la utilidad proporcionada para la ejecución de proyectos administrativos; en cambio, con la satisfacción del "interés social" se pretende conformar un orden social más justo; es decir que la beneficiada directa es la sociedad o un sector de ésta, y no necesariamente la administración pública.

La categoría "utilidad pública", entonces, queda reservada para la expropiación cuando el beneficiario directo es la administración pública; la categoría "interés social", en cambio, es aplicable cuando el beneficiario directo es la sociedad o un sector de ésta. Sin embargo, podría argumentarse que esta diferencia queda superada en el terreno práctico, porque, además de que ambas son causas o motivos de expropiación, la causa o motivo de "utilidad pública" está indisolublemente ligada al destino del bien expropiado, e incluso a sus efectos, y éstos son directamente útiles para la administración, pero indirectamente también lo son para la sociedad. Es decir que en la utilidad final ambas categorías quedan reducidas a una sola. Lo mismo podría predicarse del "interés social"; esto es, que aunque directamente beneficia a la sociedad o a un sector de ésta, también le es útil a la administración, puesto que le permite actualizar su condición de conformadora del orden social. Sin embargo, queda lo más importante: en la causa o motivo

de "interés social" se persigue la conformación de un orden social más justo, cuestión que no está planteada en la causa de "utilidad pública".

7. DESTINO DEL BIEN EXPROPIADO[196]

La causa de la expropiación determina su destino. Por ello, como veremos más adelante, se exige como requisito que se acredite que sin el inmueble o parte suya es imposible llevar a cabo la obra cuya "utilidad pública e interés social" ha sido declarada.

El destino del bien expropiado lo ofrece la legislación. La Ley de Expropiación Forzosa lo liga a los usos o las mejoras que pueda proporcionar a obras, como erección de nuevos pueblos, plazas o calles; construcción de vías de comunicación y de edificios para la beneficencia o para la instrucción, y construcción de fuertes, murallas y demás medios de defensa.

La lm y su reglamento reconocen como destino del bien expropiado las obras de seguridad, ornato, embellecimiento de barrios, apertura o ampliación de calles, carreteras, edificaciones para mercados, rastros públicos, plazas, parques, jardines públicos, áreas de recreo y deportes, construcción de terminales de transporte urbano e interurbano, centros educativos, clínicas y hospitales, represas, sistemas de agua potable y su tratamiento, así como de desechos sólidos, zonas de oxigenación, áreas para la urbanización de protección a la biodiversidad, áreas verdes, cuencas y sus afluentes, y otras obras públicas de necesidad comunitaria o municipal calificadas por la corporación municipal.

Entre éstos existen destinos vinculados estrechamente con la "utilidad pública", como calles, plazas, fuertes, murallas, etcétera; en cambio, otros tienen un carácter prevalentemente social, como zonas de oxigenación, áreas de urbanización de protección a la biodiversidad, cuencas y sus afluentes, etcétera.

El bien expropiado, entonces, sufre una transformación que puede ser jurídica o material. Será jurídica cuando se agota en la sustitución de un propietario por otro; será material cuando sirva para una obra pública. En todo caso, su destino debe estar previamente comprometido con la efectividad de los programas o proyectos estatales o municipales o de la acción conformadora de un orden social más justo. Se debe enmarcar, entonces, dentro de una planificación o programación cuya realización depende del bien o de los bienes a expropiar.

Si el bien expropiado no es destinado al fin por el cual se declara la "utilidad pública y el interés social", la expropiación se torna inválida por razón de la causa.

8. INDEMNIZACIÓN

La indemnización es, justamente, lo que diferencia a la expropiación de la confiscación. En ésta, la privación de la propiedad se efectúa sin que proceda la indemnización.

La indemnización resulta de las operaciones periciales practicadas sobre el inmueble expropiado, con el objeto de establecer su justiprecio.

196 Artículo 117, párrafo primero.

Tal indemnización es el resarcimiento reconocido a los dueños de los bienes expropiados, que comprende el valor de éstos y los daños y perjuicios irrogados por la privación coactiva de la propiedad.[197]

Por el valor de los bienes se entiende únicamente el objetivo. Esto es, el referido a las cualidades intrínsecas del bien expropiado y a las circunstancias de lugar y tiempo. En las primeras se considera su valor actual y potencial. Estas últimas son las que se refieren a su valor en el mercado y al momento en que se efectúa la privación coactiva de la propiedad. No podrá alegarse, por tanto, que el valor del bien cambió posteriormente, por el impulso de la oferta y la demanda.

Por daños y perjuicios debe entenderse lo que el Código Civil entiende por tales. Por daño, el valor de la cosa; por perjuicio, el de la ganancia que haya dejado de obtener el dueño del bien. Sin embargo, los daños y perjuicios quedan limitados a lo que debe el deudor de buena fe, es decir, únicamente los previstos o que se hayan podido prever. Por ejemplo, si se trata de una casa de habitación, la mudanza que implica para la familia a otra residencia o lugar; si se tratare de un predio, sobre el cual se pretendía construir un edificio o desarrollar un proyecto urbanístico o turístico, y su dueño hubiere contratado arquitectos, ingenieros y otros profesionales para elaborar la documentación relativa a la ejecución del proyecto, los honorarios de éstos. Pero si la expropiación fracciona un predio sobre el cual se desarrolla actualmente un proyecto urbanístico o turístico, los daños y perjuicios no deben limitarse al valor actual, sino que deben comprender también el valor potencial, es decir, el que resulta de las cualidades para su explotación real; en el ejemplo, el proyecto se está ejecutando con los permisos legales otorgados por la autoridad que está expropiando, de manera que no se trata de una fantasía, porque existe la posibilidad real, razonable y factible de que el valor del bien aumente significativamente.

Para la justa apreciación de los daños y perjuicios se debe excluir, entonces, el mayor valor que pudiera obtener el bien expropiado a consecuencia de las obras a que estuviere destinada la expropiación,[198] los valores afectivos y otros factores similares.

Cuando se trate de predios del Estado, del municipio o sobre aquellos en que los particulares únicamente tengan dominio útil, la indemnización quedará limitada al valor de las mejoras.[199]

En todo caso, la indemnización debe ser previa a la perfección de la expropiación, y de una sola vez, es decir, completa o única. Salvo la excepción previamente indicada.

9. Procedimiento[200]

El proceso expropiatorio tiene dos momentos. Uno administrativo y otro judicial.

197 Artículo 1084, Código de Procedimientos.

198 Artículo 1084, Código de Procedimientos.

199 Artículo 117, tercer párrafo, *in fine*, lm.

200 Artículos 8 y 9 de la Ley de Expropiación Forzosa; 1082 hasta 1091 del Código de Procedimientos, y 207 a 209 del reglamento.

El administrativo es el que debe sustanciarse para la declaración de que la ejecución de la obra pública o el proyecto, declarado de utilidad pública e interés social, exige indispensablemente el todo o parte del inmueble que se pretende expropiar.

La expropiación es declarada por el Poder Ejecutivo o por la municipalidad respectiva. Ésta previamente debe declarar la "utilidad pública e interés social" emitiendo el acuerdo respectivo. Formulada esta declaración, la municipalidad debe emplazar al propietario del inmueble o a su representante para que en el término de 10 días hábiles presente la documentación y la información siguiente: identificación del propietario; escritura pública de dominio; gravámenes que pesan sobre el predio; valor catastral y/o valor declarado; monto del impuesto sobre bienes inmuebles pagado en los últimos tres años.

La declaratoria de expropiación debe estar precedida por un procedimiento administrativo sumario, caracterizado por la audiencia al interesado. La excepción contemplada en el artículo 9 de la Ley de Expropiación Forzosa[201] actualmente es inaplicable, porque la Constitución de la República exige que en los casos de "apremio y otras medidas de igual naturaleza en materia civil […] siempre deberá ser oído el afectado".[202]

Declarada la utilidad pública y el interés social de la obra o proyecto, debe seguirse el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos, en su título xiv, llamado "De la expropiación por causa de utilidad pública".

La fase jurisdiccional del procedimiento expropiatorio consiste fundamentalmente en que el juez, que será aquel en cuya jurisdicción se encuentre el bien o los bienes que han de expropiarse, declare el valor de los bienes y perjuicios, previa citación de las partes para el nombramiento de tres peritos, por éstas o, en su defecto, por el juez, cuya función será hacer un avalúo circunstanciado de los bienes por expropiar y de los daños y perjuicios que con la expropiación se causaren al propietario.

Si no hubiere conformidad en los tres dictámenes, se tendrá como justiprecio de los bienes el tercio de la suma de las tres operaciones periciales, salvo que entre ellas hubiere notable diferencia, en cuyo caso el tribunal modificará prudencialmente ese valor.

La declaración del tribunal se publicará por medio de avisos que se insertarán por lo menos cinco veces en un periódico local, si lo hubiere, o en el diario oficial La Gaceta, en caso contrario, y por medio de carteles fijados durante 15 días en la puerta del tribunal. Vencido este plazo, y no habiendo oposición de terceros, el tribunal ordenará que el precio de la expropiación se entregue al propietario, o si estuviere él ausente del departamento o se negare a recibir, que se consigne dicho valor en un establecimiento de crédito o en persona de responsabilidad, salvo que hubiere juicios pendientes sobre el

201 En este artículo se dispone lo siguiente: "Se exceptúan de la formalidad de la declaración expresada en el artículo anterior, las obras de la administración comprendidas concretamente en los planes generales, departamentales y municipales que se designen en la Ley General de Obras Públicas; toda obra, cualquiera que sea su clase, cuya ejecución estuviese autorizada por las leyes de caminos, carreteras, ferrocarriles, aguas, canales y puertos, dictadas o que se dicten en los sucesivo, o por leyes o concesiones especiales para las mismas obras. Igualmente, las obras de policía urbana sanitaria, y las de ensanche y reforma interior de las poblaciones, en cumplimiento de acuerdos u ordenanzas municipales, aprobadas por el Consejo Departamental".

202 Artículo 94, segundo párrafo.

bien expropiado, en cuyo caso se consignará a la orden del tribunal, para que sobre él se hagan valer los derechos de los litigantes.

Verificado el pago o la consignación, se ordenará el otorgamiento dentro del segundo día de la respectiva escritura, la cual será firmada por el juez a nombre del vendedor, si éste se negare a hacerlo o estuviere ausente del departamento.

No será obstáculo para la expropiación ninguna de las siguientes circunstancias:

1) Las traslaciones de dominio, cualquiera que sea el título que las produzca. En este caso, el nuevo dueño se considerará subrogado en las obligaciones y los derechos del anterior.
2) Las acciones de terceros sobre el bien por expropiarse, derivadas de hipotecas u otros gravámenes. En este supuesto, los derechos de los reclamantes se considerarán transferidos de la cosa a su precio o indemnización. Por ello, en este caso la ley prevé que el precio se consignará a la orden del tribunal, para que sobre él se hagan valer los derechos de los litigantes.
3) Haber sido vencido el actual poseedor de los bienes expropiados en el juicio de propiedad. En este supuesto, la enajenación judicial se considerará firme y el que fuere declarado dueño podrá ejercer los derechos a que se refiere el número anterior.

10. Perfección[203]

La expropiación se considerará perfeccionada hasta que la indemnización haya sido entregada al dueño o a los dueños del bien expropiado, o, en su caso, se hubiere consignado la misma en los términos indicados en la ley.

Se declarará transferida la propiedad hasta que se haga la entrega o verificada la consignación. Con esto se cumple el mandato constitucional que dispone que la indemnización debe ser previa.

Sin embargo, la misma Constitución permite que la expropiación declarada por la municipalidad se perfeccione antes de hacer efectiva la indemnización. Éste es el caso de guerra o conmoción interior. El pago, empero, se hará en un plazo máximo de dos años, contados a partir de concluido el estado de emergencia.[204]

11. Recuperación del bien expropiado[205]

Si la cosa expropiada no se destinase, por cualquier causa o circunstancia, en el término de un año, al objeto que motivó la expropiación, el dueño anterior puede recobrarla legalmente en el estado en que se enajenó, consignando la indemnización que recibió por ella.

La ley, entonces, no admite excepciones. No importa que la causa o circunstancia sea el caso fortuito o la fuerza mayor. El bien puede ser recobrado por el dueño anterior, si al término de un año no se le ha dado el destino por el que se expropió.

203 Artículo 12, Ley de Expropiación Forzosa.

204 Artículo 106, segundo párrafo.

205 Artículo 13, Ley de Expropiación Forzosa.

IX. La responsabilidad del Estado

1. LA RESPONSABILIDAD

A) Introducción

La responsabilidad contractual del Estado está regulada por las reglas generales contenidas en el Código Civil, en el Código de Comercio, en la Ley de Contratación del Estado y en las demás leyes aplicables.

La responsabilidad extracontractual, en cambio, está regulada en la Constitución de la República, en el Código Civil y en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

B) Responsabilidad en el Código Civil

Las reglas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil regularon el tema para todas las personas, naturales o jurídicas, hasta la aprobación de la actual Constitución de la República, en la que se incluyeron disposiciones para normar la materia en relación con el Estado.

En la regulación sobre la responsabilidad por hechos de tercero, cuando interviene culpa o negligencia, aquel texto normativo dispone lo siguiente:[206] "El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior".

Con esta referencia al artículo anterior, alude a la responsabilidad por hechos propios:[207] "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

Cuando se elaboró el Código Civil hondureño, sus redactores decidieron tomar estos artículos del Código Civil español, y fueron aplicados siguiendo la interpretación negativa que el Tribunal Supremo español fijó en su oportunidad.

Se entendió por nuestros tribunales y por nuestros juristas que el Estado no es responsable por los daños inferidos en la esfera jurídica de los particulares como consecuencia de la gestión de los servidores públicos, porque no cabe suponer en el Estado culpa ni aun negligencia en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible para que cada servicio responda al bien general.

Nunca se planteó el caso del "agente especial" que en España, posteriormente, permitió aceptar la responsabilidad del Estado cuando el daño fuera resultado de la actuación de un "agente especial", porque en éste cabe imputarle una culpa in eligendo. De modo que no se puede concluir cuál hubiese sido la posición de los tribunales.

206 Artículo 2237, quinto párrafo, Código Civil.

207 Artículo 2236, Código Civil.

Mucho influyó en la actitud de los tribunales el hecho de que hasta hace muy poco era opinión común, incluso en la universidad, que la gestión estatal, casi en su totalidad, estaba fuera del alcance de los tribunales. No se concebía que se pudiese demandar al Estado ante los tribunales, lo que fue evidente cuando entró en vigencia la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aprobada en contra de la opinión de muchos reconocidos juristas hondureños y cuestionada en su aplicación, al extremo de que hubo, en sus primeros años de vigencia, más de un intento de derogarla por considerarla un atentado contra el Estado. Lo que se repitió con la vigente Ley de Justicia Constitucional, cuya aplicación generó, recién aprobada, un conflicto entre los poderes Judicial y Legislativo en el que el Congreso Nacional amenazó con la destitución a todos los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

C) La responsabilidad en la Constitución vigente

a) Introducción

En la Constitución se reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado, solidaria y directa, en el capítulo xiii titulado "De la responsabilidad del Estado y de sus servidores".

b) Responsabilidad solidaria

En el supuesto de que se haya contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, el Código Civil manda lo siguiente:[208] "Por virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o insolidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".

La Constitución reconoce la responsabilidad solidaria cuando dispone lo siguiente:[209] "Si el servidor público, en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares, será civil y solidariamente responsable junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre, sin perjuicio de la acción de repetición que éstos pueden ejercitar contra el servidor responsable, en los casos de culpa o dolo".

El particular que resulte perjudicado por la actuación, dolosa o culpable, de un servidor público, en el ejercicio de su cargo y en infracción de la ley, puede demandarlo de manera directa en los tribunales respectivos. Esta situación es la que siempre ha existido en el país, según lo descrito antes.

Lo novedoso es que puede demandar al Estado de manera directa porque lo hace solidariamente responsable por los actos de los servidores públicos. Siempre que el daño sea resultado de una infracción a la ley, el particular puede demandar directamente al Estado. Y no sólo al Estado. También puede demandar a cualquier institución estatal a cuyo servicio se encuentre el servidor público responsable del daño.

El Estado, las instituciones autónomas y las municipalidades son, pues, solidariamente responsables por los daños que produzcan los servidores públicos cuando infrinjan la ley en el ejercicio de sus cargos.

208 Artículo 1400, segundo párrafo, Código Civil.

209 Artículo 324 constitucional.

Lo dispuesto en la Constitución, sin embargo, no fue posible hacerlo efectivo hasta que funcionaron los tribunales de lo contenciosoadministrativo. Antes era imposible porque la jurisdicción civil estaba sumisamente sometida al criterio que se deja anotado en la letra B de este acápite.

Desde las primeras sentencias, los tribunales contencioso-administrativos ratificaron lo dispuesto en la Constitución en todos los casos que ha conocido sobre esta materia.

c) Responsabilidad objetiva

La evolución de la teoría de la responsabilidad permite que en la actualidad coexista la concepción subjetiva de la responsabilidad con la concepción objetiva de la misma. Al lado de la responsabilidad por culpa de un sujeto determinado, se acepta la responsabilidad por el daño causado por un comportamiento lícito; es decir, por un comportamiento que no está en contra de leyes, reglamentos, etcétera, sino conforme a ellos.

Los servicios públicos que son responsabilidad del Estado deben prestarse con apego a las reglas estrictas de una buena y diligente gestión. La interrupción de los mismos, cuando no provenga de un estado de emergencia, debe imputarse directamente al Estado, no necesariamente a sus servidores. Una falla técnica, producida por el desperfecto de la pieza de una maquinaria, puede ocurrir, a pesar del diligente mantenimiento de los encargados del mismo, y esa falla convertirse en la causa de la interrupción del servicio de la energía eléctrica o de cualquier otro de los que presta el Estado, las instituciones autónomas o las municipalidades.

Cualquiera que sea el criterio aplicable para justificar la responsabilidad objetiva del Estado, el riesgo o cualquier otro, habrá que admitir que la ocurrencia de los hechos impone la necesidad de que la justicia decida sobre las cuestiones que inevitablemente se plantean en relación con este tema.

Esto es lo que ha sucedido en Honduras.

La Constitución vigente se pronunció en el sentido de reconocer que junto a la responsabilidad solidaria existe lo que denomina responsabilidad civil, que a juicio de los tribunales contencioso-administrativos, desde su creación, es una aceptación clara de que el constituyente separó la concepción subjetiva de la responsabilidad de la concepción objetiva de la responsabilidad, dejando librada a una ley su regulación. Literalmente dice así: "La ley regulará la responsabilidad civil del Estado, así como la responsabilidad civil solidaria, penal y administrativa de los servidores del Estado".[210]

La jurisdicción de lo contencioso-administrativo, efectivamente, desde su creación ha venido sentando el criterio de que el Estado hondureño es responsable por el funcionamiento de los servicios, de modo que cualquier daño que resulte por el mal funcionamiento de los mismos, es imputable al Estado por el hecho de ocurrir el mal funcionamiento y ser él responsable de la prestación. Todos los casos se resuelven fundamentándose en este criterio.

e) Acción de repetición

210 Artículo 327 constitucional.

La responsabilidad solidaria del Estado por los actos o hechos de sus servidores públicos plantea la cuestión de la obligación de repetir contra éste cuando se demande al Estado y resulte condenado.

La disposición transcrita en la letra anterior, en su parte final dice lo siguiente: "Sin perjuicio de la acción de repetición que éstos pueden ejercitar contra el servidor responsable, en los casos de culpa o dolo".

En caso de resultar condenado el Estado, la institución autónoma o la municipalidad, en la que preste sus servicios el servidor público responsable directo del daño, tiene la obligación de recuperar lo pagado del servidor o los servidores públicos responsables. No se trata, pues, de una facultad potestativa, sino de un deber ineludible del Estado o de la institución de que se trate. Corresponde a los órganos legalmente competentes accionar para recuperar lo pagado en virtud de la condena judicial.

Son muchos los casos en que se ha condenado al Estado, a las instituciones autónomas y a las municipalidades por los daños inferidos a particulares por los servidores públicos a su servicio. Sin embargo, ninguna acción se ha intentado en estos casos. Nada de lo pagado se ha recuperado, a pesar de que algunos fallos de los tribunales contencioso-administrativos contienen alusiones a esa obligación cuando condenan al Estado o a sus entidades.

La obligación de repetir aplica únicamente para los casos de culpa o dolo en el que el Estado es solidario con sus servidores. No es el caso de la responsabilidad objetiva, porque en éste no es posible identificar a un servidor público responsable directamente del daño, ya que la culpa, la negligencia o el dolo no son requisitos para el reconocimiento de la responsabilidad. Lo pagado en los casos de responsabilidad objetiva no es recuperable.

f) Jurisdicción

La jurisdicción competente para juzgar la responsabilidad extracontractual del Estado, de las instituciones autónomas y de las municipalidades, es la contencioso-administrativa.

Entre las cuestiones que la ljc expresamente incluye dentro de la competencia de los tribunales de esta jurisdicción están las que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, como oportunamente se señaló en este trabajo. No será competente, en cambio, cuando la demanda se dirija directamente contra el servidor público causante del daño o cuando en contra de éste se ejerza la acción de repetición por el Estado, la institución autónoma o la municipalidad.

2. La responsabilidad de los servidores públicos

Sobre este tema la Constitución de la República dispone lo siguiente:

1) Los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley. Todo acto que ejecutaren fuera de la ley es nulo e implica responsabilidad.[211]
2) Los funcionarios son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella. Ningún funcionario o em-

211 Artículo 321.

pleado, civil o militar, está obligado a cumplir órdenes ilegales o que impliquen la comisión de un delito.[212]

3) Si el servidor público, en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares, será civil y solidariamente responsable junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre.[213]

4) El capítulo ii, título iii, contiene una serie de derechos o garantías individuales que se colocan como límites al ejercicio del poder público y por ello el Estado no puede, ni aun mediante una ley, disminuirlos, restringirlos ni tergiversarlos.

Los servidores públicos, entonces, sólo podrán emitir y ejecutar aquellos actos que las leyes les permitan y, a su vez, no "aplicarán leyes y disposiciones gubernativas, o de cualquier orden, que regulen el ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan". Si emitieren o ejecutaren actos que violen la Constitución o las leyes, serán responsables civilmente frente a los particulares afectados y frente al mismo Estado.

3. La responsabilidad civil, penal y administrativa de los servidores públicos

La responsabilidad civil del servidor público está sometida al régimen especial que se analiza en el apartado anterior. En todo caso, la Constitución dispone que las acciones para deducir la responsabilidad civil a los servidores públicos prescribe en 10 años, contados a partir de la fecha en que el servidor haya sido cesado en el cargo en el que incurrió en responsabilidad.[214]

La responsabilidad penal, que surge por acciones u omisiones tipificadas como delitos o faltas, está regulada en el Código Penal. Como servidor público una persona incurre en ilícitos propios de su investidura, distintos de los que comete como ciudadano común. Entre estos delitos se encuentran los siguientes: los cometidos contra el ejercicio de los derechos individuales, sancionados en la Constitución; prevaricación; infidelidad en la custodia de documentos; violación de secretos; desobediencia y denegación de auxilio; anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas; usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales; abuso contra la honestidad; cohecho; malversación de caudales públicos, y fraudes y exacciones ilegales. El plazo para perseguir judicialmente la responsabilidad penal prescribe en el doble del tiempo señalado por la ley penal, según la Constitución, contado a partir del cese de las funciones en el cargo en el cual el servidor público incurrió en la responsabilidad, salvo en el caso de que por acción u omisión dolosa y por motivos políticos se causare la muerte de una persona.[215]

La responsabilidad disciplinaria es la que se da en quien se encuentra sujeto a una relación de supremacía especial, por la inobservancia de los deberes impuestos legal y administrativamente. En esa supremacía especial encuentra su fundamento la potestad disciplinaria por la cual se sanciona a quien, sujeto a esa relación, infringe sus deberes y sus obligaciones.

212 Artículo 323.

213 Artículo 324.

214 Artículo 325.

215 Artículo 325.

La infracción administrativa se denomina falta, que puede ser: grave, menos grave y leve. Las sanciones se aplican según la falta cometida. La amonestación privada, verbal o escrita, se aplica a las faltas leves; la suspensión sin goce de sueldo hasta por ocho días se aplica a las faltas menos graves, y el descenso y el despido, a las faltas graves.

Por medio del procedimiento disciplinario se ejerce la potestad disciplinaria, de modo que ninguna sanción puede imponerse sin seguir este procedimiento. Su trámite es el siguiente: se notificará por escrito al supuesto infractor los hechos que se le imputan, la sanción a aplicarse de no ser éstos desvirtuados, y el lugar, el día y la hora de la audiencia de descargo; ésta se celebra en el lugar donde presta sus servicios el supuesto infractor y ante el jefe de la dependencia o ante quien éste delegue, con la presencia del infractor y de dos testigos, uno nominado por la dependencia y otro por el imputado.Todo lo actuado se hará constar en acta; la no comparecencia del imputado se tendrá como aceptación de los cargos, salvo justa causa; si de lo aportado por el imputado resulta evidente su inocencia, se archivará el expediente; si no se hubieren desvirtuado los cargos, se procederá a tramitar la sanción.

El Régimen del Servicio Civil es el reconocido por la Constitución para la carrera administrativa, en el Poder Ejecutivo, en las instituciones autónomas y en las municipalidades. Sin embargo, la misma Constitución dispone, contradictoriamente, que los trabajadores de las instituciones autónomas están regulados por "el régimen jurídico aplicable a los trabajadores en general", es decir, por el Código del Trabajo.

Reconoce, además, el Estatuto del Docente como régimen normativo de la carrera docente. El legislador, por su parte, ha creado otros regímenes especiales, contrariando lo dispuesto en la Constitución. Éste es el caso del Estatuto del Empleado Médico y para los miembros de otros gremios cuando la relación de servicio se configure con el Estado, las instituciones autónomas o las municipalidades.

X. El régimen de personal

1. Carrera administrativa

"Carrera" es el sistema que permite la selección, permanencia y continuidad de personas capaces y debidamente calificadas para el desempeño de las funciones públicas; dicho sistema está organizado en cuerpos o cuadros atendiendo a la jerarquía administrativa y a la similitud de las funciones, de modo que cada miembro del personal pueda recorrer los diferentes niveles durante la vigencia de la relación de servicio.

Quien ingresa a una carrera asume el servicio a título profesional; es decir, hace de la relación de servicio un medio normal y permanente de vida, fuente primordial de la satisfacción de sus necesidades. Por esta razón, recibe el nombre de "servidor de carrera" o "servidor profesional".

2. Las carreras reconocidas en nuestra legislación

Los regímenes creados en nuestra Constitución para regular la relación de servicio tienen por objeto el establecimiento de un sistema racional de administración de personal, sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, para ofrecer estabilidad a los servidores profesionales.

Por lo anterior, cada uno de esos regímenes crea y regula una carrera específica; a saber: el Régimen del Servicio Civil, la "carrera administrativa"; el Estatuto del Docente Hondureño, la "carrera docente"; la Ley de la Carrera Judicial, la "carrera judicial"; la ley respectiva, la "carrera militar".

3. LOS REGÍMENES

Los regímenes reconocidos por nuestra legislación son, por tanto, los siguientes: régimen de la carrera docente, régimen de la carrera judicial, régimen del servicio civil y régimen de la carrera militar.

De nuestro estudio excluiremos las carreras judicial y militar, por no pertenecer al ámbito de estudio del derecho administrativo.

4. EL RÉGIMEN DE LA CARRERA DOCENTE

A) El mandato constitucional[216]

La Constitución de la República establece que la carrera del docente se regulará por el Estatuto del Docente, por el cual se garantiza a los profesionales en ejercicio de la docencia la estabilidad en el trabajo, un nivel de vida acorde con su elevada misión y una jubilación justa.

B) El docente

"Docente" es, según nuestra Constitución, "quien administra, organiza, dirige, imparte o supervisa la labor educativa y que sustenta como profesión el magisterio" y su formación es "función y responsabilidad exclusiva del Estado".[217]

Los docentes en servicio tienen un privilegio muy especial: "Están exentos de toda clase de impuestos sobre los sueldos que devengan y sobre las cantidades que ulteriormente perciban en concepto de jubilación".[218]

C) La carrera docente

La carrera docente, según el Estatuto del Docente,[219] es el ingreso a un puesto regulado por éste, el ejercicio del magisterio como profesión, la capacitación y el desarrollo en servicio, la evaluación del desempeño y el correspondiente régimen de distribuciones, estímulos y correctivos, hasta el retiro de servicios.[220]

216 Artículo 165 constitucional.

217 Artículo 163 constitucional.

218 Artículo 164 constitucional.

219 En adelante se identificará por sus siglas: ed.

220 Artículo 2.

D) Requisitos de ingreso

Para ingresar a la carrera docente se requiere:[221]

1) Ser hondureño por nacimiento.
2) Estar en el goce de los derechos civiles.
3) Acreditar la identidad y los requisitos para ocupar el puesto conforme al presente estatuto y sus instrumentos operativos.
4) Estar afiliado a un colegio magisterial y solvente.
5) Estar inscrito en el escalafón de la carrera docente.

E) El reclutamiento

El reclutamiento se lleva a cabo mediante concursos generales y especiales. Los primeros se efectúan anualmente; los segundos, que se practican para cada puesto, se producirán cada vez que surja una vacante.[222]

F) El Sistema Nacional de Selección

Este sistema es el responsable de la selección de personal docente del servicio oficial; su función es organizar y efectuar el reclutamiento de candidatos, seleccionar al docente que ocupará cada puesto en aplicación del ed y de sus reglamentos, y vigilar la actuación de los funcionarios y los empleados en lo que se relacione con el reclutamiento y la selección de docentes.

5. El régimen del servicio civil

A) El régimen

El Régimen del Servicio Civil, según la Constitución, es aplicable a todos aquellos que se encuentren fuera de la carrera docente, de la carrera militar y de la carrera judicial. Es decir, quedan comprendidos todos los servidores públicos, salvo los que formen parte de estas carreras.

La Ley de Servicio Civil dispone en su artículo 2 que el "Régimen del Servicio Civil comprenderá a los servidores del Poder Ejecutivo, cuyo ingreso al servicio se haya efectuado llenando las condiciones y requisitos que establezca esta ley y sus reglamentos. Las mismas disposiciones serán aplicables a los funcionarios y empleados de las municipalidades".

B) Los requisitos de ingreso

Los requisitos para ingresar al Régimen del Servicio Civil son los siguientes: 1) ser hondureño mayor de 18 años de edad y estar en posesión de los documentos necesarios para acreditar su identidad personal; 2) tener comprobantes de que está al día en el pago de sus impuestos o exento de ellos; 3) acreditar buena salud y buena conducta; 4) llenar

221 Artículo 7, ed.

222 Artículo 17, segundo párrafo, y 18, ed.

las condiciones especiales exigidas para el cargo; 5) haber sido aprobado en los exámenes de competencia, de conformidad con los requisitos establecidos en esta ley; 6) haber obtenido el nombramiento respectivo, y 7) haber pasado satisfactoriamente el periodo de prueba.[223]

C) Órganos del Régimen del Servicio Civil

Los órganos del Régimen del Servicio Civil son los siguientes: la Autoridad Nominadora, el Consejo del Servicio Civil, el Tribunal Ad Hoc y la Dirección General del Servicio Civil.

a) La Autoridad Nominadora

La Constitución de la República atribuye al presidente de la República la función de "nombrar y remover libremente a los secretarios de Estado y subsecretarios de Estado, y a los demás funcionarios y empleados cuyo nombramiento no esté atribuido a otras autoridades".[224]

La Ley de Servicio Civil, por su parte, entiende por Autoridad Nominadora "al presidente de la República, a través de la respectiva secretaría de Estado, y todo funcionario o entidad que tenga facultades legales para nombrar servidores públicos".[225]

El presidente puede delegar esta función en los secretarios de Estado, de conformidad con la lgap.

b) El Consejo del Servicio Civil

Es un órgano colegiado integrado por tres miembros propietarios y tres suplentes, nombrados por el presidente de la República por un periodo de seis años.[226]

En su primera sesión, los miembros propietarios elegirán, de ellos, al presidente del Consejo, quien dirige las actividades de éste, y a los vocales primero y segundo del mismo, quienes durarán un año en sus funciones y podrán ser reelectos, lo que se hará constar en acta. La principal función de los vocales será sustituir, por su orden, al presidente en casos de ausencia temporal.

Las atribuciones más importantes del Consejo son las siguientes:[227] asesorar al Poder Ejecutivo, al director general y a las demás instituciones comprendidas en el Régimen del Servicio Civil, en la orientación de la política de la institución en materia de administración de personal, y conocer y resolver lo siguiente: las reclamaciones en contra de las disposiciones del director general, los conflictos que se suscitaren entre las autoridades nominadoras en lo referente a la aplicación de esta ley, o entre éstas y la dirección general; las reclamaciones en contra de los despidos, traslados y demás resoluciones de las autoridades nominadoras, previo informe del director general; conocer en

223 Artículo 11 de la ley.

224 Artículo 71.

225 Artículo 71.

226 Artículo 8 de la ley, y 1 del Reglamento Interior del Consejo del Servicio Civil, al que en adelante identificaremos como "Reglamento del Consejo".

227 Artículo 10 de la ley, y 36 del Reglamento del Consejo.

revisión los reglamentos y las disposiciones que para la mejor aplicación de la ley emita la Dirección General del Servicio Civil, previo a su aprobación por el Poder Ejecutivo.

c) La Dirección General del Servicio Civil

Ésta depende directamente del presidente de la República[228] y es el órgano ejecutivo encargado de planificar, organizar, desarrollar, ejecutar y administrar políticas, funciones, programas y actividades relacionadas con el Régimen del Servicio Civil.[229]

El director general es nombrado por el presidente de la República y su suplente legal es el subdirector.

6. Regímenes especiales

A) Lo dispuesto en la Constitución

Oportunamente se señalaba que sólo existen cuatro carreras de los servidores públicos cuyo régimen reconoce la Constitución. Éstas son las siguientes: carrera administrativa, carrera docente, carrera judicial y carrera militar.

No obstante, el legislador ha creado regímenes especiales para algunos servidores públicos. Estos regímenes especiales son los siguientes: régimen para los servidores del Poder Legislativo, régimen del servicio exterior, régimen para los médicos, régimen para los dentistas, régimen para los químico-farmacéuticos y régimen para los fiscales.

Con lo anterior, el legislador está reconociendo que existen variaciones en la carrera administrativa. Éstas son las siguientes: carrera del servidor del Poder Legislativo, carrera diplomática, carrera de médico empleado, carrera de cirujano dentista empleado, carrera de químico-farmacéutico empleado, carrera de fiscal.

No excluiremos el régimen de los servidores del Poder Legislativo porque la jurisdicción que conoce de las cuestiones que se suscitan en relación con este régimen es la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

B) Régimen de los servidores del Poder Legislativo

a) Ley que los regula

Mediante decreto 151-1993 se emitió la Ley del Estatuto Laboral de los Empleados Públicos del Poder Legislativo.

Por esta ley se regulan las relaciones laborales entre los empleados y el Poder Legislativo. Comprende, desde luego, solamente a quienes hayan ingresado cumpliendo los requisitos de esta ley.

228 Los artículos 5 de la ley, y 30 del Reglamento del Consejo disponen: "Créase la Dirección General del Servicio Civil, responsable directamente ante el presidente de la República" y "La Dirección General es responsable directamente ante el presidente de la República en todo lo relacionado con la política, ejecución y aplicación de la ley y de este reglamento, así como del Sistema del Servicio Civil".

229 Artículo 29.

b) Excluidos

Además de los diputados, están excluidos los siguientes:[230] quienes presten servicios con carácter interino y los que por la temporalidad de sus trabajos no tengan la condición de empleados del Poder Legislativo; quienes se encuentren en periodo de prueba, y los trabajadores pagados por el sistema de planilla.

c) Los requisitos

Los requisitos para tener la protección de esta ley son los siguientes:[231] ser hondureño por nacimiento; ser mayor de 18 años o menor de esta edad pero mayor de 16,[232] autorizados legalmente; estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles; llenar las condiciones para el cargo, y haber pasado satisfactoriamente el periodo de prueba.

d) El inicio de la protección

Ésta comienza cuando finaliza el periodo de prueba, cuya duración máxima es de 60 días.[233] En ese momento, según la ley, la persona tiene derecho al nombramiento, cuya vigencia se retrotraerá al día en que se inició el periodo de prueba.[234]

e) La selección de personal

Ésta es función de la Oficina de Personal del Congreso Nacional, que también será competente para todo movimiento de ascenso, traslado o separación del cargo de los empleados.[235]

f) Autoridad Nominadora

El presidente del Congreso Nacional es la Autoridad Nominadora.[236]

Es su responsabilidad, entonces, emitir todas las acciones de personal que correspondan en relación con los empleados de este poder del Estado.

g) No protege la estabilidad

La ley no reconoce expresamente la estabilidad del servidor del Poder Legislativo. En el artículo 10, que contiene los derechos que a éste se le reconocen, no se encuentra la estabilidad. De modo que puede ser trasladado, descendido y suspendido discrecionalmente.

h) Se autoriza despedir injustamente

230 Artículo 3.

231 Artículo 4.

232 Contrariamente a lo que dispone la Constitución, en el sentido de que los derechos políticos se adquieren a partir de los 18 años, en esta ley se reconoce a los menores de esta edad el derecho a ocupar cargos públicos, que es un derecho político.

233 Artículo 5.

234 Artículo 8.

235 Artículo 9.

236 Artículo 25.

La ley autoriza a la Autoridad Nominadora a despedir injustamente. El artículo 17 señala las causas de despido justificado, pero dispone que en caso de despido injustificado se pagarán las siguientes prestaciones e indemnizaciones:[237] las vacaciones causadas y las vacaciones proporcionales, en su caso; aguinaldo proporcional, en su caso; cesantía equivalente a un mes de salario por cada año trabajado, hasta un límite de 15 años, o el valor proporcional cuando no hubiere cumplido un año, y el preaviso equivalente a un mes de salario por cada año trabajado, hasta un límite de dos años, o la proporción correspondiente cuando no hubiere cumplido el año completo.

El despido solamente tiene un requisito; a saber: "haber escuchado suficientemente los descargos del inculpado, mediante el procedimiento que establezca el reglamento de esta ley".[238] Sin embargo, el reglamento no se ha emitido todavía.

C) Régimen del Servicio Exterior

a) Ley que lo regula

Este régimen está regulado por la Ley del Servicio Exterior de Honduras, contenida en el decreto 82-1984, que crea la "carrera diplomática".[239]

b) La carrera diplomática

A la carrera diplomática pertenecen únicamente los que figuren en el escalafón diplomático,[240] quienes serán considerados diplomáticos de carrera.[241]

La carrera diplomática comienza con la categoría de tercer secretario y termina con la de embajador extraordinario y plenipotenciario.[242]

Serán inscritos en el escalafón diplomático las siguientes personas:

1) Quienes ingresen en la carrera por haber cumplido los requisitos establecidos en la ley.[243]
2) Quienes soliciten su incorporación a la carrera diplomática y acrediten haber desempeñado cargos diplomáticos durante un periodo no menor de tres años.[244]
3) Los funcionarios diplomáticos que ostenten cargo de embajador y tengan formación universitaria, o postuniversitaria en derecho internacional, relaciones internacionales, diplomacia, economía internacional y otras disciplinas afines, o hayan ejercido cátedra universitaria en materias relacionadas con el campo internacional durante

237 Artículo 14.

238 Artículo 18.

239 Artículo 1.

240 Artículo 66.

241 Artículo 83.

242 Artículo 70.

243 Artículo 84.

244 Artículo 68.

cinco años como mínimo. Éstos no tendrán que llenar el requisito del tiempo de servicio a que se refiere el número anterior.[245]

En el escalafón diplomático se inscribirán por rigurosa antigüedad en cada una de las categorías de la escala jerárquica que establece la ley.[246]

c) Los diplomáticos que no son de carrera

Quien se desempeñe en cargos diplomáticos remunerados sin estar incorporado en el escalafón diplomático, gozará, mientras ejerza su cargo, del estatus de diplomático y de los demás derechos reservados a los funcionarios de carrera, excepto los siguientes: inamovilidad que le asegura estabilidad; ascensos a las distintas categorías del escalafón diplomático; consideración del periodo escolar de sus dependientes, para los efectos de traslado o rotación.

d) Requisitos para ingresar a la carrera diplomática

Los requisitos son los siguientes: ser hondureño de nacimiento; estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos; no ser mayor de 60 años; gozar de buena salud y no adolecer de grave defecto físico; no tener antecedentes penales y ser de conducta moral intachable; ser graduado de la Escuela de Diplomacia y Relaciones Internacionales o de un centro de educación superior del país o del extranjero debidamente incorporados, y presentar la respectiva solicitud.[247]

e) La escala jerárquica de la carrera diplomática

Esta escala jerárquica es la siguiente:[248]

1) Embajador extraordinario y plenipotenciario.
2) Ministro.
3) Ministro consejero.
4) Consejero.
5) Primer secretario.
6) Segundo secretario.
7) Tercer secretario.

D) Régimen del médico empleado

a) Ámbito de la ley

Este régimen está regulado por la Ley del Estatuto del Médico Empleado, contenida en el decreto 167-85.

245 Artículo 69.

246 Artículo 86.

247 Artículo 72.

248 Artículo 70.

No se limita al sector público. Regula las relaciones de trabajo entre médico y empleador, estatal o privado.[249]

"Médico" será únicamente el registrado debidamente en el Colegio Médico de Honduras.

b) Naturaleza del régimen creado

Este régimen creado no es simplemente una variación del régimen del servicio civil, porque regula dos relaciones; a saber: la relación de servicio, que se instituye entre el médico y el Estado y sus entidades, y la relación de trabajo, que surge entre el médico y el empleador particular, es decir, hospitales particulares, clínicas particulares, etcétera.

c) Privilegios reconocidos en la ley

Los médicos gozan, no de derechos, sino de verdaderos privilegios reconocidos por la ley. Entre estos privilegios están los siguientes:

1) Como parte de la estabilidad, ningún médico podrá ser trasladado sin su consentimiento expreso y sin causa debidamente justificada.[250]

Esto significa que aunque exista la "causa debidamente justificada", si el médico no expresa su consentimiento, el traslado no puede acordarse.

En todos los demás regímenes, el traslado, siempre que se justifique, procede independientemente de la voluntad del servidor público, quien sólo queda exonerado por circunstancias especiales, debidamente acreditadas.

2) La jornada ordinaria de trabajo es de seis horas, por tiempo completo.

La jornada diaria por tiempo completo para los demás servidores es de ocho horas.

3) Para fijar el pago de las vacaciones no se toma en cuenta el salario que se devenga.

El importe de las vacaciones se fija tomando como base el promedio del salario ordinario por el devengado durante los últimos seis meses,[251]de modo que si recientemente ha desempeñado un puesto de mayor jerarquía por ascenso interino, por ejemplo, tiene derecho a que se le compute el sueldo que devengó durante ese interinato.

4) Pueden acumular cargos públicos remunerados.

El único límite impuesto es el "traslape" de jornadas diarias, entendiéndose por éste lo siguiente: "cuando el inicio de la jornada u horario siguiente está comprendido antes de la hora de la conclusión de la jornada que antecede".[252]

Un médico, en consecuencia, puede acumular un cargo administrativo o político (secretario de Estado, director general, diputado, alcalde, regidor, etcétera), dos cargos de

249 Artículo 1.

250 Artículo 8, numeral 2.

251 Artículo 22.

252 Artículo 12, numeral 2.

jornadas ordinarias siempre que no exista traslape[253] (por ejemplo uno de tiempo completo y el otro de medio tiempo), uno de guardia[254] (que puede ser con presencia física o por llamada, también denominada "sin permanencia intrahospitalaria",[255] pero que, en todo caso, tendrá un salario equivalente a una jornada ordinaria diurna de seis horas) y uno de jornada por hora.[256]

5) Por cada cargo público remunerado acumulado tiene derecho a vacaciones remuneradas, aguinaldo y catorceavo mes.

Cada cargo público que acumula es una relación distinta entre el Estado o la entidad estatal y el médico empleado. En consecuencia, por cada puesto se le paga salario;[257] por lo tanto, se le reconocen, cada año, vacaciones remuneradas, aguinaldo y catorceavo mes.[258]

6) Gozan de permisos muy especiales.

El patrono, estatal o privado, debe concederles licencia en el caso de resultar electos a un cargo de elección popular por todo el tiempo que éste dure.

Al médico electo a un cargo de elección popular debe otorgársele licencia no remunerada por todo el periodo para el que resulte electo.

7) Además de las indemnizaciones en caso de remoción, tiene el privilegio de recibir una bonificación.

Cuando fuere removido tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio sin exceder 15 meses, y al pago de dos meses en concepto de preaviso.[259]

8) Resultan eximidos de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones si el Estado no les provee medios y recursos óptimos.

Si el Estado no les proporciona las condiciones y los recursos óptimos para un apropiado ejercicio profesional, no serán responsables en el desempeño de sus funciones.[260] Es evidente que aquí se refiere a la responsabilidad administrativa, porque la penal y la civil no dependen de estos factores.

9) La renuncia debe ser aceptada inmediatamente.

253 Artículo 16.

254 De conformidad con el artículo 18 se denomina jornada de guardia "el tiempo efectivo de trabajo realizado por el médico como apoyo al servicio de emergencia hospitalaria".

255 Artículo 19.

256 Artículo 21.

257 El artículo 36 dispone expresamente que "los salarios se fijarán en relación directa al puesto o cargo, por consiguiente cada médico empleado recibirá la remuneración correspondiente a cada cargo o puesto efectivamente desempeñado".

258 Cuestión que se ratifica en el artículo 8-A.

259 Artículo 46.

260 Artículo 49.

Es el único servidor público cuya renuncia debe ser aceptada de inmediato, sin importar las necesidades del servicio.[261]

10) La renuncia le concede el goce de derechos muy especiales.

La renuncia, según la ley, le da "derecho a percibir el porcentaje determinado por esta ley, para los casos de terminación unilateral de la relación de trabajo".[262] Cuando la terminación de la prestación del servicio fuere por renuncia, se le otorgará una bonificación por sus servicios prestados no inferiores a 60%, calculado con base en lo que le corresponde como indemnización y preaviso.[263]

11) Finalmente, tiene el privilegio de invocar, indistintamente, la Ley del Estatuto del Empleado Médico, la Ley del Servicio Civil, el Código de Trabajo y demás leyes aplicables, "cuando le sean más favorables".[264]

Es el único servidor público que puede invocar, según su conveniencia, cualquier ley vigente en materia de personal, para exigir el disfrute de derechos que no han sido reconocidos expresamente en la ley que regula su relación de trabajo específica.

Es más, se le reconoce que también gozará de cualquier compensación no prevista que en el futuro se reconozca a los servidores públicos o a los trabajadores, estatales o privados.[265]

Hasta hace muy poco gozaban de otro privilegio: su sueldo base se calculaba tomando como referencia el salario mínimo decretado por el gobierno y era ajustado automáticamente. Cada aumento anual del salario mínimo ajustaba de manera automática el sueldo base del médico empleado, que sin especialización equivalía a 12 salarios mínimos y con especialización a 14 salarios mínimos.

E) Los demás regímenes

a) De los cirujanos dentistas y químico-farmacéuticos

En el caso de la Ley del Estatuto Laboral del Cirujano Dentista se repiten los siguientes privilegios que están previstos para el médico empleado: goza de todos los derechos y las garantías que dispone la Constitución de la República, el presente estatuto, las leyes laborales, las Ley del Servicio Civil, leyes de previsión social, y las demás leyes y reglamentos correspondientes que se aplican en materia social y laboral; en el marco del derecho a la estabilidad en el trabajo o empleo, no podrá ser trasladado sin su con-

261 Es preciso advertir, sin embargo, que no puede abandonar el cargo si la aceptación no se produce de inmediato, porque de hacerlo incurriría en delito castigado con multa e inhabilitación especial, según el artículo 352 del Código Penal.

262 Artículo 8, numeral 6.

263 Artículo 47.

264 Artículo 8.

265 Artículo 8-A.

sentimiento expreso y sin causa debidamente justificada;[266]su jornada diurna es de seis horas,[267] y goza de licencia no remunerada en caso de cargos de elección popular.[268]

En el caso de la Ley del Estatuto Laboral del Químico Farmacéutico se repiten los mismos privilegios: que se le apliquen todos los derechos y las garantías que dispone la Constitución de la República, el presente estatuto, las leyes laborales, la Ley del Servicio Civil, las leyes de previsión social, así como las demás leyes y reglamentos que se apliquen en materia social y laboral; en el marco del derecho a la estabilidad en el trabajo o empleo, no podrá ser trasladado sin su consentimiento expreso y sin causa debidamente justificada,[269] y goza de licencia no remunerada para desempeñar cargos de elección popular.[270]

Ambos regímenes no son simplemente una variación del servicio civil. También comprenden a los que prestan sus servicios en la empresa privada.

b) De los fiscales

Corresponde al fiscal general de la República emitir el Estatuto de la Carrera del Ministerio Público,[271] que está vigente desde 1995.

Lo novedoso de este régimen de personal es lo siguiente: el periodo de prueba es de un año como máximo;[272] entre sus derechos se reconoce un seguro médico, hospitalario y de vida, mientras se desempeñe en la carrera, pagado por el Ministerio Público;[273] las sanciones disciplinarias podrán impugnarse ante el Consejo de Personal;[274] la sanción de despido solamente procede cuando el Consejo de Personal resuelve que esa es la sanción que procede, después de agotarse el procedimiento que se inicia con la solicitud de la División de Recursos Humanos pidiendo que se aplique la sanción de destitución ante el Consejo de Personal, en cuyo trámite el supuesto infractor debe ser oído para su defensa;[275] éste será suspendido del ejercicio del cargo a partir de la fecha de la solicitud en que se pide la imposición de la sanción de despido.[276]

Nos ocupamos de este régimen porque las cuestiones que se susciten en aplicación del mismo serán de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

266 Artículo 3, letras e y f.

267 Artículo 10.

268 Artículo 13, letra a.

269 Artículo 3.

270 Artículo 14, letra a.

271 Fue elaborado por el autor de este trabajo.

272 Artículo 100, primer párrafo.

273 Artículo 153.

274 Artículo 175.

275 Artículo 177 a 184.

276 Artículo 179.

BIBLIOGRAFÍA

1. Extranjera

Para estudiar el derecho administrativo en general, se recomienda consultar toda la bibliografía autorizada.

2. Nacional

Para estudiar el derecho administrativo hondureño, se recomienda consultar las siguientes obras:

Flores Valeriano, Enrique, Curso de derecho administrativo, Editorial Universitaria.

Moncada Silva, Efraín, Derecho administrativo y administración pública, Tegucigalpa, Editorial Universitaria.

Democracia y elecciones municipales, Tegucigalpa, Editorial Universitaria.

Ensayos constitucionales, Tegucigalpa, Impresos Cerrato, 2009.

Orellana, Edmundo, Introducción al régimen jurídico de las instituciones autónomas, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1983.

El régimen del servicio civil: la relación de servicio, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1984.

La reforma administrativa en Honduras: un imperativo impostergable, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1986.

Análisis de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Tegucigalpa, ilanud, 1987.

La Ley de Procedimiento Administrativo, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1990.

Origen, naturaleza, extensión y límites de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1990.

Procedimientos especiales en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1990.

Terminación normal y anormal del proceso contencioso-administrativo, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1990.

Los procedimientos de selección en la Ley de Contratación del Estado, Tegucigalpa, Editorial Universitaria, 1991.

Los sujetos y el objeto del proceso contencioso-administrativo, Editorial Universitaria, 1993.

Régimen jurídico de las municipalidades en Honduras, Editorial Universitaria, 2003.

La contratación administrativa en Honduras, Editorial Universitaria, 2003.

Curso de derecho administrativo, tomo ii, vol. i, Editorial Universitaria, 2003.

Curso de derecho administrativo, tomo i, 10a ed., Edigrafic, 2010. (La primera edición fue de 1984.)

El derecho administrativo en Nicaragua

Karlos Navarro[1]

I. Introducción

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

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

La más marcada consecuencia que esto ha traído consigo ha sido la incapacidad para llevar a cabo la construcción del ordenamiento jurídico administrativo desde una perspectiva unitaria, pues se ha erigido como fruto de impulsos diversos, procedentes de las más variadas influencias, que han ido configurando un conglomerado variable, imposible de incardinar en ninguna de las familias o construcciones jurídicas clásicas. Ningún país del mundo puede afirmar, ciertamente, que su derecho se enmarque de forma absoluta en una tradición jurídica determinada; sin embargo, el caso de Nicaragua en ese tema

1 Doctor en Derecho administrativo por la Universidad de Salamanca, España; máster en contrataciones del Estado y de la administración pública por la Universidad de Castilla la Mancha, España; máster en historia por la Universidad de San Petersburgo; máster en historia y ciencias políticas por la Universidad Centroamericana; licenciado en derecho, historia y pedagogía. Ha coordinado las comisiones técnicas en la Asamblea Nacional para la elaboración de los proyectos de ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y de lo Contencioso Administrativo. Ha participado en la redacción de las leyes de Aguas, de Educación, entre otras. Miembro de honor de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, de la Academia de Derecho de Costa Rica, de la Academia de Derecho de Paraguay. Profesor e Investigador de Derecho Administrativo del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo y de honor de la Universidad para la Paz de Naciones Unidas. Profesor invitado de los postgrado de derecho de la Universidad Autónoma de México, Castilla la Mancha, España, Universidad de El Salvador, Santa María la Antigua, Panamá. Miembro del comité Académico del doctorado en derecho administrativo, Universidad de la Coruña, España, y del máster en derecho en las contrataciones Universidad de Castilla la Mancha.

es destacable, dada la intensidad y, sobre todo, la confusión, con lo que a lo largo de su convulsa historia se ha ido produciendo esa mixtura de soluciones jurídicas diversas.

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

A ello se añade un factor muy común en Latinoamérica: la tendencia a reproducir las instituciones jurídicas europeas y estadounidenses.[2] De nuevo aquí Nicaragua asume un papel destacado, pues precisamente en la materia que nos ocupa se manifiesta una notable carencia de construcciones originales en sentido estricto, y se percibe un tratamiento de la materia deudor en exceso de los estudios llevados a cabo en otras latitudes.[3]

Los efectos de esta intensa importación se ven agravados por la más que marcada carencia en el tratamiento de la materia por la doctrina nicaragüense, que se ha ocupado bastante poco de los problemas iusadministrativos.[4] Esto no impide, por supuesto, que también existan en este país algunos estudios, muy meritorios además, sobre el tema.[5]

2 E. Rivero Ysern señala 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 [encargados] de supervisar y regular actividades estratégicas". Rivero Ysern, Enrique, "Descentralización en Colombia", en *El Estado de derecho latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 93.

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

4 C. M. López afirma que "el derecho administrativo en nuestra patria presenta niveles muy modestos. Ha sido, más bien, una rama del derecho público un tanto descuidada y a veces desvalorizada. Son pocos sus cultivadores. Sigue siendo un derecho para unos cuantos iniciados. Casi diríamos que se trata de un derecho esotérico. Nuestros autores, por otra parte, han sido muy escasos. Además no todo lo que se ha escrito tiene la misma calidad. La existencia de obras generales es limitadísima". López, Cairo Manuel, *op. cit.*, pp. 7-8.

5 Así, puede citarse la obra de Palma Martínez, *Derecho administrativo, teórico y positivo*, Managua, Editorial Nuevos Horizontes, 1947; muchos años más tarde vio la luz la obra de Rizo Oyan-

Pero son tan sólo excepciones particulares, simples islas en un inmenso océano de olvido. Motivado, quizás, por la escasa aplicación práctica que esta rama del derecho ha tenido hasta el momento en Nicaragua.[6]

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

Como señala Ivanega,[7] un sistema no puede recibir un juicio positivo o negativo si no es desde su aplicación práctica. Se hace, por ello, imposible, en nuestra opinión, enjuiciar de forma global los distintos sistemas administrativos que en uno u otro momento ha ido adoptando Nicaragua, pues ninguno de ellos ha tenido una implantación real lo suficientemente intensa como para concluir acerca de su adecuación.

Pero la mayor dificultad que, sin duda alguna, sigue encontrando esta rama del derecho que nos ocupa en Nicaragua, es la persistencia de notables lagunas en su ordenamiento jurídico administrativo. Durante los últimos años esta rama del derecho va ganando, lenta pero decididamente, posiciones y, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, ha experimentado un desarrollo de importancia verdaderamente reseñable.[8]

---

guren, A., Manual elemental de derecho administrativo, León, Nicaragua, Editorial Universitaria, 1992; recientemente, la bibliografía sobre la materia se ha visto enriquecida por una notable obra de Escorcia, Flavio Jorge, op. cit. Juan Baustista Arrien publicó en 2009 *Derecho administrativo*, Editorial uca. En 2010 se publicó la obra *Derecho administrativo*, tomo i, de Karlos Navarro y Miguel Ángel Sendín. El doctor Jesús González Pérez, en la presentación, dice que con esta obra el derecho administrativo nicaragüense pasa "de la adolescencia a la madurez".

6 Señala al respecto Flavio Escorcia que el "derecho administrativo ha venido siendo hasta hoy una rama del derecho abandonada por el jurista y no muy agradable para el estudiante. La causa parece ser la casi nula oportunidad que, como estudiantes de leyes, tienen para practicar o ejercitar los conocimientos del derecho administrativo. Quizás el ambiente político de nuestra sociedad y el actuar mismo de la propia administración pública desaniman también al estudiante y al jurista, encontrando al derecho administrativo como un conjunto de conocimientos simplemente teóricos a los que no se les tiene muy en cuenta por el poder público. Ello es posible que les haga pensar, que las posibilidades para ejercer el derecho administrativo son remotas, a menos que trabajen en la administración pública y aún así entienden que es posible que no encuentren afinidad entre lo que se les ha enseñado y la forma como más tarde deberán adoptar sus decisiones". Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 31, nota 2.

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

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

Pero este decidido impulso no puede ocultar aún la existencia de dos grandes lagunas. Por un lado, la falta de algunos textos legales básicos para la existencia de un auténtico sistema de derecho administrativo. Sin necesidad de descender a un estudio en detalle, creemos que queda debidamente acreditada la certeza de este hecho por la inexistencia, aún hoy en día, de una ley de procedimiento administrativo y régimen jurídico básico de la administración pública. Texto jurídico básico y crucial en todo régimen administrativo que se precie, que ni ha existido ni existe en Nicaragua.

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

Un panorama plagado de problemas, como puede ya deducirse de estas páginas iniciales, pero también de esperanzas. Los últimos tiempos están siendo testigos de una delicada y compleja operación que trata de poner en marcha un sistema de derecho administrativo avanzado, equiparable al de los países más progresistas del planeta.

II. Los presupuestos constitucionales del derecho administrativo nicaragüense

Uno de los rasgos más característicos del derecho administrativo de nuestro tiempo es su constitucionalización.[9] La existencia de un sustrato constitucional que contenga los principios y los 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 hay un gran olvidado en la Constitución nicaragüense de 1987 es, sin duda, la administración pública.

Ciertamente, en los poco más de 200 artículos que integran esta Norma Fundamental, pocas o nulas referencias expresas se pueden 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 ha existido desde siempre una muy difusa, y en muchos casos inexistente, separación entre gobierno y administración pública, o, lo que es lo mismo, entre política y administración pública; situación que, en

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

gran medida, desgraciadamente, persiste en la actualidad. Si bien en los últimos tiempos esta confusión empieza a remitir.

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.

Este fracaso en la construcción de un sustrato 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.

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

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

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

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

El marco constitucional deja perfectamente sitio para el establecimiento de un sistema de régimen administrativo como el que se está configurando en la actualidad, enraizado en la tradición europea del régime administratif, o para la consolidación de una administración pública en esencia sujeta 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.

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 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 los 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 de la que se derivan importantes consecuencias para la regulación de la administración pública.

Por último, un tema también examinado con detalle en la Norma Máxima es el empleo público. Dicha regulación es extremadamente importante para los efectos de nuestro estudio, no sólo porque afecta a este importante sector del derecho administrativo, sino también porque permite derivar importantes conclusiones respecto al régimen general de la administración pública.

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" (artículo 130) y el principio de legalidad que consagra el artículo 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" (artículo 164. 10). No cabe duda que la sustanciación y la resolución de estos conflictos se llevará a cabo conforme a criterios jurídicos.

La cuestión está, entonces, en determinar en qué términos se realiza esa sujeción al derecho. Es sabido que existen dos grandes modelos o sistemas de subordinar la administración al derecho.[10] 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 or-

10 De Laubadère, A., et al., *Traité de Droit administratif,* t. i, 13a ed., París, lgdj, 1994, p. 21; Caetano, M., I, trad. de L. López Rodo, Santiago de Compostela, 1956, pp. 35-36.

denar las relaciones jurídico-administrativas (sistema de régimen administrativo, característico de la Europa continental).[11]

Sin embargo, en nuestra opinión, no existe 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 la Constitución, sino una simple opción adoptada por el legislador ordinario, que podría haber decidido perfectamente sujetarla a las mismas normas que rigen para los sujetos privados, tal 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 es el de la huida 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 por qué comportar reproche alguno, pues simplemente es necesaria, en algunos casos, para adaptarse a la multiplicidad de funciones que desarrolla la administración pública actual (difícilmente podría la administración desarrollar actividades puramente económicas, en competencia con la iniciativa privada, sujeta al derecho administrativo). Sin embargo, cuando el recurso al derecho común se articula con el único propósito de escapar de los controles públicos, adquiere un cierto carácter fraudulento.

Para evitar esta fuga del derecho público, desde algunos sectores doctrinales se ha hablado de una reserva constitucional de la administración pública; tesis en virtud de la cual 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 lo vincula).[12]

Dicha tesis, muy discutida,[13] no puede hallar 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

11 Lenz, B., "The Public Service in Article 48(4) eec with Special Reference to the Law in England and in the Federal Republic of Germany", en Legal Issues of European Integration 1989-2, p. 89. Chapus, R., *Droit administratif general*, t. i, 5a ed., Montchrestien, 1990, p. 2. Bénoit, F. P., *Le Droit administratif français*, París, Dalloz, 1968, pp. 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 a Flogaïtis, S., *Administrative Law et Droit Administratif*, París, lgdj, 1986, pp. 49-57. Entre los juristas anglosajones, Craig, P. P., *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 50-51.

12 Del Saz Cordero, S., "Las transformaciones del derecho administrativo al final del siglo xx", en Rodríguez-Arana Muñoz, J. (dir.), *La administración pública española*, Madrid, 2002, p. 65.

13 Rodríguez-Arana Muñoz, J., "La vuelta al derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)", *Revista de Derecho*, núm. 7, 2005, pp. 93-94.

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 en este ámbito también se pueden distinguir 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.

El reciente derecho constitucional nicaragüense ha seguido en este aspecto una evolución muy dubitativa. La pretensión de someter a la administración a una jurisdicción especializada había tenido ya algunas tentativas históricas (la Constitución de 1974 había previsto ya tal posibilidad, con el refrendo de la mejor doctrina, que acogió muy favorablemente dicha decisión),[14] 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 artículo 163, que pasó a establecer que la "Corte Suprema de Justicia estará integrada por 12 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 de lo contencioso-administrativo no perduró mucho, pues la reforma constitucional de 2000 eliminó esta telegráfica pero crucial referencia, dejando de nuevo a este orden jurisdiccional especializado desnudo de todo fundamento constitucional.[15]

Se podría defender una consagración implícita de lo contencioso-administrativo, 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.

14 En tal sentido, C. M. López señaló 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 artículos 303 y 304 de la 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 concreta y las hace efectivas. Lo deseable es que una ley de esa naturaleza se dictara lo más pronto posible". López, Cairo Manuel, *Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo*.

15 Véase, sobre esta evolución, Arríen Somarriba, J. B., "El contencioso-administrativo en Nicaragua", *Cuadernos de Investigación de la UCA*, núm. 7, Col. Jurisprudencia, pp. 8-11.

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

2. La falta de una nítida separación entre gobierno y administración pública

El punto más criticable del régimen constitucional de la administración pública de Nicaragua es, en nuestra opinión, la existencia de una notable confusión entre gobierno y administración. La simple lectura de la Constitución evidencia con toda claridad esta orientación, pues al regular esta materia en el capítulo iii del título viii se refiere de manera 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 cuales 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. Ésta se configura como un ente que actúa siempre bajo la dirección del gobierno (se entiende del gobierno que asuma en cada momento el poder). Pero fuera de ese sometimiento a la dirección de éste, constituye una instancia esencialmente técnica y especializada, un conjunto de profesionales que tienen encomendadas unas funciones concretas y determinadas, siempre bajo la guía y la orientación política que confiera el gobierno.

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

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

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

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

en que cada una de ellas tome el poder político, también va a poder contar con el apoyo y la asistencia fiel de esa administración.

Todo ello ha sido expresado de forma magistral por Garrido Falla, en palabras que, por su especial valor, conviene reproducir aquí, aunque la cita sea quizás excesivamente larga. Señala nuestro autor, al hablar de la subordinación de la administración al gobierno,

> que esta subordinación tiene sus límites y que, en cierto sentido, la administración se independiza del gobierno y de la política. Lo que caracteriza a la administración pública de los países desarrollados está cabalmente en que asume como propios los fines que realiza y actúa para alcanzarlos movida por una fuerza propia, rutinaria si se quiere, pero independiente del gobierno. Es esa fuerza propia la que hace posible el sorprendente fenómeno, tantas veces observado, de que en un país en un periodo de crisis gubernamental los servicios públicos sigan funcionando.
>
> Por ello —añade un poco más tarde—, la separación entre gobierno y administración debe resolverse asegurando, de una parte, la supremacía del gobierno sobre la administración y, de otra, precisamente como paradójica contrapartida, la no injerencia política en zonas administrativas. Cabría decir que lo que debe conseguirse simultáneamente es un sistema de neutralidad política de la administración y, asimismo, de neutralidad administrativa del gobierno.[16]

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

3. La Constitución económica y la administración pública

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

En tal sentido, debe comenzarse 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 artículo 130, en la que se afirma que la "nación nicaragüense se constituye en un Estado social". Lo que indica, por sí solo, que no sólo se admite, sino que incluso se

16 Garrido Falla, Francisco, "Constitución y administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 20, enero-marzo de 1979, pp. 7-8.

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 artículo 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".

En el campo de los derechos sociales 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 105, que establece que

> es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y es derecho inalienable de la misma el acceso a ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley en cada caso.
>
> Los servicios de educación, salud y seguridad social son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado no pueden ser enajenados bajo ninguna modalidad.
>
> Se garantiza la gratuidad de la salud para los sectores vulnerables de la población, priorizando el cumplimiento de los programas maternoinfantiles. 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.

Deben destacarse de este reconocimiento dos aspectos. En primer lugar, 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.[17] 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.[18]

Por otra parte, sorprende que el legislador constituyente, sin embargo, siga reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, a aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolio, y que eluda dicho término para referirse a los servicios de carácter social. Las viejas formas de pensar parecen haber sido decisivas aquí, 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 artículo 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 artículo 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, proclives a li-

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

18 Véase, al respecto, Sendín García, M. A., op. cit., y del mismo autor, *Regulación y servicio público*, Granada, Comares, 2003.

mitar su actuación más bien al control y a la regulación que a la intervención directa en la economía, reservando esta última tan sólo para aquellos servicios sociales y de autoridad, que sólo la administración puede desarrollar.

4. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL EMPLEO PÚBLICO

Constituye la regulación del empleo público uno de los grandes retos a los que Nicaragua debe enfrentarse en los próximos años. La necesidad de generar una plantilla de servidores públicos neutrales, profesionales y capacitados, es requisito imprescindible para la estabilidad de las reformas administrativas y para su adecuado desarrollo.[19] Tradicionalmente, en Nicaragua los empleados públicos se regían por las mismas normas a las que se sujetaba 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 (artículo 131).

La pregunta que se plantea, entonces, es hasta dónde llega esta vinculación. Una primera 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, suele entenderse 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 un 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 sus obligaciones.[20]

19 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", *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, núm. 8, Panamá, clad, 2003

20 Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, 3a ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 61. Santamaría Pastor, J. A., op. cit., p. 682, nota 26.

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 artículo 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, con base en criterios de mérito y capacidad. En tal sentido debe entenderse, a nuestro juicio, el mandato del artículo 131 de que el legislador regule el "servicio civil y la carrera administrativa".

Esta última estipulación también nos lleva a plantear otra cuestión. Es sabido 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.[21] 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. En este sistema el servidor público 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.[22]

21 Ivanega, Miriam Mabel, op. cit., p. 179.

22 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", Cuadernos Económicos del ICE, núm. 13, 1980, pp. 24 y ss.; Parada Vázquez, R., "La degeneración del modelo de función pública", en Rodríguez-Arana Muñoz, J. (comp.), *La administración pública española*, Madrid, inap, 2002, pp. 838 y ss. 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, pp. 196 y ss.

La Constitución nicaragüense claramente toma partido 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 hallar en cualquier modelo de empleo público la fusión de elementos propios de ambos sistemas teóricos.

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

Debe tenerse presente, además, que la necesaria regulación de la carrera administrativa deja un amplio margen al legislador para configurar ésta, pues puede entenderse al modo más tradicional como un sistema que permita el acceso paulatino con base en la antigüedad, o, como suele entenderse 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.

III. Las fuentes en el derecho administrativo nicaragüense

Se ha abierto paso en el derecho constitucional moderno la consideración de que la Constitución no es una simple declaración de buenas intenciones o propósitos políticos, pues, como destaca Meilan Gil, por más que sea "expresión de un pacto político, la Constitución es una norma jurídica".[23]

Así ocurre, sin duda, en Nicaragua. Siendo, en consecuencia, la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico nicaragüense, lo que supone que ostenta supremacía formal o material; esto es, que ninguna norma puede modificar o derogar la Constitución o parte de la misma (supremacía formal) y ninguna norma puede tener un contenido contrario a lo establecido en la Constitución (supremacía material).[24]

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

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

24 Como señala I. Escobar Fornos, la Constitución "es la ley de mayor jerarquía del Estado, la que representa la super legalidad y, como consecuencia, no tienen validez las leyes, reglamentos, decretos o cualquier disposición o acto que se le oponga". Escobar Fornos, I., *La reforma constitucional*, Managua, Hispamer, 2004, p. 10. En sentido similar, M. A. López Olvera señala que la "Constitución […] es la *Ley Fundamental*, la *Carta Magna*, la *Ley de Leyes*, la *Ley Suprema, de un Estado*. Ningún poder (legislativo, administrativo o jurisdiccional) puede estar por encima de sus disposiciones, de sus mandatos". López Olvera, Miguel Ángel, "Las fuentes del derecho administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 239.

Esa superioridad normativa encuentra justificación tanto en un criterio formal como en uno material. Formalmente, es Norma Suprema porque emana de un poder normativo de mayor entidad que el ordinario (poder constituyente); desde el punto de vista material, encuentra su mayor fuerza en la esencialidad de su contenido, pues recoge los valores básicos sobre los que se basa la convivencia social, proclama y garantiza los derechos de los ciudadanos y recoge las estructuras fundamentales a las que se atribuye el poder público.

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

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

Esta superioridad jerárquica va mucho más allá de la simple invulnerabilidad de sus preceptos por las normas inferiores, alcanzando a generar un deber de inspiración positiva; esto es, viola la Constitución la simple ignorancia de su contenido, que debe informar toda la práctica jurídica.[25]

De aquí se deriva, entre otras cosas, la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico nicaragüense a la luz de los preceptos constitucionales, pues éstos son la referencia última de toda norma jurídica y el elemento inspirador que debe estar presente en la realización de cualquier operación jurídica. Convirtiéndose, así, la Norma Fundamental en el elemento clave que transforma el ordenamiento jurídico en una unidad dotada de coherencia.[26]

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

En segundo lugar, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley debe indagarse si existe alguna interpretación conforme a la Constitución, en cuyo caso se salvará la constitucionalidad de aquélla, imponiéndose esa interpretación.

25 López Olvera, Miguel Ángel, "Las fuentes del derecho administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 239, nota 338.

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

También consecuencia de la supremacía constitucional es que sea la Norma Máxima la que regule, al menos en sus aspectos esenciales, el proceso de producción del derecho, sistematizando los poderes normativos de los distintos entes estatales dotados de éste.[27]

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

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

Es cierto que la reforma constitucional es una circunstancia totalmente normal en cualquier país democrático, dado que es muy difícil que un texto legal pueda sentar soluciones jurídicas válidas para dar respuesta a todas las cuestiones que la vida social, siempre mutable e imprevisible, puede plantear.[28] Sin embargo, el elevado número de reformas sufridas por la Norma Básica de Nicaragua y su entidad nos parecen excesivas, por lo que entendemos que mantener esa tendencia reformadora podría perjudicar y dificultar que ésta adquiera la solidez y la fuerza que requiere para cumplir la alta función que está llamada a desempeñar.

Suele distinguirse entre constituciones rígidas y flexibles, según estén sujetas a procedimientos especialmente onerosos de reforma, distintos de los ordinarios, y específicamente previstos en ellas o no.[29]

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

28 Como señala Alzaga Villaamil, la "aceleración de la historia y los profundos cambios que viven las sociedades contemporáneas no dejan de afectar a los regímenes políticos. Las constituciones, incluso las elaboradas desde la más sabia reflexión de sus progenitores, incorporan necesariamente valores que responden meramente a aquel momento histórico, soluciones en las que se depositó más confianza de la que la práctica acreditó que eran acreedoras; ciertamente, no pueden nunca prever el juego real que van a dar las instituciones y los órganos plasmados sobre el papel y puede decirse que son meras hijas de las preocupaciones y prioridades que presiden el momento de su elaboración, sin que puedan intuir ciertas necesidades futuras que sólo la práctica pondrá ulteriormente de manifiesto. Consiguientemente, las constituciones, por rígidas que sean (y por mucho que se considere, con acierto, que la estabilidad constitucional es un valor a defender, lo cual tiene su parte lógica), deben, como la generalidad del ordenamiento jurídico, estar cuidadosamente atentas a las necesidades de adaptación que se presenten, pues sólo los libros sagrados se han escrito para permanecer inmutables miles de años". Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, *Derecho político español* I. Constitución y fuentes del derecho, 3a ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p.184, nota 333.

29 Rodríguez-Zapata, op. cit., p. 112, nota 327. Escobar Fornos, op. cit., p. 20, nota 338. Como señala Balaguer Callejón, la "rigidez constitucional supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma diferenciándose así de las fuentes legales e impidiendo

La Constitución de Nicaragua se cuenta en este segundo caso, por lo que tiene que ser considerada, sin duda alguna, como una Constitución rígida, pues sólo puede ser derogada o modificada a través de los procedimientos expresamente previstos por ella misma a tal efecto; elemento que tiene que ser valorado positivamente, pues al incorporar sus propios procedimientos de reforma, se hace posible la adaptación de la normativa fundamental sin quebrar la continuidad jurídica,[30] logrando con ello compatibilizar la necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias con la estabilidad que precisa una norma fundamental.[31]

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

No es muy claro y preciso el criterio que permita deslindar cuando nos encontramos ante una reforma parcial y una reforma total. No obstante, parece evidente que debe entenderse como total no sólo la revisión que afecte a la totalidad de la Norma Máxima, sino también toda aquella que afecte a una parte sustancial de la misma o que implique un cambio radical del régimen político, económico o social.[32]

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

Esa iniciativa deberá ser enviada a una comisión especial que dictaminará en un plazo no mayor de 60 días (artículo 192, cn). El proyecto de reforma recibirá a continuación el trámite previsto para la formación de la ley, si bien deberá ser discutida en dos legislaturas (artículo 192, cn).

La aprobación de la reforma requerirá el voto favorable de 60% de los diputados (artículo 194, cn). Aprobada ésta será promulgada por el presidente de la República, que carece de derecho al veto en este caso (artículo 194, cn).

En cuanto a la reforma total, la iniciativa de reforma corresponde a la mitad más uno de los diputados de la Asamblea Nacional (artículo 191, cn). A partir de aquí seguirá los mismos trámites que se prevén para la reforma parcial en todo lo que sea condu-

que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador". Balaguer Callejón, op. cit., p. 116, nota 325.

30 Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, op. cit., p. 184, nota 333.

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

32 Escobar Fornos, op. cit., p. 22, nota 338.

cente a su presentación y dictamen. Una vez aprobada la iniciativa de reforma total, la Asamblea Nacional fijará un plazo para la convocatoria de elecciones de Asamblea Nacional Constituyente, conservando hasta la instalación de ésta su mandato la Asamblea Nacional (artículo 193, cn).

La vieja Constitución conservará la vigencia hasta la aprobación de la nueva por la Asamblea Nacional Constituyente (artículo 193, cn).

La aprobación de la iniciativa de reforma total requerirá los dos tercios del total de los diputados (artículo 194, cn).

Las reformas de la Constitución, totales o parciales, no necesitan sanción del Poder Ejecutivo (artículo 141, cn). En caso de que el presidente de la República no promulgara ni publicara el proyecto de la reforma, el presidente de la Asamblea Nacional mandará publicarlas por cualquier medio de comunicación social escrito, entrando en vigencia desde dicha fecha, sin perjuicio de su posterior publicación en el diario oficial La Gaceta, la que deberá hacer mención de la fecha de su publicación en los medios de comunicación social (artículo 141, cn).

1. LA LEY

A) Concepto y características

Al término ley se le pueden asimilar significados diversos. Así, frente a un concepto amplio de la misma, por el que se entendería toda norma escrita (concepto material de ley), se utiliza un concepto técnico más restringido, por el que se conoce al producto jurídico emanado del Poder Legislativo que, en cuanto tal, asume un valor determinado en el sistema de fuentes del derecho (ley formal).[33] Es obviamente este segundo el que nos interesa y en el que vamos a centrarnos.

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

Esta específica posición en el sistema de fuentes del derecho deriva de su vinculación a la voluntad popular, en cuanto producto normativo elaborado por el Parlamento, directamente elegido por los ciudadanos y, por tanto, representante directo de éstos. Frente a ello el reglamento, dotado de una mera legitimación indirecta, al proceder del gobierno y de la administración, asume una posición secundaria. Mientras que la Constitu-

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

ción, expresión directa de la voluntad soberana, en cuanto emanada de un poder constituyente y no meramente constituido, como ocurre con la ley, asume una posición de superioridad respecto a esta última.[34]

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

Aunque el supuesto más usual es que la ley sea norma general, el ordenamiento jurídico nicaragüense da cabida a lo que la doctrina ha venido calificando como leyes concretas o leyes de caso único.[35]

Lo dicho no supone que el campo de operación de esas leyes singulares sea ilimitado. Debe recordarse que el artículo 27 (cn) establece que todas "las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección". Esta elemental regla de igualdad restringe el ámbito de incidencia de las leyes singulares o de caso único a aquellas situaciones en que concurran circunstancias objetivas que justifiquen ese trato desigual, sin que en ningún caso se pueda traducir en una disminución de garantías para el afectado o en el nacimiento de una situación discriminatoria no justificada.[36] Ahora bien, estas

34 Villar Palasí y Villar Ezcurra aseguran que la "explicación es lógica y política a un tiempo ya que una vez admitido que la soberanía radica en el pueblo (como principio político) resulta necesario que la norma emanada directamente del mismo (esto es, la Constitución) tenga reconocido un valor superior sobre todas las restantes. A su vez, la norma emanada por el Parlamento (es decir, la ley formal), en la medida en que es el legítimo titular del poder al estar integrado por los representantes elegidos por el pueblo, habrá de tener una jerarquía mayor que las demás normas, pero inferior a la de la propia Constitución (ya que la voluntad soberana del pueblo no actúa directamente, sino a través de una representación)". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., pp. 87-88, nota 113.

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

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

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

Nota definitoria de la ley es su carácter de concreción normativa de la voluntad general, expresada por el pueblo a través de sus representantes. Esto determina que no pueda ser concebida como una mera ejecución de la Constitución. Si ésta, como vimos, debe dejar un margen amplio para el juego de las distintas opciones políticas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, la ley va a ser el instrumento a través del cual esa voluntad general se convierta en cada caso en norma jurídica, por lo que podrá moverse libremente dentro de ese espacio que necesariamente crea la Norma Fundamental.[37]

Elemento del que se derivan a su vez importantes consecuencias a la hora de su control judicial, pues la verificación de la constitucionalidad de la ley no puede ir más allá de la mera fiscalización negativa de que no vulnera la Norma Suprema, estándole vedado un control positivo de las decisiones de oportunidad tomadas por el Poder Legislativo en cada momento concreto, pues éstas constituyen un ámbito que queda remitido a aquellos a quienes la voluntad popular entregue en cada momento el poder político.[38]

B) Clases de leyes

En el derecho de Nicaragua se deben distinguir, tomando en lo esencial la tipología elaborada por Flavio Escorcia, tres grandes tipos de leyes: leyes constitucionales, leyes especiales y leyes ordinarias.[39]

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

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

criminatorio no justificable, contraviniendo, consecuentemente, el principio de igualdad." Alzaga Villaamil, Gutiérrez Gutiérrez y Rodríguez-Zapata, op. cit., pp. 363-365, nota 333.

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

38 Según Sánchez Morón, el "único control jurisdiccional que cabe ejercer […] sobre la obra del legislador es puramente negativo o anulatorio […] Más allá de eso, el acierto o desacierto político del legislador no puede ser objeto de control jurisdiccional, sino tan sólo de la crítica política y de la valoración de la opinión pública y, en último extremo, del cuerpo electoral". Sánchez Morón, op. cit., p. 161, nota 355.

39 Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 105, nota 2.

que vamos a designar, siguiendo la tipología ya mencionada de Flavio Escorcia, como leyes especiales.

Las leyes constitucionales se caracterizan por que su reforma exige que se siga el procedimiento establecido para la reforma parcial de la Constitución, con la excepción del requisito de las dos legislaturas (artículo 195, cn). No necesitan sanción del Poder Ejecutivo[40] (artículo 141, cn). Son leyes constitucionales la Ley Electoral, la Ley de Emergencia y la Ley de Amparo (artículo 184, cn).

Las leyes especiales vendrían a constituir una categoría residual en la que se incluyen todos aquellos supuestos en los que, sin exigirse los requisitos que determinan la calificación como ley constitucional, se impone un procedimiento de aprobación que presenta alguna peculiaridad respecto al exigido para aprobar leyes ordinarias.[41] En realidad, no son una categoría uniforme, pues el rasgo específico que las convierte en especial varía según el supuesto de que se trate.

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

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

Aunque hay quien ha manifestado opinión contraria,[42] suele considerarse que las leyes constituyen un único escalón jerárquico dentro del sistema de fuentes del derecho,

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

41 Flavio Escorcia las define, por ello, como aquellas "que requieren para su aprobación o reforma de una votación calificada o de una tramitación especial ". Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 105, nota 2.

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

por lo que no se relacionan entre sí por vínculos de jerarquía, sino de competencia. Así ocurre, en cualquier caso, en Nicaragua, donde la relación entre leyes ordinarias y leyes especiales y constitucionales no es jerárquica, sino de competencia.[43] De aquí se deriva una serie de consecuencias importantes.

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

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

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

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

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

Si bien debe tenerse en cuenta que esa ley será ley ordinaria y no ley especial o constitucional, por lo que en lo sucesivo podrá ser modificada o derogada siguiendo los requisitos que se exigen para la aprobación de una ley ordinaria. Esto convierte los conceptos de leyes constitucionales y especiales en conceptos materiales y no formales; en otras palabras, sólo serán ámbitos sujetos a regulación por estas leyes los que la Constitución establezca que deben regirse por ellas.

Téngase en cuenta que, en caso contrario, se estaría dejando en manos del legislador la posibilidad de reservar la regulación de una materia a ley especial o constitucional. Eso llevaría a la petrificación del ordenamiento jurídico, pues si en un determinado momento el partido político en el poder gozase de una amplia mayoría, podría tener la tentación de regular algunas materias regulables por ley ordinaria conforme a requisitos más rigurosos, dificultando la posterior regulación de la misma por el grupo político que le sucediera, en su caso, en el gobierno.[44]

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

43 Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 105, nota 2.

44 Véase Parejo Alfonso, Luciano, op. cit., p. 260, nota 326.

2. Reglamento

A) Concepto

El reglamento es una norma de carácter general dictada por el gobierno o por la administración, que se caracteriza por tener rango inferior a la ley, y estar, por tanto, subordinada a ésta,[45] no pudiendo tener un contenido contrario a la misma, pues en tal caso sería nula.[46]

Existen dos grandes corrientes a la hora de fijar la naturaleza del reglamento. En algunas tradiciones jurídicas se enfatiza su elemento formal, esto es, su procedencia del Ejecutivo y no del legislador, en detrimento de su aspecto material, es decir, su carácter normativo que lo diferencia de las resoluciones singulares; perspectiva desde la que se considera al reglamento como un determinado tipo de acto administrativo (acto administrativo de carácter general).[47]

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

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

47 J. C. Santofimio Gamboa afirma que en "Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de carácter general". A lo que añade que "el tema del llamado acto administrativo de carácter general surge para la teoría del acto de manera tangencial, a partir del desarrollo del concepto material de ley, de donde se desprende la hipótesis de que las autoridades administrativas pueden expedir actos de contenido general similares a la ley pero ausentes de los procedimientos y de la base democrática de ésta. Este asunto, que en algunos ordenamientos jurídicos se resuelve por la vía de la concepción, según la cual estas manifestaciones constituirían verdaderas expresiones legislativas, en otros como el nuestro rechazamos esta postura calificando a las mismas como fenómenos propios y exclusivos de la administración en ejercicio de sus poderes y atribuciones de carácter público, es decir, orgánica y funcionalmente diferentes a la ley, por tanto manifestaciones generales y abstractas propias de la administración y de ninguna manera del legislador". Santofimio Gamboa, J. C., "Panorama general del derecho administrativo en Colombia", en González-Varas Ibáñez (dir.), El derecho administrativo iberoamericano, Granada, inap/uim, 2005, p. 223. En la misma línea,Vedel señala que el "derecho francés […] con-cede más importancia a las distinciones y a los criterios formales que a las distinciones y a los criterios materiales. Las diferencias que separan la ley del reglamento son más importantes que las semejanzas que los aproximan". "En realidad, el reglamento tiene un régimen jurídico más próximo al de las decisiones no reglamentarias que al de la ley. *El acto reglamentario no es más que una variedad de la decisión ejecutoria*; es uno más entre los actos administrativos; no participa para

Frente a ello, en otras familias jurídicas se da una mayor trascendencia al elemento material antes citado, entendiendo, en consecuencia, al reglamento como una realidad de naturaleza en esencia normativa, radicalmente diferente al acto administrativo.[48] Es esta última postura la que rige en Nicaragua, donde se parte de la consideración del reglamento y del acto administrativo como dos figuras jurídicas diferenciadas.

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

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

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

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

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

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

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

nada de la soberanía ni de la infabilidad jurídica de la ley". Vedel, Georges, Derecho administrativo, traducción de la sexta edición francesa por J. Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, p. 150, nota 100.

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

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

B) Clases de reglamentos

Dependiendo de su relación con la ley se pueden distinguir tres tipos de reglamentos: ejecutivos o delegados, independientes o autónomos, y de necesidad: a) los reglamentos ejecutivos son aquellos que vienen vinculados a una ley, a cuyo desarrollo se orienta su existencia;[49] b) los reglamentos independientes son los que se dictan sin relacionarse con una ley previa, y c) los reglamentos de necesidad son los que de manera excepcional se pueden dictar para hacer frente a una situación especialmente urgente, pudiendo, en atención a esa circunstancia, tener un contenido contrario a la ley, si bien de manera estrictamente provisional, mientras perdura esa situación de necesidad.

C) Atribución de la potestad reglamentaria

El reglamento es una manifestación normativa propia del Poder Ejecutivo. El poder reglamentario corresponde, en consecuencia, al gobierno y a la administración. Huelga justificar la necesidad de la atribución de este poder normativo al Ejecutivo, pues hoy en día es una realidad pacíficamente admitida su necesidad, consecuencia necesaria de la incapacidad del Poder Legislativo para dar respuesta a la elevada y multiforme demanda de normas jurídicas que exige toda sociedad. El poder reglamentario se hace así imprescindible para colaborar con el Legislativo en la regulación de las relaciones sociales, bien ocupándose de desarrollar aspectos procedimentales, técnicos o de organización, o dando respuesta a cuestiones especialmente volátiles, que requieren respuestas normativas más rápidas que las que proporciona el legislador.[50]

La Constitución de Nicaragua no otorga, sin embargo, expresamente ese poder al conjunto del gobierno y la administración, sino tan sólo a un órgano concreto de la misma: el presidente de la República. Así lo hace, concretamente, el artículo 150.10 (cn), según el cual es atribución del presidente de la República reglamentar "las leyes que lo requieran".

49 Por ejemplo, el previsto en el artículo 114 de la lce, que establece que el "presidente de la República dictará el reglamento general de esta ley, en el plazo establecido en la Constitución Política".

50 Sánchez Morón asegura que los parlamentos "no pueden regular todo, por lo que necesitan la colaboración subordinada del reglamento […] es preciso que el gobierno y la administración tengan la capacidad de dictar normas jurídicas, sea para desarrollar las leyes y complementarlas en aspectos secundarios (de organización y procedimiento, por ejemplo), sea para abordar aspectos prolijos o meramente técnicos […] o para responder con la necesaria flexibilidad y rapidez a cambios coyunturales de circunstancias […] funciones normativas o reguladoras que difícilmente la ley puede abordar". Sánchez Morón, *Derecho administrativo*. Parte general, Madrid, Tecnos, pp. 180-181, nota 355.

3. Tratados internacionales

Los tratados internacionales son una fuente tradicional del derecho prácticamente en todos los países de nuestro entorno,[51] de creciente importancia debido a la profunda internacionalización de las relaciones sociales y jurídicas de todo tipo que hemos vivido durante los últimos años.

Por tratados internaciones se deben entender los acuerdos celebrados por el Estado de Nicaragua con otros Estados soberanos o con otros sujetos de derecho internacional público. Desde el punto de vista formal se pueden plasmar en instrumentos muy diversos (acuerdos, convenios, protocolos, etcétera).

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

Esto no impide, obviamente, que en el ámbito interno también sean fuente del derecho, pues una vez suscritos válidamente, los tratados internacionales pasan a integrarse en el ordenamiento jurídico de Nicaragua, como cualquier otra norma interna.[52]

La negociación, la celebración y la firma de los tratados internacionales corresponden al presidente de la República (artículo 150.8, cn);[53] mientras que su aprobación corresponde a la Asamblea Nacional (artículo 138.12, cn).[54]

Dichos instrumentos deberán ser presentados a la Asamblea Nacional en un plazo de 15 días a partir de su suscripción; solamente podrán ser dictaminados y debatidos en lo general y deberán ser aprobados o rechazados en un plazo no mayor de 60 días a partir de su presentación en la Asamblea Nacional. Vencido dicho plazo, se tendrá por aprobado para todos los efectos legales (artículo 138.12, cn).

Esta regulación es criticable por múltiples motivos. Así, en primer lugar, porque deja fuera del alcance del control del Poder Legislativo un buen número de convenios internacionales.[55]

51 Pérez Royo, J., *Las fuentes del derecho*, 5ª ed., Madrid, 2007 p. 145.

52 Flavio Escorcia, Derecho…, p. 109.

53 El artículo 150.8 de la Constitución de Nicaragua recoge entre las atribuciones del presidente de la República la de negociar, "celebrar y firmar los tratados, convenios o acuerdos y demás instrumentos que establece el inciso 12 del artículo 138 de la Constitución Política para ser aprobados por la Asamblea Nacional".

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

55 Flavio Escorcia, Derecho…, p. 109.

En segundo lugar, no parece muy acertado que sólo se atribuya al Poder Legislativo la facultad de rechazar o aprobar el tratado, con lo que parece dejar fuera de sus atribuciones la posibilidad de modificarlo.[56]

Por otro lado, porque establece exclusivamente un control a posteriori de los tratados, pero no a priori, lo que puede provocar que el Ejecutivo suscriba tratados que luego no reciban la aprobación del Poder Legislativo,[57] lo cual puede suponer un problema práctico de primer orden, en cuanto que el Estado de Nicaragua ya se habría comprometido en el ámbito internacional.

Una problemática similar se suscita desde el artículo 182 (cn), que niega que tengan valor alguno los tratados internacionales que se opongan o alteren las disposiciones de la Constitución;[58] régimen que reitera el artículo 6 de la Ley de Amparo[59] (en adelante la).[60]

Tomando base en este artículo, la doctrina ha señalado la posibilidad de impugnar a los tratados internacionales de constitucionalidad como cualquier ley, haciendo posible así su revisión por la Corte Suprema.[61] Esto nos sitúa ante la misma situación que veíamos en el caso anterior, pues el Estado ya habría adquirido un compromiso de acuerdo con el derecho internacional.

En definitiva, en ambos casos, la falta de un control previo (de la voluntad del Legislativo y de la compatibilidad con la Constitución) puede conducir a un serio problema, difícilmente resoluble con posterioridad: el Estado de Nicaragua se habría vinculado en el plano internacional a algo contrario en el derecho interno, lo que le aboca a un incumplimiento del derecho internacional, pues no tendría ya capacidad para desvincularse unilateralmente de dicho compromiso, sin vulnerar este derecho.[62]

56 Idem

57 Ibid., p. 109, nota 119.

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

59 Ley de Amparo núm. 49, aprobada el 11 de febrero de 2008 y publicada en *La Gaceta*, núm. 212, 4 de noviembre de 2008.

60 El artículo 6 de Ley de Amparo establece que los "tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución Política prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional".

61 Flavio Escorcia, *Derecho*…, p. 109.

62 Alzaga Villaamil, *Derecho*…, p. 647. Pérez Tremps, en López Guerra et al., *Derecho*…, p. 118. Balaguer Callejón, en Balaguer Callejón, F., et al., *Manual de derecho constitucional,* vol. i, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2007 p. 142. M. Díez de Velasco asegura que un tratado internacional, al ser "norma internacional, su primacía sobre el derecho interno se sustenta en el propio derecho internacional y no depende de un reconocimiento al efecto por parte de la Constitución. Todo Estado, independientemente de los preceptos de su ordenamiento interno, como miembro de la comunidad internacional, está obligado a respetar sus compromisos internacionales aceptando la superioridad jerárquica del derecho internacional.

"Si un Estado dejara de aplicar un tratado aplicando disposiciones contrarias de una ley interna comete un hecho ilícito internacional e incurriría en responsabilidad internacional ante

No se puede deducir del ordenamiento jurídico de Nicaragua la existencia de una primacía del tratado internacional respecto de la ley en caso de que entraran en conflicto.[63]

La Constitución fija un régimen específico para los tratados internacionales dictados para la defensa de los derechos fundamentales en su artículo 46, que establece que en

> el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Con ello se está reconociendo implícitamente la superioridad de dichos tratados respecto a cualquier norma interna, incluida la propia Constitución, cuyos preceptos deberán interpretarse de conformidad con dichos instrumentos internacionales.[64]

De aquí se deriva la constitucionalización de estos instrumentos, que alcanzan el valor de norma constitucional, posibilitando ante el Máximo Tribunal de Justicia por inconstitucionalidad de cualquier norma que se oponga a dichos convenios internacionales.[65]

4. JURISPRUDENCIA DICTADA EN EL MARCO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El ordenamiento jurídico de Nicaragua adopta en orden al control de la constitucionalidad de las normas un sistema mixto, que combina elementos de los sistemas difuso y concentrado, si bien con cierta tendencia a reforzar los elementos propios de este último.[66]

la otra u otras partes del tratado". *Instituciones de derecho internacional público,* 15ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 238-239.

63 Flavio Escorcia, *Derecho*…, p. 109.

64 Entendemos aplicable a este precepto del ordenamiento jurídico de Nicaragua lo que señala O. Alzaga Villaamil para el precepto que cumple idéntica funcionalidad en la Constitución española. Este autor afirma que esto "supone reconocer que, llegado el momento de interpretar los preceptos de la Constitución española sobre derechos y libertades, hay que aceptar la lectura que mejor se acomode a los convenios internacionales que sobre la materia haya ratificado nuestro país. Ello es tanto como acatar la superioridad de las declaraciones, tratados y acuerdos internacionales acerca de derechos fundamentales sobre cualquier norma de nuestro derecho interno que pretendiese contravenir éstos (pues no sólo se estaría incurriendo en un incumplimiento por nuestro Estado de obligaciones internacionales que tiene contraídas, sino que la norma en cuestión sería sin duda inconstitucional). Derecho político español I, 4ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, p. 645.

65 Flavio Escorcia, *Derecho*…, p. 110.

66 Pérez Tremps, P., "La justicia constitucional en Nicaragua", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 106 (octubre-diciembre de 1999), p. 11.

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

El recurso por inconstitucionalidad puede ser interpuesto por cualquier ciudadano o ciudadanos (artículo 8, la), dentro del término de 60 días contados desde la fecha en que entre en vigencia la norma impugnada (artículo 12, la), mediante escrito remitido directamente a la Corte Suprema de Justicia (artículo 13, la), dirigiéndose el recurso contra el titular del órgano que emitió la norma impugnada (artículo 9, la).

Conocerá del recurso y lo resolverá la Corte Suprema de Justicia en pleno (artículo 10, la), siendo parte en la sustanciación del recurso la Procuraduría General de Justicia (artículo 11, la).

La declaración de inconstitucionalidad, a partir de la sentencia que lo establezca, tendrá por efecto la inaplicabilidad de la norma impugnada o de la disposición o disposiciones de la misma si la inconstitucionalidad fuere parcial (artículo 20, la); esto es, produce efectos generales.[67]

La Corte Suprema, previa notificación de las partes, enviará copia de la sentencia a los demás poderes del Estado para su conocimiento y la mandará publicar en el diario oficial La Gaceta (artículo 20, la).

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

Dicha solución, sin embargo, no parece muy lógica, pues parece más acertado considerar que la sentencia produce efectos generales sólo cuando declara la inconstitucionalidad. En dicho supuesto suele afirmarse que el tribunal encargado del control de constitucionalidad asume el papel de un "legislador negativo", en cuanto sus decisiones producen los mismos efectos erga omnes que producen las leyes.[68]

Sin embargo, no parece que tenga mucho sentido la aplicación de esa solución cuando se declara la constitucionalidad, en cuyo caso sólo se debería generar efecto de cosa juz-

67 Pérez Tremps, *La justicia constitucional*…, p. 18.

68 Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F., y Rams Albesa, J. (en adelante Lacruz Berdejo et al.), *Elementos de derecho civil*. *Parte general*, vol. 1, *Introducción*, 4ª ed. revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Madrid, Dykinson, 2006, p. 185. Como señala Alzaga Villaamil, fue "Hans Kelsen, inspirador de los tribunales constitucionales checoslovaco y austriaco de la década de los veinte, quien definió esta institución como 'legislador negativo', pues si declara en sentencia que una ley es inconstitucional la borra del ordenamiento jurídico, ya que ha de ser un todo coherente que respete la primacía de la Constitución. Consecuentemente, las sentencias de un Tribunal Constitucional que se pronuncian afirmativamente sobre la presunta inconstitucionalidad de una ley, o preceptos de la misma, surte, para Kelsen, en la práctica, análogo impacto que la decisión del legislador de derogar una ley o alguno de sus mandatos". *Derecho político*…, p. 688.

gada entre las partes. Esto permitiría que otra persona con una mejor fundamentación pudiera plantear de nuevo la cuestión y lograr la inconstitucionalidad, a lo que se añade que habilitaría un eventual cambio de jurisprudencia por parte de la Corte Suprema y abriría una vía para la actualización de su doctrina, evitando que ésta quede anquilosada en el pasado.[69]

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

La parte recurrente de un recurso de casación o de amparo podrá alegar la inconstitucionalidad de la norma que se le haya aplicado (artículo 22, la). Si dicha alegación resultare ser cierta, la Corte Suprema, además de casar la sentencia o de amparar al recurrente, declarará la inconstitucionalidad de dicha norma (artículo 22, la).

69 Fuera de Nicaragua se han pronunciado en tal sentido Lacruz Berdejo et al., que señalan que "las sentencias que desestiman el recurso y declaran sin más que la ley impugnada no es contraria a la Constitución carecen de fuerza de ley y no alteran en nada la realidad normativa preexistente; de modo que, en el futuro, cabría que el mismo tribunal reexaminara su constitucionalidad en un nuevo proceso". Elementos…, p. 185.

En relación directamente con el ordenamiento de Nicaragua se ha pronunciado en tal sentido I. Escobar Fornos, que señala lo siguiente: "Creo que de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Amparo la sentencia que declara la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la ley produce efectos generales. Creo que las resoluciones que desestimen la inconstitucionalidad de una ley, decreto o reglamento, únicamente deben producir cosa juzgada entre las partes.

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

"a) No cambiar la jurisprudencia que desecha la inconstitucionalidad, viola el principio de igualdad porque el simple hecho de que otra persona anteriormente haya promovido un caso y obtenido la declaración de constitucionalidad, no es razón para negarle a otro la oportunidad de lograr justicia luego de un mejor estudio, ya sea que se aleguen nuevos motivos, causas o razones o que sean los mismos.

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

"b) El cambio de circunstancias.

"c) El cambio del juez constitucional.

"d) El cambio de opinión del juez constitucional.

"e) La jurisprudencia constitucional no puede anclarse.

"La interpretación de la ley dentro del contexto constitucional, ya sea que se aleguen nuevos motivos o las mismas causas y razones, no puede permitir que la jurisprudencia constitucional quede empobrecida. Por supuesto que este cambio jurisprudencial tiene que hacerse con mucha prudencia y motivación razonable". "Nicaragua: propuestas para reformas a la Ley de Amparo", en www.iidpc.org/ revistas/8pdf/509 517.pdf, pp. 499-500.

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

5. Jurisprudencia

El término jurisprudencia es susceptible de ser interpretado con sentidos y significados muy diversos.[70] Sin embargo, en un sentido técnico preciso, que es con el que lo utilizamos aquí, se refiere a la doctrina emanada de las resoluciones judiciales. Si bien, aun tomado en este sentido técnico, es posible diferenciar dos grandes conceptos de jurisprudencia.

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

Esta línea es la que se ha seguido por una parte de la doctrina nicaragüense para definir la jurisprudencia. En tal sentido se pronuncia Rizo Oyanguren, que la define como las "decisiones de los tribunales resolviendo cuestiones de derecho".[71]

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

Esta posición la ha defendido dentro de la doctrina nicaragüense Flavio Escorcia, que define la jurisprudencia como "un conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho. Es decir, la jurisprudencia es la interpretación que el Tribunal Supremo de un país establece en los asuntos de que conoce; es la práctica judicial constante".[72]

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

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

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

71 Rizo Oyanguren, *Manual elemental*…, p. 57.

72 Flavio Escorcia, *Derecho*…, pp. 136-137.

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

La doctrina nicaragüense oscila entre las dos concepciones clásicas que antes examinamos. Así, una parte de la misma tiende a considerar que la jurisprudencia no es fuente del derecho, sino un simple medio para fijar la interpretación de las leyes (Rizo Oyanguren, Flavio Escorcia). En tal sentido, Rizo Oyanguren señala que en "principio la jurisprudencia no debe considerarse como una fuente, porque la función judicial de donde proviene no tiene por finalidad crear el derecho, sino aplicarlo en los casos en que haya controversia, de tal manera que, por regla general, la jurisprudencia constituye un medio importante para fijar la interpretación de las leyes".[73]

La postura contraria es defendida por Escobar Fornos, que afirma:

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

En nuestros sistemas no es posible sostener que la jurisprudencia sustituya a la ley en el proceso de creación del derecho; es más, muchas legislaciones y autores no la consideran como una fuente formal del derecho. Creo que es una fuente complementaria de la ley porque si bien es cierto que el derecho es completo, la ley no lo es.[74]

Si bien lo anterior no impide que resalte su enorme importancia práctica que la aproxima en cierta medida al papel de una auténtica fuente del derecho o la convierte en fuente indirecta del derecho.[75]

Sin embargo, en algún texto legal de menor rango se pueden encontrar afirmaciones tajantes que consideran como tal a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, el artículo

73 Rizo Oyanguren, Manual elemental…, p. 57. En sentido similar también se pronuncia Flavio Escorcia, *Derecho*…, pp. 136-137.

74 Escobar Fornos, *Las fuentes*…, pp. 757-758.

75 Al respecto Rizo Oyanguren asegura que "hay que reconocer que, desde un punto de vista práctico, el conocimiento de la jurisprudencia puede resultar ineludible a la vista de conocer la interpretación que de la ley realicen los tribunales de justicia". *Manual elemental*…, p. 57.

2.5 de la Ley 562, Código Tributario de la República de Nicaragua (aprobado el 28 de octubre de 2005), incluye entre las fuentes del derecho a la "jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia".

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

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

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

Dicha doctrina luce claramente en el artículo 13 de la lopj, que establece que los "jueces y magistrados deben resolver de acuerdo a los fallos judiciales precedentes y sólo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de interpretación".

Esta disposición supone, sin duda, un paso importante en la búsqueda por unificar la jurisprudencia de los distintos órganos integrantes del Poder Judicial.[76]

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

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

Así lo establece de forma rotunda el artículo 8 de la lopj, que establece que los

> magistrados y jueces, en su actividad jurisdiccional, son independientes en todas sus actuaciones y sólo deben obediencia a la Constitución Política y la a ley. No pueden los magistrados, jueces o tribunales, actuando individual o colectivamente, dictar instrucciones o formular recomendaciones dirigidas a sus inferiores acerca de la aplicación o interpretación del orden jurídico en asuntos sometidos a su conocimiento.

76 Escobar Fornos asegura que este precepto es "un avance en la uniformidad de la jurisprudencia en manos de todo el Poder Judicial. No es únicamente una uniformidad general formulada por la Corte Suprema de Justicia, sino una uniformidad exigida para cada juzgado y Tribunal de Apelaciones, y la Corte Suprema de Justicia, para evitar que los funcionarios judiciales, irrespetando el principio de legalidad o igualdad, fallen constantemente en forma diferente un mismo caso". *Las fuentes*…, p. 762.

Tan sólo cabe que a "los efectos de asegurar una administración de justicia pronta y cumplida, el superior jerárquico podrá girar instrucciones generales de carácter procedimental" (artículo 8, lopj).

Esta solución debe matizarse, sin embargo, cuando nos referimos a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.Ya habíamos visto

que en algún precepto de rango de ley se le da a ésta la consideración de auténtica fuente del derecho. A nuestro juicio, conviene, antes de enfrentarnos a esta afirmación, hacer un breve examen de las características de este órgano judicial.

La Corte Suprema es el órgano superior del Poder Judicial de Nicaragua (artículo 159, cn). Está integrada por 16 magistrados elegidos por la Asamblea Nacional para un periodo de cinco años (artículo 163, cn), que gozan de inmunidad (artículo 162, cn) y que únicamente podrán ser separados de sus cargos por las causas previstas en la Constitución y en la ley (artículo 162, cn). Toman posesión de su cargo ante la Asamblea Nacional, previa promesa de ley (artículo 163, cn).

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

Puede funcionar en pleno o en salas. La organización e integración de estas últimas se acordará entre los mismos magistrados, conforme lo estipula la ley de la materia (artículo 163, cn). Corresponde a la Corte plena conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley y los conflictos de competencias y constitucionalidad entre los poderes del Estado (artículo 163, cn).

Los magistrados de la Corte eligen, además, entre ellos, a su presidente y a un vicepresidente, por mayoría de votos, para un periodo de un año, pudiendo ser reelectos (artículo 163, cn).

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

giones autónomas de la Costa Atlántica; n) dictar su reglamento interno y nombrar al personal de su dependencia.

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

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

Más allá de aquí, es evidente el carácter central que ostenta este órgano dentro del Poder Judicial de Nicaragua, posición que, entendemos, determina que asuma una tarea clave en orden a dar coherencia y uniformidad a la jurisprudencia nicaragüense,[77] que justifica que se defienda para su jurisprudencia un valor especial, que permite calificarla como fuente del derecho.

6. El precedente administrativo

Se entiende por precedente administrativo la doctrina que puede extraerse de las resoluciones dictadas por la administración en asuntos sustancialmente idénticos.[78]

El derecho administrativo de Nicaragua no recoge referencias específicas en orden a la consideración o no del precedente administrativo como fuente del derecho. Entendemos que debe darse por buena, en consecuencia, la tesis mayoritaria que rige en la teoría general del derecho, que niega a esta figura el carácter de auténtica fuente del derecho, careciendo, en consecuencia, de carácter vinculante, y siendo posible, por ello, que la administración pueda apartarse en principio de éste.[79]

77 Escobar Fornos señala que el "Poder Judicial está integrado por jueces, magistrados de los tribunales de apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. Existen jueces diseminados en toda la República, nueve tribunales de apelaciones y una sola Corte Suprema de Justicia.

"Ante esta distribución del Poder Judicial y en virtud de la independencia interna de los jueces y tribunales de fallar de acuerdo a su criterio legal, es posible que se forme un desconcierto jurídico en la aplicación de la ley porque algunos jueces o tribunales pueden aplicar la misma ley en forma diferente en casos idénticos, lo que crea inseguridad y desigualdades jurídicas […]

"Solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la uniformidad general de la jurisprudencia, la que […] es obligatoria". *Las fuentes*…, pp. 759-764.

78 En tal sentido S. Fernández Ramos afirma que el precedente administrativo es "la reiteración por parte de la administración en la aplicación de un determinado criterio para supuestos sustancialmente idénticos". *Manual básico de derecho administrativo* (escrito conjuntamente con E. Gamero Casado), 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 125. M. Sánchez Morón define el precedente como "la respuesta o decisión adoptada con anterioridad por una misma adminsitración en un supuesto o una serie de supuestos similares a aquel con el que se compara". *Derecho administrativo*. Parte general, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, p. 131.

79 Fernández Ramos, Manual…, p. 125. Sánchez Morón, Derecho…, p. 131. García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez,T. R., *Curso de derecho administrativo* I, 13ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, pp. 78-80.

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 en criterios objetivos esa decisión, pues en caso contrario se estaría produciendo una grave vulneración de los dos principios antes citados.[80]

7. DOCTRINA CIENTÍFICA

Cuando hablamos de doctrina científica nos referimos a los resultados derivados de la labor docente e investigadora de los expertos en derecho. En Nicaragua, Escobar Fornos la ha definido como "las investigaciones, estudios, obras y exposiciones de los jurisconsultos".[81]

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

Cabe, por tanto, dar por buena para el derecho nicaragüense la posición más difundida que niega a la doctrina el carácter de auténtica fuente del derecho, siendo tan sólo un medio para conocer éste. Su valor no es, en consecuencia, más que la capacidad de la influencia que le proporcione la autoridad de su autor o de lo argumentos en los que se apoye.[82]

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

Este autor afirma que la doctrina es fuente indirecta, en cuanto contribuye a la elaboración del derecho escrito. En efecto, la doctrina orienta la labor legislativa, pero no llega

80 Sánchez Morón asegura que "el precedente despliega un cierto valor vinculante para la administración a través de los principios de igualdad ante la ley y de protección de la confianza legítima. Por eso, si la administración se aparta del precedente en un caso concreto, debe justificar y motivar su decisión […] ya que su conducta puede ser un indicio de desigualdad de trato ilícita o discriminatoria". *Derecho*…, p. 131.

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

82 En este sentido se pronuncia Albaladejo, que señala que la doctrina científica no "es fuente del derecho, sino puro medio para conocerlo (fuente de conocimiento).

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

a alcanzar categoría de precepto legal. Si en Roma las respuestas de los jurisconsultos a las interpelaciones jurídicas llegaron a obtener fuerza legal, son muy distintas las circunstancias políticas de los tiempos que corren para que […] puedan merecer las manifestaciones de la opinión científica igual trato.

> Como vemos, la doctrina no tiene imperatividad propia de la ley, por cuanto no procede de un órgano del Estado; tiene, en cambio, la imperatividad de la lógica y de buen sentido, que justifica su carácter de fuente indirecta del derecho administrativo.[83]

En el mismo sentido se pronuncia también Escobar Fornos, que señala, además, cómo en el sistema moderno se aplican preferentemente respecto a la misma no sólo los preceptos escritos, sino también la jurisprudencia de los tribunales.[84]

Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones acerca de la peculiar evolución de la doctrina científica en el campo del derecho administrativo en Nicaragua.

El primer dato que debe destacarse es el escaso tratamiento científico de esta materia entre los juristas nicaragüenses, que han dirigido con mayor frecuencia a otras áreas del derecho.[85]

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

Debe citarse, a nuestro juicio, como primera gran obra de la doctrina iusadministrativa nicaragüense, la obra pionera de I. Palma Martínez, editada en Managua en 1947.[86] El segundo gran hito de la doctrina nicaragüense debe situarse, en nuestra opinión, bastante más tarde, a la altura de 1992, fecha en que ve la luz el manual elaborado por Rizo Oyanguren.[87] Más recientemente, en 2002, ha aparecido una relevante aportación, la de Flavio Escorcia.[88] En 2010, Derecho administrativo, tomos i y ii, de Karlos Navarro y Miguel

83 Rizo Oyanguren, *Manual elemental…*, pp. 57-58.

84 Escobar Fornos asevera que la doctrina "ya no es una fuente igual o superior a la ley, sino auxiliar de la ley. En el sistema actual, el derecho depende más de los jueces que de la opinión de los jurisconsultos, prevaleciendo sobre esta fuente la ley. No se concibe una Ley de Citas o algo similar en esta época. Las legislaciones no la reconocen como fuente formal, sino como real". *Las fuentes…*, pp. 754-756.

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

86 Palma Martínez, I., *Derecho administrativo, teórico y positivo*, Managua, Editorial Nuevos Horizontes, 1947.

87 Rizo Oyanguren, A., *Manual elemental de derecho administrativo*, León, Nicaragua, Editorial Universitaria, 1992.

88 Véase, por ejemplo, López, C. M., "Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo".

Ángel Sendín, considerada por el tratadista español Jesús González Pérez como la obra que ha llevado de la "adolescencia a la madurez" esta rama del derecho en Nicaragua.

Aunque no se hayan plasmado en obras de carácter general, sino en estudios sobre temas específicos, también debe darse un sitio prevalente a las imprescindibles aportaciones de dos autores básicos en el universo de administrativistas nicaragüenses. En primer lugar, sin duda, C. M. López, autor cuya obra, a nuestro juicio, ha sido decisiva para el desarrollo del derecho administrativo de Nicaragua. En segundo lugar, también se debe hacer mención destacada a la más que prometedora obra de Arrien Somarriba.[89]

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

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

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

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

IV. La organización administrativa del Estado de Nicaragua

Por derecho administrativo entendemos el derecho público interno que regula la organización y la actuación de la administración; su estudio comprende un aspecto estático —organización— y un aspecto dinámico —actuación— de la administración.

Garrido Falla entiende la administración pública: a) en el sentido subjetivo, como el conjunto de organismos estatales encuadrados dentro del llamado Poder Ejecutivo del Estado, y b) en el sentido objetivo, como la actividad desarrollada por dicho Poder Ejecutivo, excluida la actividad política o de gobierno. Y el derecho administrativo —añade—

89 Véase, por ejemplo, Arríen Somarriba, J. B., "El contencioso-administrativo en Nicaragua", *Cuadernos de Investigación de la UCA*, núm. 7, Col. Jurisprudencia. También "Los recursos administrativos en España y Nicaragua", en Clase de derecho contenciosoadministrativo (folleto), Universidad Centroamericana, Derecho Administrativo (acto, procedimiento, recursos, contrato y contencioso-administrativo), uca, 2010.

es la parte del derecho público que determina la organización y el comportamiento de la administración pública, disciplinando sus relaciones jurídicas con los administrados.[90]

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

En el capítulo iii, sobre el Poder Ejecutivo, el artículo 144 de la Constitución señala que "el Poder Ejecutivo lo ejerce el presidente de la República, quien es jefe de Estado, jefe de Gobierno y jefe supremo del Ejército de Nicaragua".

Y, la misma Constitución, en el título ix, capítulo i, artículo 175, en torno a los municipios, señala: "El territorio nacional se dividirá para su administración en departamentos, regiones autónomas de la Costa Atlántica y municipios. Las leyes de la materia determinarán su creación, extensión, número, organización, estructura y funcionamiento de las diversas circunscripciones territoriales".

De este artículo podemos comprender que la administración central del Estado está bajo la dependencia del gobierno central, a través de los distintos ministerios, secretarías de Estados, direcciones generales, etcétera. Constituyen también administración pública, las administraciones de base territorial: las regiones autónomas de la Costa Atlántica y los municipios. Y, también, las circunscripciones departamentales, que son formadas por la agrupación de varias entidades municipales.

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

Flavio Escorcia señala que en nuestra "Carta Magna ha faltado la existencia de un título o capítulo dedicado exclusivamente a la administración pública y sus principios inspiradores, tal y como sucede en los países democráticos".[91] Pone como ejemplo la Constitución española, que en el título iv de la Constitución de 1978 se refiere al "gobierno y la administración", estableciendo en su artículo 130: "La administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Los órganos de la administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo a la ley".

Sin embargo, consideramos que nuestros constituyentes han visto la organización administrativa como un conjunto de órganos. Así se desprende del artículo 151.1, según el cual el número, organización y competencias de los ministerios del Estado, de los entes autónomos y gubernamentales, de los bancos estatales y demás instituciones financieras del Estado, serán determinados por la ley.

90 Garrido Falla, Francisco, *Dos métodos en el estudio de la administración pública*, España, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1961.

91 Flavio Escorcia, *Derecho administrativo. Primera parte*, León, unam [Universidad Nacional Autónoma de Managua], p. 314.

A) ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

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

a) Atribuciones de los órganos administrativos

Un órgano administrativo es la instancia o dependencia encargada de resolver un expediente administrativo y que tiene competencia para resolver en nombre de la administración pública.

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

Los elementos de la organización administrativa son fundamentalmente tres: el territorio, la población y los funcionarios públicos. Esto se desprende de la propia naturaleza de la obra administrativa, que es, ante todo, obra del Estado, difundiéndose por su territorio y su po-

blación. Por otra parte, el Estado persona jurídica no puede actuar sino por conducto de las personas físicas naturales a quienes se denomina funcionarios públicos.

b) Elementos del órgano administrativo

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

Como elementos integrantes del órgano se encuentran los siguientes:

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

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

c) La competencia administrativa

La competencia de un órgano es el conjunto de funciones que le son atribuidas por el ordenamiento. La doctrina suele reservar el término competencia para designar las funciones atribuidas a las distintas entidades, y el de atribuciones cuando se trata de los órganos. También se define la competencia como la medida de potestad atribuida a un

órgano y supone la habilitación previa y necesaria para que el órgano pueda actuar válidamente. Por ello, la competencia tiene el carácter de irrenunciable o inderogable por cuanto no podrá cederse temporal o definitivamente a otros órganos, y tampoco podrá cederse a otros sujetos públicos o privados.

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

d) Criterios para determinar la competencia

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

a) Criterio material: consiste en que ha de atribuirse a cada órgano su propia competencia en dependencia de las funciones que le fueron atribuidas al ente; son tareas o actividades que el órgano puede realizar legítimamente.
b) Criterio territorial: supone que el órgano administrativo cuenta con un despliegue territorial de su aparato organizativo en las distintas áreas o divisiones territoriales; tendríamos así, según la organización política de cada país, competencias nacionales, provinciales y municipales, o federales, estaduales y comunales, etcétera.
c) Criterio jerárquico: implica la distribución de competencias diferenciadas para cada escalón jerárquico del aparato administrativo.
d) Criterio de fragmentación: establece una diferenciación en cuanto a las distintas fases del procedimiento administrativo.
e) Competencia en razón del grado: implica una distinción según si la competencia ha sido atribuida a los órganos máximos o distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos su-periores.

La clasificación de la competencia en razón del grado, pues, incuye fundamentalmente la competencia centralizada, desconcentrada y descentralizada.

e) Clases de competencia

a) Por su forma de atribución, la competencia puede ser genérica o específica; específica es la que resulta atribuida a un órgano concreto, y genérica, la que es asignada globalmente a la entidad.
b) Por la rigidez de la atribución: absoluta o exclusiva, alternativa, concurrente, indistinta y compartida.
    1) Competencia exclusiva: se dice que es la que sólo permite decidir al órgano que la tiene atribuida y a ningún otro.
    2) Competencia alternativa: es la que permite su ejercicio a un órgano distinto aunque de la misma entidad; tenemos como ejemplo la delegación y la avocación.
    3) Competencia compartida: es la atribuida a varios órganos en distintas fases de organización, ejecución o control.
    4) Competencia concurrente: es la que se establece en relación con una misma materia, pero por títulos jurídicos diferentes que están atribuidos a órganos distintos.

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

Sin embargo, la competencia se puede delegar por medio de dos técnicas relacionadas con el principio de jerarquía: la delegación y la avocación. A continuación abordaremos los conceptos de estas dos figuras.

f) Delegación de competencia

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

g) Avocación de competencia

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

h) Para resolver los conflictos de competencia

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

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

Estos conflictos competenciales, ya sean de carácter positivo o negativo, pueden ocasionar un desorden en la función de la administración.

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

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

Sin embargo, cuando existan dudas sobre la competencia en cuestiones administrativas de algún ministerio de Estado, para conocer de un asunto determinado, será el presi-

dente de la República quien resolverá, a la mayor brevedad posible, a quién corresponde en realidad dicha competencia.

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

Todo esto de acuerdo con lo establecido en la Ley 290, en los artículos 34 a 46.

B) La organización de la administración pública

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

En nuestro país, de conformidad con lo que establece el artículo 144 de la Constitución, el Poder Ejecutivo se deposita en un solo individuo al que se le denomina presidente de la República.

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

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

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

a) La centralización administrativa

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

La principal cualidad de la centralización administrativa es que las entidades centralizadas se encuentran relacionadas entre sí por un vínculo jerárquico.[92]

En la cúspide de la administración pública centralizada se encuentra el presidente de la República, y subordinados a él se localizan todos los órganos públicos inferiores.

92 Flavio Escorcia afirma que existe centralización administrativa cuando los órganos se encuentran colocados en diversos niveles, pero todos en una situación de dependencia en cada nivel hasta llegar a la cúspide en que se encuentra el jefe supremo de la administración pública. En otras palabras, la centralización se produce cuando los órganos se agrupan unos respectos a los otros, en una situación de dependencia tal, que entre todos ellos existe un vínculo jerárquico, que partiendo del órgano situado en el más alto grado de ese orden, los va ligando hasta el órgano de más ínfima categoría. Esa relación de jerarquía es la que mantiene y explica la unidad de la organización administrativa centralizada, a pesar de la diversidad de órganos que la forman. Tal unidad administrativa se garantiza a través de la concentración del poder y la decisión y de mando. Flavio Escorcia, *Derecho administrativo. Primera parte*, León, unam, p. 321.

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

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

La Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, en su artículo 4, define de la siguiente manera la centralización administrativa:

> Es una forma de organización administrativa, integrada en un régimen jerarquizado, en la que un conjunto de órganos se estructuran unos respecto a otros, de arriba hacia abajo, formando una unidad que se logra y se mantiene en virtud de las determinaciones del presidente de la República. Los ministerios de Estado son entes centralizados, no tienen autonomía de ningún tipo, patrimonio ni personalidad jurídica propia.

De acuerdo con esta definición podemos decir que la centralización administrativa presenta los siguientes elementos:

a) Concentración del poder público.
b) Concentración del nombramiento de funcionarios y empleados; es decir que el poder central tiene la facultad de designar a funcionarios y empleados de la administración así como revocar sus nombramientos.
c) Concentración de poder de decisión y competencia técnica para reunir en un organismo todas las actividades, en virtud de la técnica de la división del trabajo.

a.1. Órganos centralizados de Nicaragua

Entre los órganos centralizados de Nicaragua se encuentran los siguientes:

1) La Presidencia, bajo la dirección del presidente de la República, quien es jefe de Estado, jefe de gobierno y jefe supremo del ejército.
2) La Vicepresidencia de la República, que de acuerdo con el artículo 145 (cn) desempeña las funciones que señala la Constitución y las que les delegue el presidente de manera directa o a través de la ley; sustituye en el cargo al presidente, en caso de falta temporal o definitiva.
3) Los ministros de Estado. Bajo la dirección de un ministro y de un viceministro, los ministerios son los principales organismos a través de los cuales se impulsan las políticas del Estado y las funciones públicas. Tienen jurisdicción en toda la República, sus funciones son permanentes y las ejercen en un ministerio.

   El orden de procedencia de los ministerios se establece en el artículo 12 de la Ley 290:

   a) Ministerio de Gobernación.
   b) Ministerio de Relaciones Exteriores.
   c) Ministerio de Defensa.
   d) Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

e) Ministerio de Fomento, Industria y Comercio. f) Ministerio de Educación, Cultura y Deportes. g) Ministerio Agropecuario y Forestal.

h) Ministerio de Transporte e Infraestructura.

i) Ministerio de Salud.

j) Ministerio del Trabajo.

k) Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales.

l) Ministerio de la Familia.

m) Ministerio de Minas.

4) Las secretarías de Estado. Son dependencias que asisten al presidente de la República en las múltiples tareas de gobierno. Según el artículo 11 de el decreto 55-98 (reglamento de la Ley 290), las funciones que desempeñan las secretarías son por delegación presidencial y los secretarios tienen rango de ministros.

Las secretarías que existen actualmente son seis:

a) Secretaría de la Presidencia.

b) Secretaría Técnica.

c) Secretaría de Comunicación Social.

d) Secretaría de Acción Social.

e) Secretaría privada.

f) Secretaría personal.

b) La descentralización administrativa

La descentralización se puede definir como la transferencia de competencias de la administración central a la administración descentralizada, la cual está compuesta por una serie de entes (entes públicos menores) que, junto con el Estado, tienen encomendada la realización de los fines públicos.

La descentralización supone la existencia de otras personas jurídico-públicas dentro del Estado que administran bajo su responsabilidad determinadas materias o servicios. Los requisitos para que se produzca la descentralización son los siguientes:

1) Requisitos objetivos: transmisión de competencia o disminución de tutela o vigilancia. La transmisión de competencia es la manifestación típica de la descentralización y hay que decir que no es suficiente una mera delegación del ejercicio de la competencia. Respecto de la disminución de tutela o vigilancia hay que resaltar que muchos autores no la consideran como una manifestación de la descentralización. Otros afirman que supone una distancia entre la administración central y la administración descentralizada, y que por tanto puede ser una forma de acceder a la descentralización.
2) Desde un punto de vista subjetivo puede hablarse de descentralización cuando necesariamente existe transferencia de competencias o disminución de tutela entre entes. No hay descentralización cuando se traspasan competencias o hay disminución de facultades derivadas de la jerarquía de los órganos superiores respecto de los inferiores. Tampoco hay descentralización cuando se transfieren competencias pero el

ente de la administración descentralizada no actúa como tal, sino como órgano de la administración central.

Según Ariño Ortiz, toda descentralización trata de lograr la traslación real de una parte del Poder Ejecutivo desde el aparato central del Estado-organización a centros de imputación independientes de aquél; el contenido de esa parte del poder que se transfiere es lo que llamamos "competencias administrativas" (en ningún caso alcanza a la legislación o a la justicia); la transferencia se opera a través de una partición de las competencias (atribución de titularidad, no sólo de un ejercicio) entre los órganos o entes encuadrados en la organización general del Estado y otros entes distintos de aquél. Esencialmente, la descentralización es la atribución, por norma legal, de facultades de decisión independientes en los asuntos que integran la acción administrativa, a autoridades o centros no encuadrados en la administración del Estado. Lo cual supone que no hay descentralización más que cuando se dan estas condiciones:

1) Que la transferencia de potestad se realice a autoridades no sometidas jerárquicamente a las autoridades centrales del Estado (organización).
2) Que la atribución de potestad se haga de tal forma que el ente pueda decidir irrevocablemente, sin que estas decisiones sean, de ordinario, enmendadas por el Estado.
3) Que el ejercicio de esa potestad sea necesario (no puede ser sustituido) e independiente (no puede ser mediatizado, al menos jurídicamente).
4) Todo ello, salvo en los aspectos y casos tasados, en que existe legalmente establecido un poder de control por el Estado, en garantía de la legalidad de las actuaciones y —más excepcionalmente todavía— de una ordenada y diligente gestión.

Pues bien, lo que había de preguntarse es: ¿cuáles son las técnicas o mecanismos jurídico-administrativos que hacen posible este resultado? Para mí, éstos eran —y siguen siendo— los siguientes: primero, la designación o elección de autoridad; segundo, la atribución de competencia específica (exclusiva o compartida), pero siempre de necesario ejercicio por el ente que la tiene atribuida, y tercero, el carácter ejecutivo de sus decisiones y el carácter estricto y tasado de los poderes de revisión y control (autorizaciones, aprobaciones, suspensiones, alzadas, etcétera), que pueden integrar su situación de dependencia respecto de la organización central del Estado.[93]

b.1. Clases de descentralización

Se habla de tres tipos de descentralización que se corresponden con los tres tipos de personas jurídicas del Estado:

1) Descentralización territorial (entes locales): se efectúa a través de los entes territoriales.
2) Descentralización institucional (entes funcionales, organismos autónomos y otros entes públicos de base fundacional): da lugar a la creación de entidades, dotadas de personalidad jurídica propia, a las que se encomienda la realización de ciertas funciones de la administración del Estado; se trata de una técnica para agilizar la actividad de la administración y descargar a ésta de determinadas funciones.

93 Ariño Ortiz, G., "Principios de descentralización y desconcentración", *Documentación Administrativa*, núm. 215, abril-junio de 1988, pp. 24-26. Del mismo autor, *Realidad y dogmática de la descentralización: notas para la delimitación de un concepto*. Estudio-homenaje al profesor López Rodó, Madrid, 1972, pp. 174-229, y *Descentralización y Planificación*, Madrid, ieal, 1973.

3) Descentralización originaria: es aquella que se produce cuando el ente de que se trata deriva o depende de la administración estatal en sentido estricto.
4) Descentralización derivada: se produce cuando un ente descentralizado realiza a su vez una descentralización; por ejemplo, cuando los entes locales prestan sus servicios públicos por el sistema de fundación pública del servicio que consiste en la creación de un ente público al que se encomienda la gestión de dicho servicio.
5) Descentralización corporativa: corresponde a los entes públicos de base asociativa: cámaras, colegios, comunidades.

b.2. La descentralización administrativa en Nicaragua

La Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, en su artículo 4, define la descentralización administrativa como una forma de organización administrativa en la cual se confiere a un órgano, a través de una ley, autonomía técnica y administrativa. Se le otorga patrimonio propio y personalidad jurídica, existiendo control o tutela del presidente de la República o del ministerio al que estén vinculados. El director del ente es nombrado por el presidente de la República o por la autoridad establecida de acuerdo a su Ley Creadora.

Según la Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, la descentralización es una forma jurídica en la que se organiza la administración pública, mediante la creación de entes públicos por el legislador, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, y responsables de una actividad específica de interés público. A través de esta forma de organización y acción administrativas, que es la descentralización administrativa, se atienden fundamentalmente servicios públicos específicos.

No obstante su autonomía, las entidades descentralizadas se encuentran sometidas a las actividades de control y vigilancia de la administración pública central.

La descentralización permite la solución rápida de los asuntos administrativos, pues los intereses locales son mejor atendidos por las personas de la misma localidad y permite una atención más directa y cercana a los problemas.

b.3. Órganos descentralizados de Nicaragua

Las entidades descentralizadas que pueden mencionarse de acuerdo con el artículo 14, que están bajo la rectoría social de la Presidencia de la República, de acuerdo con la Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, son las siguientes:

a) Banco Central de Nicaragua: 1) Financiera Nicaragüense de Inversiones y 2) Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.
b) Fondo de Inversión Social de Emergencia.
c) Instituto Nicaragüense de Estudios Territoriales.
d) Instituto Nicaragüense de Energía.
e) Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados.
f) Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos.
g) Instituto Nicaragüense de Seguridad Social.
h) Instituto Nicaragüense de Seguros y Reaseguros.
i) Procuraduría General de Justicia.

j) Instituto de Desarrollo Rural.

k) Instituto de Vivienda Urbana y Rural.

II. Ministerio de Gobernación

a) Instituto de Seguridad Social y Desarrollo Humano del Ministerio de Gobernación.

III. Ministerio de Fomento, Industria y Comercio.

a) Instituto Nicaragüense de Apoyo a la Pequeña y Mediana Empresa.

b) Instituto Nicaragüense de Turismo.

IV. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

a) Instituto Nicaragüense de Cultura.

b) Instituto Nicaragüense de la Juventud y del Deporte.

V. Ministerio Agropecuario y Forestal.

a) Instituto Nicaragüense de Tecnología Agropecuaria.

b) Instituto Nacional Forestal.

VI. Ministerio del Trabajo.

a) Instituto Nacional Tecnológico. VII. Ministerio de la Familia.

b) Instituto Nicaragüense de la Mujer.

Las funciones de los entes descentralizados se encuentran establecidas en sus leyes orgánicas.

Además de los entes descentralizados que señala la Ley 290, están los municipios y las regiones autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua, las cuales constituyen el grado máximo de descentralización política o territorial del Estado, reconocida directamente por la Constitución y sus leyes especiales, y las universidades comprendidas en la Ley 89 de las instituciones de educación superior de Nicaragua.

c) La desconcentración administrativa

La desconcentración administrativa se define como la transferencia de competencias realizada por un órgano superior a otro o a otros subordinados. Los requisitos que se han de cumplir para el efecto son los siguientes:

a) Se ha de producir un traslado de la titularidad de la competencia de un órgano superior a otro inferior.

b) No habrá desconcentración si lo que se transfiere sólo es el ejercicio de la competencia y no su titularidad; disminuya la subordinación de los órganos inferiores respecto de los superiores.

c) La desconcentración (a diferencia de la descentralización) se da entre órganos de un mismo ente.

Hay varios tipos de desconcentración:

a) Desconcentración horizontal: cuando el destinatario es un órgano central. Por ejemplo: transferencia de competencias de un subsecretario a un director general.

b) Desconcentración vertical: cuando el destinatario es un órgano periférico de la administración central.[94]

La desconcentración surge como un medio para facilitar el dinamismo de la actividad de determinados órganos de la administración.

Las entidades desconcentradas de los órganos públicos centralizados reciben el nombre de organismos administrativos.

Los organismos desconcentrados dependen en todo momento del órgano administrativo al que se encuentran subordinados, y éstos dependen directamente del titular de la entidad central de cuya estructura forman parte.

La desconcentración es un acto de legislación por medio del cual se transfieren ciertas facultades de un órgano central a los organismos que forman parte de su propia estructura, con la finalidad de que la actividad que realiza la administración se haga de un modo pronto y expedito.

El organismo administrativo, además de carecer de patrimonio propio y personalidad jurídica, posee un estatus legal y su propio presupuesto que es determinado y asignado por el titular de la entidad central de la que depende.

La desconcentración puede ser:

a) Por materia: cuando al órgano desconcentrado se le da autonomía técnica en una materia específica.
b) Por territorio: cuando el órgano desconcentrado ejerce competencia sobre un determinado territorio, con el objeto de atender los asuntos que le correspondían al órgano del cual dependen.

La desconcentración administrativa se encuentra contemplada en la Ley 290, la cual dice que "el Poder Ejecutivo está integrado por el presidente de la República, el vicepresidente de la República, ministerios de Estado, entes gubernamentales, bancos y empresas estatales, y para el mejor cumplimiento de sus funciones puede organizarse de forma descentralizada o desconcentrada".

c.1. Órganos desconcentrados de Nicaragua

La Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo, en su artículo 4, define la desconcentración administrativa, como

> una forma de organización administrativa en la cual un órgano centralizado confiere autonomía técnica a un órgano de su dependencia para que ejerza una competencia limitada a cierta materia o territorio. El ente gubernamental que tiene administración desconcentrada no tiene patrimonio ni personalidad jurídica; su estatus legal y presupuesto devienen del ministerio al que están vinculados jerárquicamente.

94 Garrido Falla, F., *La administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950, p. 121. Villar Palasi, J. L., Apuntes de derecho administrativo, Madrid, 1977, p. 105. Mateo, Martín, "Municipalismo, descentralización y democracia", REVL, núm. 157, 1968, pp. 62-63.

Algunos órganos que tienen carácter de desconcentrados en Nicaragua son los siguientes:

a) Secretarías departamentales de la Presidencia.

b) El Instituto de Atención a las Víctimas de Guerra.

c) La Administración Nacional de Recursos Geológicos. d) La Administración Nacional de Pesca y Acuicultura. e) La Administración Forestal Estatal.

f) La Administración Nacional de Aguas.

g) La Dirección General de Protección y Sanidad Agropecuaria.

h) La Dirección de Información para la Defensa.[95]

1. La organización de las regiones autónomas de la Costa Atlántica

El Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua (Ley 28/1987) establece que las circunscripciones territoriales de esta región son dos:

1) Región Autónoma Atlántico Norte (raan). Su sede administrativa es la ciudad de Puerto Cabeza.

2) Región Autónoma Atlántico Sur (raas). Su sede administrativa es la ciudad de Bluefields.

Estas regiones autónoma son organizaciones descentralizadas y gozan de personalidad jurídica propia (artículo 8 del estatuto), patrimonio propio (artículos 34 a 37 del estatuto y 180, cn), autonomía técnica (artículo 16) y orgánica (artículos 180, cn, y 11.7 y 19 del estatuto).

A) Órganos de gobierno

Según el propio estatuto, en su artículo 15, los órganos de gobierno y administración que deben existir en cada una de las regiones autónomas de la Costa Atlántica, son fundamentalmente dos:

1) Un consejo regional.

2) Un coordinador regional.

El consejo regional está conformado por 45 miembros elegidos mediante el sufragio universal (artículo 19 del estatuto). Los 45 miembros deben ser electos en 15 circunscripciones que demarca la ley electoral (artículo 142). El consejo regional es un órgano de representación política de los ciudadanos que integran la población regional y ostentan la máxima autoridad normativa. Las atribuciones del consejo regional se encuentran en el estatuto, en el artículo 21.

Una vez electo el consejo regional, éste elige, entre sus miembros, a un coordinador regional. También se elige a la junta directiva. Al coordinador regional le corresponden las funciones ejecutivas de la región, a la cual representa, y nombra a los funcionarios administrativos y hace cumplir las ordenanzas del consejo regional.

95 Sobre un estudio detallado de la creación de estos órganos desconcentrado, véase Flavio Escorcia, *Derecho administrativo*. Primera parte, León, unam, pp. 342 y 343.

2. La organización administrativa de las municipalidades de Nicaragua[96]

A partir de la Constitución de 1987, el régimen municipal en Nicaragua inicia una nueva etapa. Sin embargo, después de las reformas constitucionales de 1995, y de la Ley de Municipios de 1997 y sus reformas, comienza a organizarse la administración pública municipal.

De acuerdo con la Ley de Municipios, corresponde al consejo municipal, a un alcalde y a un vicealcalde, dirigir el gobierno y la administración.

El consejo municipal lo preside el alcalde, siendo el primero el encargado de establecer las líneas generales de la gestión municipal, en su carácter de órgano normativo, deliberante y administrativo. Por su parte, el alcalde es la máxima autoridad ejecutiva del gobierno municipal.

Al consejo municipal también le corresponde una función de control y fiscalización sobre la actuación administrativa (artículos 18, 25 y 26). Por su parte, el alcalde es la máxima autoridad ejecutiva del gobierno municipal, dirige las atribuciones municipales, coordina su ejercicio con los programas y las acciones de otras instituciones, y vela por el efectivo cumplimiento de éstos, así como por la inclusión a tales programas de las demandas de su población (artículo 33).

V. El acto administrativo

Aunque una parte de la doctrina ha proclamado la necesidad de superar la noción de acto administrativo, elaborando una nueva dogmática, dada su complejidad y las dificultades que encuentra para dar cabida a los distintos modos de actuación administrativa,[97] continúa siendo ésta una institución clave del derecho administrativo,[98] que deberemos examinar, en consecuencia, con el debido detenimiento.

96 Flavio Escorcia, *Municipalidad y autonomía en Nicaragua*, León, Nicaragua, Editorial Universitaria, 1999.

97 En este sentido, Santamaría Pastor considera que "la noción de acto administrativo es hoy inadecuada para dar cabida a todo el conjunto de la actividad administrativa, y que la doctrina habrá de plantearse la necesidad, más pronto o más tarde, de sustituirla por un nuevo arsenal conceptual". Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo I*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 131, nota 446.

98 Al respecto, Brewer-Carías asegura que el "acto administrativo, así, sin duda, es la noción más importante del derecho administrativo; es más, sin acto administrativo éste [el derecho administrativo] simplemente no existiría ni tendría razón de ser. Por ello, podemos decir sin temor a equivocarnos que todo el derecho administrativo gira en torno a este concepto fundamental; y podemos decir, además, que el derecho administrativo, como el derecho que regula la actividad administrativa, siempre se traduce o tiene como presupuesto un acto administrativo". BrewerCarías, Allan Randolph, "Sobre la importancia para el derecho administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos", en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías. Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Caracas, funeda, 1997, p. 22.

1. Definición

El estudio del acto administrativo debe comenzar, obviamente, con su definición; cuestión que no es fácil, pues la noción de acto administrativo se ha caracterizado desde siempre, y se sigue caracterizando en la actualidad, por su complejidad y por las dificultades que ofrece su delimitación.[99]

No obstante, en el derecho de Nicaragua la cuestión se ve facilitada notablemente, dado que dicha figura aparece definida expresamente en el artículo 2.1 de la lj, el cual establece que el acto administrativo es "la declaración o manifestación de voluntad, juicio o conocimiento expresada en forma verbal o escrita, o por cualquier otro medio, que, con carácter general o particular, emitieren los órganos de la administración pública y que produjere o pudiere producir efectos jurídicos".

Se trata de una definición clásica, que coincide en lo esencial con una definición de Zanobini, muy difundida y aceptada por un sector muy amplio de la doctrina.[100]

Si bien no era la única solución posible, pues hay otra línea doctrinal, también con bastante arraigo en la doctrina actual, que considera como actos administrativos únicamente aquellos que pueden ser susceptibles de impugnación separada, lo que comprendería tan sólo las resoluciones definitivas y aquellos otros actos que sin ser resoluciones propiamente dichas se equiparan a éstas.[101]

99 Santamaría Pastor considera que el "concepto de acto administrativo posee […] un grado de indeterminación realmente inquietante. Sus causas pueden reducirse a dos: de una parte, la disparidad teórica: el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo de los pocos más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales, difícilmente conciliables entre sí; y, de otra, la impresionante variedad de las actividades que la administración lleva a cabo, que hace muy difícil la construcción de esquemas doctrinales unitarios". Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo I*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 127, nota 446.

100 En este sentido, Garrido Falla acepta expresamente esta tesis y señala que la "noción de acto administrativo no debe reservarse […] para los que consisten en declaraciones de voluntad. Estos actos constituyen, sin duda alguna, la más importante especie de actos administrativos, pero no los agota […] conviene acoger también dentro de una definición ciertas declaraciones de juicio, conocimiento y deseo, realizadas por la administración y que tienen efectos jurídicos". Garrido Falla, Francisco, op. cit., p. 384, nota 100. También García de Enterría y Fernández Rodríguez entienden que acto "administrativo sería […] la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit.,1997, p. 536, nota 113.

101 Por su parte, González Navarro considera que "hay que someter a la unidad jurídica de que estoy hablando —acto administrativo— a una cura de 'adelgazamiento', a fin de hacerle eliminar esas adisposidades que la hacen irreconocible y entorpecen, además, sus movimientos. En este sentido, coincido con la opinión de aquellos que […] vienen postulando la necesidad de recobrar nuestra propia tradición […] que identificando acto administrativo con declaración de voluntad rechazan que un informe o que la respuesta de la administración o una consulta del administrado puedan calificarse de acto administrativo". González Navarro, op. cit., p. 411, nota 448. En esta línea, también García Pérez considera que sólo son actos administrativos las decisiones, lo "que excluye a los actos de deseo, conocimiento o juicio, por entender que estos últimos son actos de trámite […] y actos de la administración de derecho privado no sometidos al derecho administrativo". "Otra cosa es que, en ocasiones excepcionales, los actos de trámite sean recurribles, porque producen efectos idénticos a los de

Dejando de lado esta posición, que no ha sido admitida, como dijimos, en el derecho de Nicaragua, debemos volver a la definición consagrada en la lj, que analizaremos con cierto detalle.

A) El acto administrativo como declaración. Exclusión de la actividad material de la administración del concepto de ésta. La inactividad material de la administración y las vías de hecho

Hay que destacar que el acto administrativo es una "declaración o manifestación". Con ello se pone de manifiesto que no están comprendidas dentro de nuestro concepto las actividades materiales de la administración.

El acto administrativo forma parte de lo que podemos denominar actividad jurídica de la administración, constituyendo en último término una simple declaración o manifestación productora de efectos jurídicos. De esta forma, es un producto jurídico que viene a alterar la realidad jurídica existente, creando, modificando o alterando relaciones jurídicas.

Nótese que el acto administrativo no entra por sí mismo en el terreno de los hechos, de la realidad fáctica, sino que se queda en el ámbito de lo puramente jurídico. Ahora bien, esto no basta a la administración para desarrollar sus funciones, pues deberá realizar la actividad necesaria para que esa realidad jurídica sea llevada al terreno de los hechos. A esta acción es a lo que denominamos actividad material de la administración.

A dicha actividad se refirió ya, en su momento, Duguit, caracterizándola como "una serie de operaciones que tienen incontestablemente carácter administrativo, pero que no tienen carácter jurídico, y por esta razón se llaman operaciones materiales administrativas".[102] Este bloque de actividad es, en realidad, el más importante de la acción administrativa, tanto desde el punto de vista cuantitativo (es la más voluminosa), como desde una perspectiva cualitativa (en realidad, el resto de la actividad pública está subordinada a la consecución de ésta).[103]

Este conjunto de actividades materiales es lo que constituyen lo que denominamos servicios públicos. Desde las enseñanzas de Duguit sabemos, además, que son la función más importante que realiza la administración, pues la labor de ésta no es otra en definitiva que el servicio al ciudadano, proporcionándole aquello que necesita. Lo relevante es que las calles estén limpias, que los coches circulen cumpliendo las normas de tráfico, que los medios de transporte público circulen a sus horas, que los médicos atiendan correctamente a sus pacientes en los hospitales públicos, etcétera. Todo lo anterior es actividad material de la administración que requiere, obviamente, que se dicten actos administrativos, pero éstos no son más que un medio para lograr que la actividad material se realice.

Antes de continuar adelante debemos realizar alguna precisión más. Debe tenerse en cuenta que el acto administrativo altera la realidad jurídica, mientras que la actividad material no lo hace, pues sus efectos se limitan al ámbito de los hechos. El acto admi-

las 'decisiones' o inciden negativamente en la esfera jurídica de los interesados". García Pérez, en Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), *Derecho administrativo español*, México, Porrúa-unam, 2005, p. 164.

102 Duguit, Las transformaciones del derecho público y privado, traducción de Ramón Jaén Posada y C. G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, p. 101, nota 121.

103 Gómez Puente, *La inactividad de la administración*, 2ª ed., Navarra, Aranzadi, 2000, p. 62.

nistrativo que concede una autorización, que impone una sanción, que declara la responsabilidad de la administración, vienen a modificar la realidad jurídica existente. La actividad material no lo hace. Así, cuando el médico examina al paciente o el profesor de una universidad pública da una clase no altera la realidad jurídica. Sin perjuicio, obviamente, de que la alteración fáctica que la actividad material implica pueda producir efectos jurídicos de manera indirecta. Por ejemplo, si el médico actúa erróneamente, causando un daño al paciente, estaría generando responsabilidad administrativa de la administración, que se vería obligada a indemnizar el daño causado.[104]

Una cosa distinta es, no obstante, que la actividad material de la administración no esté vinculada al derecho, que lo está, por supuesto. En primer lugar, porque se rige por él. El profesor de una universidad pública o el médico de un hospital público son funcionarios públicos cuyas actividades están regidas por el derecho; la actividad inspectora se desarrolla con base en los requisitos y en los procedimientos que establece el derecho, etcétera.

Es más, la actividad material de la administración nunca puede desarrollarse sin un sustento jurídico que permita su realización. Cuando así ocurre se produce lo que el ordenamiento jurídico denomina vía de hecho, esto es, la actividad realizada sin la oportuna cobertura jurídica que la justifique.[105] A ella se refiere el artículo 2. 20 de la lj, como "la actuación o ejecución real de la administración que no tuviere cobertura formal ni acto administrativo previo que la respalde y justifique".

Debiéndose entender comprendida dentro de este supuesto no sólo en aquellos casos en que falte totalmente dicha cobertura legal, sino también en aquellos casos en que, aun existiendo ésta, es insuficiente para cubrir la actuación de la administración, pues ésta excede de los límites de la misma.[106]

Es importante retener la idea, pues si sufrimos una vía de hecho estamos siendo objeto de una acción ilegal contra la que podemos reaccionar jurídicamente, pero no de la misma forma que podemos hacerlo contra un acto administrativo.

Así, en primer lugar, pediremos cosa distinta. Cuando impugnamos un acto administrativo siempre deberemos solicitar su anulación. Lo anterior es así porque el acto administrativo es una simple declaración, sin realidad fáctica; por ello lo que queremos es acabar con esa declaración.

104 Por ello Acosta Romero afirma que por "operación material entendemos la realización de hechos que modifican o cambian la estructura del ser natural y que no tienen directamente consecuencias de derecho, aunque en forma indirecta pueden ser efectos o causas de ellas". Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Porrúa, p. 347, nota 76.

105 105 Garrido Falla señala que vía de hecho es "toda actuación material de la administración pública carente de un título jurídico que la justifique". Garrido Falla, Francisco, "Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en España", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Caracas, funeda/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 119. Santamaría Pastor señala que hay vía de hecho en "todos aquellos casos en que la administración lleva a cabo una actuación material sin el soporte de un acto administrativo previo del que sea ejecución". Santamaría Pastor, op. cit., p. 670, nota 446.

106 Pera Verdaguer, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo,* 7a ed., Barcelona, Editorial Bosch, 2004, p. 268.

Sin embargo, cuando sufrimos una vía de hecho, recibimos no una declaración en nuestra contra, sino una actividad fáctica que nos perjudica, sin que haya declaración que la justifique. En estos casos no se puede pedir la anulación de un acto que no existe, sino únicamente que cese esa actividad material ilegal.

Así lo establece el artículo 38 de la lj, que declara que en "caso de vías de hecho, el interesado podrá solicitar a la administración el cese de la actuación".

En segundo lugar, nótese que, como veremos, cuando impugnamos un acto administrativo, interponemos un recurso contra ese acto, para solicitar su anulación. En el caso de una vía de hecho lo que presentamos es una solicitud a la administración para que cese esa actuación (lo que no es en puridad un recurso administrativo).[107]

Esa solicitud es, no obstante, necesaria para reaccionar contra dicha actuación; sin ella no podemos acudir a los órganos judiciales en tutela de nuestro derecho. Así se infiere claramente del artículo 38 de la lj, que establece:

Si esta solicitud no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a su presentación, el interesado podrá acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa para que la actuación sea declarada contraria a derecho, se ordene el cese de dicha actuación y se adopten, en su caso, las medidas necesarias para restablecer la legalidad.

Cuestión problemática, en cuanto ha suscitado tradicionalmente grandes problemas prácticos, es el de la falta de desarrollo por parte de la administración de la actividad material a la que está obligada, esto es, la inactividad material de la administración.[108]

El problema que suscitaba este tipo de supuestos era que el ciudadano se veía incapaz de defender su derecho ante la administración, dado que los mecanismos tradicionales de impugnación, como en su momento veremos, funcionaban como elementos revisores de la actividad jurídica (actos administrativos, reglamentos). Esto dejaba fuera de esa tutela los supuestos de inactividad material de la administración, en los que no demandaba de la administración una declaración, pues el ciudadano ya tenía declarado formalmente su derecho, sino la ejecución material o real de lo que pretendía.

Nótese que el recurso contra la inactividad de la administración opera en supuestos en que existe una obligación concreta de actuar por parte de la administración; esto es, existe una relación jurídica obligacional entre ésta y el administrado, en virtud de la cual la primera está jurídicamente obligada a cumplir una concreta prestación a favor del segundo.[109]

107 De Asís Roig, "Los recursos administrativos", en Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), *La administración pública española*, Madrid, inap, 2002, p. 635.

108 Pera Verdaguer afirma que la inactividad de la administración "supone la ausencia u omisión de una actuación material que no comprende el dictado de actos o resoluciones, subclasificándolos en inactividad prestacional, omisión de una prestación legalmente debida, dirigida a proporcionar bienes o servicios de los ciudadanos, e inactividad inercial o resistencial, o inejecución de un acto administrativo previo o de una sentencia condenatoria que obliga a la administración a un hacer o dar". Pera Verdaguer, op. cit., p. 327, nota 516.

109 Brewer-Carías señala que el "recurso contra las conductas omisivas de la administración tiene su fundamento, por una parte, en el incumplimiento por parte de la administración de una obligación legal concreta de decidir o cumplir determinados actos, y por la otra, en el derecho de un sujeto de derecho a que la administración cumpla los actos a que está obliga-

En estos casos, el ciudadano se veía privado de la necesaria protección jurídica, pues no tenía acto administrativo que impugnar. Debe señalarse, no obstante, que la doctrina no se ha pronunciado de forma unánime al respecto. Así, algunos autores defienden que esta indefensión era más teórica que real, pues el ciudadano podía obtener esa protección mediante la transformación de esa inactividad material en una actividad formal, presentando una solicitud a la administración, que una vez desestimada por silencio administrativo, le permitía acudir a la vía judicial.[110] Mientras que otros consideran que esa vía indirecta para llegar hasta los tribunales, mediante la creación de un acto presunto, no ofrecía auténtica tutela judicial pues, por un lado, no daba respuesta a las cuestiones que demandaban una rápida resolución y, por otro, no hay sentido en forzar un procedimiento declarativo cuando ya se ha reconocido la obligación de la administración de realizar una prestación.[111]

En la legislación actual, sin embargo, se ha solventado este problema, estableciendo mecanismos ad hoc de tutela contra la inactividad de la administración. Más concretamente, se pueden distinguir dos grandes supuestos.

El primero de ellos viene a dar respuesta a aquellos casos en que la administración pública no realiza la prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, a las que está obligada en virtud de una disposición general (comprendiendo tanto las

---

da. Por tanto, a la base de este recursos está una relación jurídica (deber-poder) específica, que se concreta en una obligación también específica de la administración de actuar, frente a una situación jurídica, asimismo específica, de poder de un sujeto de derecho, que se configura como un derecho subjetivo de orden administrativo a la actuación administrativa. No se trata, consecuentemente, de la obligación general de la administración a dar oportuna respuesta a las peticiones de particulares, ni del derecho también genérico de éstos a obtener oportuna respuesta a sus peticiones presentadas ante la administración […] Se trata, en cambio, de una relación obligación-derecho establecida entre la administración y un particular, a una actuación administrativa determinada". Brewer-Carías, Allan Randolph, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 116.

110 En este sentido, Parada Vázquez señala que "el particular no estaba inerme, pues podía dirigirse a ella [se refiere a la administración] y esperar a que por el transcurso del plazo del silencio se entendiera desestimada su petición, para después acudir a la vía judicial, pidiendo la anulación de la desestimación presunta y la condena de la administración a satisfacer la prestación solicitada". Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 747, nota 240.

111 En este sentido, Brewer-Carías considera que "la figura del silencio administrativo negativo es inefectiva como protección de los derechos de los particulares, en los casos de inacción primaria de la administración". Brewer-Carías, Allan Randolph, op. cit., p. 118, nota 519. También González Pérez considera que la posibilidad de forzar un acto por silencio administrativo "no permite una eficaz tutela jurisdiccional efectiva. Aparte de que existen pretensiones urgentísimas que resulta poco menos que imposible hacer efectivamente por la vía procesal, por sumario que sea el proceso (como una operación quirúrgica urgente, un servicio de extinción de incendios…), por las siguientes razones:

—Que existen prestaciones que sin la urgencia de aquellas para las que nos resulta eficaz el proceso, requieren una rápida decisión, por lo que constituyen un obstáculo a la vía administrativa previa.

—Que cuando ya se ha reconocido la obligación de realizar la prestación por acto ejecutivo, no tiene sentido tener que incoar un proceso de cognición o declarativo". González Pérez, *Manual de derecho procesal administrativo*, 3a ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 247.

leyes formales como los reglamentos)[112] que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo.

En tal caso, los administrados deberán reclamar previamente a la administración el cumplimiento de esa obligación. Dicha administración tendrá un plazo de 45 días para llegar a un acuerdo con los interesados; transcurrido dicho plazo los interesados podrán ejercer la acción contencioso-administrativa contra la inactividad administrativa demandando a la administración el cumplimiento de sus obligaciones en los términos establecidos (artículo 37, lj). Nótese que, como en el caso de las vías de hecho previamente examinado, no se trata de interponer un recurso administrativo, sino de la interposición de una reclamación a la administración.

El segundo supuesto se enfrenta a la situación que se produce cuando la administración no ejecuta sus resoluciones firmes, en cuyo caso los administrados deben solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de 30 días desde que se hubiere formulado la petición, podrán acudir a la vía contencioso-administrativa para su pronta ejecución, sin perjuicio de las responsabilidad e indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 37, lj). Supuesto al que equipara el artículo 37 de la lj la retardación del procedimiento administrativo.

Nótese que, con ello, se concede la posibilidad de exigir a la administración que cese en su inejecución de ese acto firme, tanto si se trata de un acto del que se derivan derechos o situaciones favorables, como si se trata de imponer a un tercero un comportamiento de cese o abstención o de realización positiva.[113]

B) El acto administrativo es un acto dictado por un sujeto en el ejercicio del poder público

Otra característica esencial del acto administrativo es que emana de los "órganos de la administración pública". Esto supone que no constituyen acto administrativo aquellas declaraciones que realiza el administrado, incluso aunque tengan relevancia administrativa.

Es frecuente que a lo largo de su relación con la administración el administrado pueda realizar actuaciones que van a tener una considerable incidencia en el desarrollo de las tareas administrativas: la presentación de una solicitud para que se inicie un procedimiento, la interposición de un recurso, la solicitud de que se practique una prueba

en el procedimiento administrativo, etcétera. En todos estos casos estamos ante declaraciones, pero no de la administración, sino del administrado, por lo que no se trataría de actos administrativos, sino de simples actos del administrado.[114]

Conviene tener en cuenta esa diferenciación, pues no siendo actos administrativos no podrán ser objeto, como es lógico, de impugnación ni en vía administrativa ni contencioso-administrativa. Así, si un ciudadano interpone una solicitud que pone en marcha un procedimiento administrativo o interpone recurso contra una resolución, y no estamos de acuerdo con esas actuaciones, no podremos recurrir la presentación de la solicitud o del recurso, sino que tan sólo podremos apersonarnos en el procedimiento ad-

112 Pera Verdaguer, op. cit., p. 327, nota 516.

113 Ibid., p. 329.

114 Santamaría Pastor, op. cit., p. 139, nota 446. Entrena Cuesta, Rafael, op. cit., p. 204, nota 404. García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 538, nota 113 (1997).

ministrativo o en el procedimiento de recurso y hacer valer nuestra posición en el mismo. Si llegado el momento se dictara una resolución en la que no estamos de acuerdo, podríamos recurrir esa resolución, porque ésta sí sería ya un acto administrativo que podría ser objeto de impugnación.

La definición de la lj no es, en cualquier caso, en este aspecto, muy adecuada, pues tienen razón quienes señalan que el acto administrativo en ocasiones es fruto de la acción de otros poderes públicos y no de los "órganos de la administración pública". La letra de la lj dificulta, en consecuencia, el encaje en el concepto de los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado (Poder Judicial, Poder Legislativo, etcétera) en el ejercicio de sus funciones materialmente administrativas. Dichos actos son materialmente administrativos y en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 de la lj quedan bajo el control de la jurisdicción contenciosa, por lo que se deben considerar auténticos actos administrativos y quedan sujetos al régimen jurídico de éstos.[115] Hay, no obstante, quien mantiene postura distinta a la aquí defendida negando el carácter administrativo de estos actos.[116]

A lo anterior se debe añadir la existencia de supuestos en los que sujetos de naturaleza estrictamente privada, como un colegio profesional o un concesionario de servicio público, dicta actos sujetos a derecho administrativo e impugnables ante la jurisdicción contenciosa. Aunque hay quien matiza que se trata de actos administrativos tan sólo a efectos procesales,[117] parece que debe dárseles tal consideración a todos los efectos.[118]

115 González Navarro señala que "es patente que cada vez con más frecuencia los actos unilaterales y no normativos de organizaciones administrativas de apoyo a otros poderes públicos —administración judicial, administración parlamentaria, etcétera— se someten al derecho administrativo. De aquí que esa referencia a la administración pública haya que corregirla y hablar, en términos más amplios, de poderes públicos". González Navarro, op. cit., p. 390, nota 448.

116 Es la opinión de Bocanegra Sierra, que considera que los "actos administrativos sólo pueden ser dictados por una administración pública, lo que excluye la posibilidad de considerar actos administrativos […] a los actos de entes públicos que no son administración pública (las cortes o el Poder Judicial) […] con independencia de que determinadas actuaciones de las cortes o del Poder Judicial (los actos de pura gestión o de administración) puedan ser enjuiciadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa". Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2a ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pp. 70-71.

117 En relación con esto, Santamaría Pastor afirma que estos actos "no pueden ser calificados como actos administrativos en sentido estricto, por cuanto su producción no se somete en todo caso a las mismas reglas de fondo y de procedimiento que los actos provenientes de la administración […] Se trata de actos administrativos en el sentido puramente procesal del término, esto es, a los meros efectos de permitir su fiscalización en vía de recurso por la administración concedente o de tutela (e incluso, posteriormente, por un Tribunal Contencioso)". Santamaría Pastor, op. cit., p.140, nota 446.

118 En tal sentido, Escuin Palop señala, respecto a los actos dictados por sujetos privados en ejercicio de funciones administrativas, que la "confirmación de la naturaleza administrativa de estos actos viene dada por la aplicación del derecho administrativo y por el sometimiento a la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa bien directamente o mediante el agotamiento de la vía administrativa previa". Escuin Palop, *Curso de derecho administrativo,* 3a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 246, nota 218.

Parece, por todo ello, que hubiera sido más acertado considerar que son actos administrativos los que se desarrollan por un sujeto que actúa en ejercicio del poder público.[119]

C) La declaración en la que consiste el acto administrativo puede ser de voluntad, de juicio o de conocimiento

Aunque lo más normal es que el acto administrativo sea una declaración de voluntad, el derecho de Nicaragua también incluye dentro de dicho concepto otro tipo de declaraciones; argumento que parece debe entenderse justificado en la capacidad de este tipo de declaraciones para producir efectos jurídicos.[120] Vamos a examinar brevemente cada una de ellas.

El término manifestación de voluntad, a nuestro juicio un poco arcaico, confunde más que aclara, pues da a entender que es aquel por el que la administración manifiesta su voluntad, lo cual no es cierto. En realidad, por tal se entiende aquel por el que la administración resuelve una cuestión jurídica, para lo cual en el momento presente no cabe duda de que no declara su voluntad, sino que realiza una operación de aplicación del ordenamiento jurídico. Al resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico la denominamos resolución, que es el tipo de acto administrativo más relevante y característico.

Por declaración de juicio se entiende aquella en virtud de la cual un órgano administrativo ofrece su opinión acerca de una determinada cuestión. El ejemplo más característico es la emisión de un informe.

Nos queda, por último, por examinar las declaraciones de conocimiento. En este caso nos encontramos con supuestos en los que la administración exterioriza el saber que ostenta sobre una determinada cuestión (no ya como una simple opinión, sino como algo de lo que tiene certeza). El ejemplo por excelencia es un certificado sobre cualquier dato que conste en los archivos administrativos.

No entendemos la razón por la que la normativa nicaragüense no reconoce como un supuesto de acto administrativo las declaraciones de deseo. Por éstas debe entenderse aquellas en que la administración hace expresa cuál es la solución que considera adecuada a un determinado asunto, manifestando así su opinión al respecto; por ejemplo, una propuesta.[121] En nuestra opinión, la falta de mención expresa no impide su carácter de acto administrativo a este tipo de declaraciones.

119 Como sugieren Gallego Anabitarte y De Marcos Fernández, "no se habla de órgano administrativo sino de sujeto que ejerce poder público, con lo cual se incluyen tanto órganos constitucionales y órganos estatales que no son la administración pública, como también corporaciones de derecho público (colegios profesionales, etcétera), e incluso concesionarios, que tampoco son administración pública en el sentido estricto, sino que ejercen poder público en virtud de ley o de acto estatal". Gallego Anabitarte y De Marcos Fernández, *Derecho administrativo I*. Materiales, 2a ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 313, nota 510.

120 Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo I*/1, 9a ed., Madrid, 1992, p. 202, nota 404.

121 Morell Ocaña también nos ofrece una definición de los distintos tipos de declaraciones en que pueden consistir los actos administrativos en los siguientes términos: "De voluntad: decisión dirigida directamente a constituir, modificar o extinguir unilateralmente una situación jurídica, activa o pasiva, de titularidad de la propia administración, de otra, o de particulares. De conocimiento: declaración por la que la administración exterioriza datos o realidades que ha constatado previamente, verificando la existencia de un hecho, un acto o una cualidad de una persona o una cosa. De deseo: son declaraciones de una intención determi-

D) El acto administrativo es una declaración unilateral

Otra nota importante del acto administrativo es su unilateralidad. Existen divergencias doctrinales acerca de si el acto administrativo tiene o no necesariamente dicho carácter o, lo que es lo mismo, si los contratos y los convenios administrativos quedan comprendidos dentro del mismo.

Hay una parte de la doctrina que considera que están incluidos en el ámbito del acto administrativo. Bien porque consideran que el acto bilateral, y el contrato en particular, no contiene notas específicas que merezcan darle el tratamiento de categoría diferente,[122] o porque entienden que en los contratos administrativos se da un predominio de la voluntad unilateral de la administración, que determina que bajo la forma de un negocio jurídico bilateral se oculte, en realidad, un contrato por adhesión, que no justifica un tratamiento diferenciado de ambos conceptos.[123]

Mientras para otros, sin embargo, deben excluirse del concepto de acto administrativo aquellos actos que requieren la bilateralidad para su validez, como los contratos.[124]

Esta última tesis es la que sostenemos. Si bien no excluye del concepto a aquellos actos que alcanzan validez mediante la mera declaración unilateral de la administración, pero su eficacia está subordinada a la aceptación por parte del interesado (por ejemplo, una concesión administrativa o una subvención).[125]

---

nada, destinadas a provocar conductas o actitudes en otros sujetos. Ejemplo típico puede ser la oferta de contratación o de distribución de subvenciones a quienes realicen determinadas conductas. De juicio: manifestación de una opinión en relación con un hecho, acto o cualidad de una persona o una cosa". Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo*, t. i, Pamplona, Aranzadi, 1999 pp. 190-191, nota 495.

122 En este sentido Cassagne considera que "las diferencias existentes entre los contratos y los actos unilaterales no justifican en el derecho administrativo la configuración de géneros diferentes pues, tal como acontece en el derecho privado, ambas categorías son especies del acto jurídico administrativo". Cassagne, op. cit., p. 53, nota 351.

123 Canasi asegura que se "observa en el acto administrativo una configuración unilateral o de predominio unilateral de la administración pública, y en ese sentido comprende también a los propios actos contractuales, ya que se observa que no obstante la bilateralidad de los contratos administrativos, la voluntad de la administración contratante es la que condiciona toda la relación jurídica, que se reduce, para el cocontratante, a aceptar las normas preexistentes del interés público que lo motiva. De allí que en todo contrato administrativo aparece en cierta forma un acto administrativo condicionado por una situación legal preexistente, como en todo lo referente al pliego de condiciones que confecciona unilateralmente la administración y el cual debe someterse al contratante, como que es la ley de las partes. Se observa en el fondo el predominio del Estado, que no obstante su bilateralidad y el carácter conmutativo de él […] se perfila la figura subyacente de un contrato de adhesión, o por adhesión". Canasi, *Derecho administrativo,* vol. iii, Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 102.

124 Martín Mateo señala que los actos administrativos son de "carácter unilateral, distinguiéndose así los actos de los contratos; mientras que el acto es unilateral, el contrato necesita, por lo menos, dos voluntades en cuanto que implica su unificación conviniendo la realización de una conducta libremente acordada, por cada una de una de las partes. En el acto no tiene por qué darse necesariamente tal concurrencia de voluntades, pudiendo imponerse por la administración, de acuerdo con la ley, determinadas conductas a los particulares". Mateo, Martín, op. cit., p. 229, nota 125.

125 García Pérez, op. cit., p. 164, nota 510.

E) El acto administrativo es una resolución que no innova el ordenamiento jurídico

Una última nota que se debe tener en cuenta para caracterizar el acto administrativo es que, como ya señalamos, es una realidad distinta al reglamento (artículo 14, lj) que, como también vimos en su momento, debe ser diferenciado del acto administrativo por su carácter normativo, el cual se traduce en su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico.

F) El acto administrativo es una declaración sujeta al derecho administrativo

Sólo son actos administrativos aquellos actos jurídicos que la administración dicta sujetos a derecho administrativo, debiéndose excluir de tal concepto aquellos que se van a regir por el derecho privado.[126]

Debe tenerse presente que, en ocasiones, cuando la administración efectúa un negocio jurídico privado, dicta actos regulados por el derecho administrativo para conseguir dicha finalidad. Estos actos, que generalmente son conocidos como actos separables, deberán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.[127]

G) Los actos administrativos producen efectos jurídicos

Todo acto administrativo es emitido con la finalidad de producir efectos directos en el mundo jurídico. De aquí se deriva la exclusión de dicho concepto de las meras declaraciones de intenciones u opiniones que realice la administración, sean realizadas con una finalidad política o de cualquier otra índole.[128]Tampoco forman parte de dicho concepto, por dicho motivo, aquellas manifestaciones que se realizan con el propósito de informar.[129]

2. Elementos del acto administrativo

Se entiende por elementos o requisitos del acto administrativo un conjunto de requerimientos que deben concurrir en los mismos para que éste sea válido y produzca sus efectos normales.[130]

126 Entrena Cuesta, Rafael, op. cit., p. 204, nota 404. Sánchez Morón, op. cit., p. 516, nota 256.

127 Entrena Cuesta afirma que "no pocas veces, al efectuar un negocio jurídico privado, la administración dicta actos que, aunque apuntan a dicho objetivo, están regulados por el derecho administrativo. Tales actos […] son, obviamente, administrativos. Por ello, empleando una expresiva terminología felizmente acogida por nuestra jurisprudencia, la doctrina los califica de *actos separables*. En cuanto al impugnarlos, por su naturaleza, deben ser desgajados del negocio jurídico privado en que se integran, por tener competencia sobre ellos la jurisdicción contenciosoadministrativa". Entrena Cuesta, Rafael, op. cit., p. 204, nota 404.

128 Sánchez Morón, op. cit., p. 516, nota 256.

129 Sánchez Morón asegura que no "son actos administrativos las comunicaciones informales y (normalmente) verbales que una administración puede dirigir a alguna persona informándole o advirtiéndole de sus intenciones o de su previsible actuación en un asunto determinado o en todos aquellos en que concurran determinadas circunstancias, comunicaciones éstas cuya eficacia real puede ser incluso superior a la de un acto administrativo, en orden a confirmar o influir en la conducta de los interesados". Ibid., p. 528.

130 González Pérez, op. cit., p. 1455, nota 373. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, op. cit., p. 229, nota 77. Serra Rojas afirma que en "todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por la ley, de los cuales depende

A) Elementos subjetivos

El primer grupo de requisitos que deben concurrir en el acto administrativo hace referencia al sujeto que los dicta. Se trata de la necesidad de que el acto provenga de quien tiene la capacidad y cumple los requisitos necesarios para poder dictarlo.

Tratándose de la administración pública que, como es sabido, no es más que una ficción, una persona jurídica sin sustancia real, que opera, por tanto, no por sí misma, pues es materialmente imposible, sino a través de las personas físicas que la componen (autoridades y empleados públicos), debe distinguirse entre los requisitos subjetivos que deben concurrir en el sujeto en cuanto órgano y los que recaen sobre la persona titular del órgano.[131]

En cuanto a los requisitos relativos al titular del órgano, vienen a constituir un conjunto de condicionantes que operan sobre la persona física que ocupa la titularidad del órgano al que corresponde dictar el acto.

El primero de esos requisitos es la regularidad de la investidura, esto es, que el nombramiento del funcionario o autoridad que sea titular del órgano sea válido. Lo que excluye la legitimidad para dictar del acto tanto a la persona que carece totalmente de ese nombramiento, actuando, por tanto, como un impostor, como a los supuestos en que el nombramiento ha cesado ya, o todavía no se había recibido.[132]

En segundo lugar, es preciso que el titular del órgano se encuentre en situación de imparcialidad respecto del asunto que trata de resolver. Entendiendo que no se dará ésta cuando concurra alguna causa que la comprometa, haciéndole tomar partido por motivos propios a favor de alguna determinada posición.[133]

Un ejemplo en tal sentido, en el ordenamiento jurídico de Nicaragua, lo encontramos en el artículo 13 de la lce, que establece:

---

su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares". Serra Rojas, op. cit., p. 247, nota 160. En el mismo sentido, Santofimio Gamboa señala que para "que el acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido, debe concurrir una serie de elementos esenciales, que en su conjunto constituyen sus piezas impulsoras. Cualquier falla o mal funcionamiento de esta estructura provoca la materialización de vicios descalificadores del acto, en la medida en que pueden afectar su validez. Por esto, podemos afirmar que en el ámbito de los elementos esenciales se configuran las enfermedades del acto, de ahí que su conocimiento posibilite un pronto diagnóstico del padecimiento de la manifestación administrativa". Santofimio Gamboa, op. cit., p. 69, nota 487.

131 Como apunta Serra Rojas, se "debe distinguir el órgano de su titular. El primero […] es una creación legal, una esfera abstracta de competencia, que se mantiene en vigor hasta que una nueva disposición del mismo carácter cambia los supuestos de la competencia". "El titular es una persona física —es decir, un ser humano—; su voluntad es la que pone en movimiento el orden jurídico y realiza los fines que una comunidad se ha propuesto." Serra Rojas, op. cit., p. 364, nota 160.

132 Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., pp. 125-126, nota 240. González Pérez, op. cit., pp. 1459-1460, nota 373.

133 Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 126, nota 240. Martín Rebollo, op. cit., p. 162, nota 377.

No podrá participar en cualquier etapa de proceso de licitación el servidor público que tenga en ésta un interés personal, familiar o comercial, incluyendo aquellas licitaciones de las que pueda resultar algún beneficio para el mencionado servidor público, su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consaguinidad y segundo por afinidad. Esta prohibición rige aún en el caso de levantamiento de incompatibilidades.

El incumplimiento de esta condición, sin embargo, no tiene trascendencia anulatoria siempre, pues suele considerarse que, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el empleado o la autoridad pública responsable, la intervención de la persona en la que no concurren los requisitos de imparcialidad exigidos por el ordenamiento jurídico no invalida por sí misma el acto, sino que es preciso, para que ese efecto se produzca, que dicha circunstancia afecte a la legalidad objetiva del acto.[134]

En todo caso, hay que tener presente la efectiva capacidad de influencia del sujeto que debió abstenerse, pues si la intervención de éste carecía de entidad suficiente como para influir en el contenido del acto, nunca podrá tener virtualidad invalidatoria.[135]

Por último, será preciso que en la autoridad o en el funcionario se cumplan los requisitos generales para poder actuar jurídicamente; esto es, que estén dotados de capacidad de obrar y que no concurran en ellos vicios del consentimiento, bien sean error, dolo o violencia.[136]

Aunque no hay una absoluta uniformidad en la solución, debe tenerse en cuenta que la concurrencia de esta falta de capacidad o de vicios de la voluntad se valora de forma diferente en el derecho administrativo que en el derecho civil. Así, como punto de partida debe admitirse, como señala un sector de la doctrina, que no afectará a la validez del acto si éste es conforme con el ordenamiento jurídico.[137]

134 García de Enterría y Fernández Rodríguez sostienen que la intervención de persona obligada a abstenerse "no determina por sí sola la invalidez de las actuaciones consiguientes, a menos que se demuestre la influencia que esa intervención haya podido tener en la decisión final adoptada y, por supuesto, la ilicitud objetiva de esa decisión […] En otras palabras, la intervención en el procedimiento de personas obligadas por la ley a la abstención puede ser un indicio de desviación de poder, pero sólo en el caso de que se haya producido ésta realmente, apartando la decisión final del objetivo marcado por la ley, habrá lugar a declarar su nulidad que, por lo tanto, no será el resultado de la intervención del funcionario incompatible, sino la consecuencia de la ilegalidad objetiva que dicha intervención ha propiciado". García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo* II, 8a ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 475.

135 Morell Ocaña señala la necesidad, para valorar la influencia de la no abstención, de "un análisis destinado a ponderar la capacidad de influencia del afectado por la causa de exclusión; si su presencia no era determinante —por ejemplo, un voto en acuerdo adoptado por el órgano colegiado— la decisión podría mantenerse". Morell Ocaña, op. cit., p. 221, nota 495.

136 Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, *Elementos de derecho administrativo*, 2a reimp., México, Limusa, 2003, p. 230, nota 77.

137 En este sentido, Bocanegra Sierra señala que "debe insistirse en que la voluntad de la administración no es una voluntad psicológica, sino normativa, en nada distinta de la establecida por la ley, lo que sitúa el problema muy lejos de lo que sucede en el derecho privado o en la teoría general del derecho. Por ello, porque la voluntad administrativa es una voluntad normativa, los vicios de la voluntad de la persona física titular del órgano que hace actuar a la administración carecen, en principio, de especial trascendencia respecto a la validez de los actos administrativos, no provocando, siempre y necesariamente, su ilegalidad. No obs-

Si bien esta solución debe matizarse, aceptando la posición de aquellos que admiten esta solución como regla general, pero excluyéndola para aquellos supuestos en los que se ejercitan potestades discrecionales;[138] supuesto de excepción al que se debe añadir también, como de forma certera, en nuestra opinión, postula otro sector de la doctrina, el vicio que consiste en la violencia.Tanto en el primer caso, por no existir parámetros que permitan concluir acerca de lo acertado de la decisión, como en el segundo, por constituir una infracción penal determinante, como veremos, de la nulidad de pleno derecho, el acto debe ser invalidado en todo caso por la concurrencia de estos vicios.[139]

No obstante, se debe admitir la validez del acto conforme al ordenamiento jurídico, aunque se trate de ejercicio de potestades discrecionales en dos supuestos. En primer lugar, cuando la capacidad de influencia del sujeto en que concurre el vicio de voluntad fuese insuficiente para determinar el contenido del acto, y no haya tenido, en consecuencia, incidencia en el mismo.

---

tante, en aquellos casos en los que puede caber una elección entre diversas opciones, todas ellas igualmente válidas (supuestos, por tanto, de ejercicio de potestades discrecionales), la existencia de vicios en la formación de la voluntad del titular del órgano autor del acto administrativo podría ser determinante a la hora de decidir sobre su validez, porque, si bien es verdad que, por ejemmplo, la existencia de cohecho no invalida por sí misma la licencia reglada concedida de acuerdo con el ordenamiento jurídico (aunque sea perseguible penalmente), también es cierto que esa situación (la existencia de cohecho) provocaría, sin duda, la inmediata invalidez de una concesión discrecional, si hubiera habido de hecho distintas alternativas para su otorgamiento". Bocanegra Sierra, op. cit., p. 76, nota 526.

138 En este sentido Santamaría Pastor señala que la "posición más clásica y ortodoxa negaba toda incidencia a estos vicios de la voluntad, en base a la tesis de la voluntad normativa de la administración; lo único que cuenta, se decía, es que las actuaciones de la administración se ajusten o no a la legalidad, aunque ello suceda por error o coacción, lo que importa es el resultado. Esta posición, no obstante, debe ser matizada en un doble sentido:

"Primero, distinguiendo dentro de la actuación administrativa los aspectos reglados de los discrecionales: si, en los primeros, la tesis de la voluntad normativa de la administración puede ser aplicable, no cabe decir lo mismo de las decisiones discrecionales, en las que no existe parámetro normativo para medir su acierto, y donde los vicios de la voluntad deben desplegar su efecto invalidante.

"Y segundo, que igual consecuencia ha de predicarse del vicio de la coacción, el cual debe poseer en todo caso eficacia invalidatoria por imperativo legal; siendo la coacción un delito, la incidencia del mismo vicia de nulidad de pleno derecho, en todo caso, los trámites o actos en cuya formación incida". Santamaría Pastor, op. cit., p. 71, nota 324.

139 En este sentido Bocanegra Sierra señala que cabe "una excepción a la regla de la ilegalidad de los actos administrativos discrecionales en los que concurre un vicio en la formación de la voluntad administrativa: la constituida por aquellos supuestos de reducción a cero de la discrecionalidad, según la expresión de la doctrina alemana, casos éstos en los que, dadas las circunstancias de hecho existentes, no resulta posible otra solución, ajustada a derecho, diferente de la adoptada. En estos supuestos de verdadera ausencia de discrecionalidad en el caso […] que se produce generalmente allí donde cualquier otra solución distinta a la acordada supondría una violación de una norma o un principio general del derecho, no tendría sentido, como es natural, plantearse la anulación del acto administrativo en causa como consecuencia de la existencia de vicios en la declaración de voluntad, si el órgano administrativo optó por la solución correcta". Bocanegra Sierra, op. cit., p. 76, nota 526.

En segundo lugar, cuando se trate de supuestos en los que, aun existiendo un ámbito de discrecionalidad, se ha podido reducir ésta a una única solución por las circunstancias concurrentes en el caso, que hacían inviable legalmente otra decisión que la adoptada. En dicho supuesto parece que sería totalmente inútil decretar la nulidad del acto.[140]

En cuanto a los requisitos del órgano propiamente dicho, el primero de ellos es que se haya atribuido la correspondiente potestad a la administración pública de que se trate, presupuesto previo para el válido actuar de los órganos que la integran.[141]

Existiendo ésta, es preciso que el órgano que dicta el acto esté dotado de la competencia correspondiente;[142] debiéndose entender por tal la atribución a ese órgano concreto de la aptitud para poder desarrollar legalmente el conjunto de tareas que se le asignen.[143] De este modo, la competencia va a fijar la medida de la potestad atribuida a cada órgano.

El artículo 14 de la lj declara expresamente que tendrá trascendencia anulatoria la falta de competencia.

B) Elemento teleológico

El elemento teleológico del acto administrativo es el fin de éste, debiéndose entender por tal aquel objetivo que el órgano autor del acto pretende conseguir con su emisión.[144]

140 González Pérez y González Navarro, op. cit., p. 1457, nota 373. García de Enterría y Fernández Rodríguez aseguran que el proceso de distribución de competencias "comienza con la atribución a la administración en cuanto persona jurídica de una determinada potestad, atribución que tiene que ser realizada previamente por una norma. Si esa norma previa habilitante falta, si ha perdido vigencia o si es inaplicable en un caso concreto, el órgano administrativo implicado en el mismo será manifiestamente incompetente para actuar, ya que lo es, incluso, la persona jurídica a la que pertenece. La competencia es la medida de potestad atribuida a cada órgano, de forma que no puede haber competencia si no hay previamente una potestad que repartir". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 626, nota 113 (1997).

141 Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, op. cit., p. 229, nota 77. Rebollo, Martín, op. cit., p. 162, nota 377. Bocanegra Sierra, op. cit., p. 71, nota 526. García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 541, nota 113 (1997).

142 Parada Vázquez la define como "la aptitud que se confiere a un órgano de la administración para emanar determinados actos jurídicos en nombre de ésta". Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 127, nota 240. Flavio Escorcia entiende por tal "la asignación concreta de tareas, que el sistema jurídico reconoce a cada órgano estatal para que pueda actuar legalmente". Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 167, nota 2. Acosta Romero dice que se "entiende por competencia la facultad para realizar determinados actos, que atribuye a los órganos de la administración pública el ordenamiento jurídico". Acosta Romero, op. cit., p. 361, nota 76.

143 Boquera Oliver señala que el "fin, como elemento del acto administrativo, es aquello que pretende la voluntad del titular del poder administrativo con los efectos jurídicos que unilateralmente crea e impone". Boquera, Oliver, op. cit., p. 80, nota 377.

144 Guaita señala que "si la ley fija un fin a una clase de actos y éstos se dictan para fines distintos se está infringiendo la ley [y] se incurre manifiestamente en ilegalidad, pues, cual otro rey Midas, la ley legifica cuanto toca". Guaita, "Artículo 106. Control judicial y responsabilidad de la administración", en Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978,* t. viii, Madrid, edersa, 1985, p. 346.

Este componente del acto administrativo entraña una gran relevancia, pues la administración no puede hacer uso de sus potestades si no es para perseguir la finalidad específica para la que se atribuyen éstas. La utilización de sus poderes para otro objetivo distinto, sea legal o no, vicia el acto administrativo, provocando su invalidez. A esta desviación del fin propio que debe pretender el acto se le denomina desviación de poder.[145]

Así lo ratifica el ordenamiento jurídico nicaragüense, que define la desviación de poder como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico o que no concordaren con el logro del interés público y el bien común" (artículo 2. 6, lj), y lo dota de trascendencia invalidante, en cuanto el artículo 14 de la lj lo incluye entre los elementos que deben servir de base para el examen de la legalidad de los actos y las disposiciones generales.

Entiéndase que no se trata de la exigencia de una persecución genérica del interés público, sino de la persecución del fin concreto y específico que el ordenamiento jurídico pretendía tutelar al otorgar ese poder a la administración.[146]

De lo que se deriva que la desviación de poder no implica necesariamente la persecución de un fin ilícito; ni siquiera es preciso que se trate de un fin privado o egoísta de los agentes públicos. Basta con que sea un fin distinto a aquel para el que se atribuyó la potestad, incluso aunque éste sea un fin público perfectamente lícito.[147]

No obstante, hay una parte de la doctrina que distingue entre uno y otro supuestos, reservando para los casos de persecución de un fin privado o ilícito la denominación de abuso de poder, como conducta de mayor gravedad que la simple desviación de poder, que serían, para esta parte de la doctrina, únicamente los supuestos de persecución de un fin público distinto al previsto en la norma.[148]

El gran problema que plantea la aplicación práctica de esta figura es, sin duda, la dificultad que presenta la prueba de la misma, pues hay que acreditar la existencia de una de-

145 Como señala Morell Ocaña, la incorporación del fin "a la estructura del acto administrativo, como un elemento más, no se lleva a cabo tomándolo de una manera abstracta: no se trata, simplemente, de que todo acto administrativo satisfaga genéricamente el interés público, sino a una concreta y específica manifestación del mismo: cada singular concreción del interés público tiene unos modos y medios previstos para su consecución, y no otros". Morell Ocaña, op. cit., p. 189, nota 495.

146 García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 459, nota 113 (1997). Santamaría Pastor señala que no "es preciso para la existencia de desviación de poder […] que concurra ningún tipo de vicio de moralidad en el órgano autor del acto, ni que con éste se persiga ninguna finalidad privada o ilegítima; basta con que el fin perseguido por el acto sea meramente distinto del atribuido a la potestad de que emana". Santamaría Pastor, op. cit., p. 159, nota 446.

147 En este sentido Villar Palasí y Villar Ezcurra consideran que existe "una desviación de poder en la medida en que el acto singular se aparta del interés previsto en la norma, aun cuando persiga otro incardinable en la esfera de los intereses públicos. Por el contrario, el abuso de poder consiste en acudir a un interés situado fuera del ámbito de los intereses públicos (esto es, un interés privado), haciendo así que el vicio revista mayor gravedad, por cuanto que comportaría, además, una conducta ilícita del funcionario o autoridad que dictó el acto". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., pp. 37-3 ii, nota 113.

148 García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 460, nota 113 (1997). Bocanegra Sierra, op. cit., p. 75, nota 526.

terminada intención, lo cual no es ni mucho menos fácil. No es necesario, en cualquier caso, una prueba directa, imposible por otra parte en la mayor parte de los supuestos, sino que se admite también la prueba indirecta, esto es, a través de indicios capaces de generar convicción suficiente en el órgano fiscalizador.[149]

C) Elementos objetivos

El acto administrativo debe tener un contenido posible, tanto física como legalmente, ser lícito y determinado o determinable.[150]

El elemento del acto administrativo más polémico, sin duda alguna, es el de la causa, que ha generado una considerable polémica doctrinal en el ámbito administrativo,[151] hasta el punto de que una parte de la doctrina ha tomado partido por eludirla, por su carácter extremadamente conflictivo.[152]

Para un sector de la doctrina se debe entender por tal el interés público o fin específico que se pretende satisfacer en el caso concreto, esto es, la adecuación del contenido del acto al fin que justifica la atribución de la potestad que se ejercita.[153] Otros entienden por tal el supuesto fáctico o los hechos determinantes previstos en la norma para que se dé la consecuencia jurídica en ella prevista.[154] También hay quien considera que

149 Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, op. cit., p. 230, nota 77.

150 González Pérez asegura que quizá "no exista otro concepto que haya dado lugar a más equívocos y dispares posiciones. Si ya en el derecho privado, al configurar la teoría de la causa del negocio jurídico, se habían producido las más diversas posiciones, al pasar el concepto al derecho administrativo la diversidad alcanzó su punto máximo". González Pérez, op. cit., p. 1468, nota 373.

151 En este sentido Santamaría Pastor señala que "dada la suma oscuridad que la teoría de la causa tiene, preferimos evitar esa calificación". Santamaría Pastor, op. cit., p. 149, nota 446.

152 González Pérez considera que la "causa de los actos administrativos aparece como el interés público a satisfacer en el caso concreto; representa el fin objetivo hacia el que ha de actuar la administración en cada una de las concretas determinaciones". González Pérez, op. cit., p. 1470, nota 373.

153 García Pérez opina que "la 'causa' de los actos administrativos se identifica con el 'presupuesto fáctico' o supuesto de hecho previsto en la norma y que se debe verificar en la realidad". García Pérez, op. cit., p. 168, nota 510. También Morell Ocaña identifica "la causa del acto con los presupuestos de hecho, los hechos *determinantes* del mismo: el porqué del acto". Morell Ocaña, op. cit., p. 188, nota 495.

154 En este sentido Boquera Oliver considera que la "representación y valoración que el sujeto hace de unos hechos es lo que le mueve a declarar su voluntad y a producir con ella, en relación con el derecho objetivo, determinados efectos jurídicos. La apreciación de los hechos constituye la causa de todo acto jurídico y, por tanto, también del acto administrativo.

"La causa de una declaración de voluntad no son los hechos, sino la apreciación que el sujeto hace de los hechos; lo que éste 'imagina' de la realidad. Diferenciación que no debe considerarse inocua por dos razones. Primera, porque los hechos son realidades físicas que están fuera, más allá del sujeto, mientras que la apreciación de los hechos es un fenómeno subjetivo, una realidad psíquica o espiritual. La causa es subjetiva y no objetiva. Segunda, porque los hechos pueden ser diferentes de la apreciación que de ellos ha hecho el sujeto; por consiguiente, la voluntad puede ser congruente con la apreciación de la realidad (causa) y disconforme con la realidad misma". Boquera, Oliver, op. cit., pp. 73-74, nota 377.

la causa es la representación y la valoración que el sujeto realiza de los hechos.[155] Se ha defendido, igualmente, que por tal debe entenderse el móvil o motivo de la realización del acto; esto es, las circunstancias de hecho y de derecho que determinan su emisión.[156]

En nuestra opinión, el fin concreto que produce el acto constituye el elemento finalista de éste, que queda perfectamente cubierto a través de la desviación de poder. Por eso es más adecuado considerar como causa los hechos determinantes.

De esta forma, el sustrato fáctico subyacente al acto se convierte en elemento del mismo, permitiendo el control de dos aspectos relevantes: a) la constatación de los hechos a los que se liga el ejercicio de la potestad, y b) la valoración de los hechos y, con ello, la adecuación de la solución que ofrece el acto administrativo a los hechos que lo justifican.[157]

D) Elementos formales

La forma del acto administrativo es el medio material del que se sirve éste para manifestarse en el exterior, haciéndose perceptible por los sentidos.[158]

Lo más habitual es que el acto administrativo adquiera forma escrita, pues así lo exige la necesidad de constancia y prueba de éste,[159] que se deriva, a su vez, de tres factores: su carácter recepticio, que hace precisa su notificación o publicación; su capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y el hecho de que sean fruto de la intervención de una pluralidad de órganos o sujetos, que hace preciso dejar constancia de su intervención.[160]

155 En este sentido, Santofimio Gamboa entiende que la causa es el "móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo". "Las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo". Santofimio, op. cit., p. 77, nota 487.

156 Morell Ocaña, op. cit., p. 188, nota 495.

157 Acosta Romero señala que la "forma constituye la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo, para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos. Viene a ser la envoltura material externa en la que se aprecian no sólo los demás elementos del acto administrativo, sino también sus requisitos, circunstancias y modulaciones". Acosta Romero, op. cit., pp. 364-365, nota 76. Por su parte, Boquera Oliver asegura que la "forma del acto jurídico es el medio de trasladar la voluntad del interior del sujeto (mundo psíquico) al exterior (mundo del derecho)". Boquera, Oliver, op. cit., p. 77, nota 377.

158 Según Yagüe Gil, la regla general de la escritura "viene impuesta por la necesidad de constancia y prueba de los actos administrativos, no sólo de la resolución final, sino también de los actos de trámite".Yagüe Gil, op. cit., p. 207, nota 382.

159 En este sentido, Parejo Alfonso apunta que su "justificación es evidente y descansa en un triple orden de razones. Los actos administrativos son recepticios y deben, por tanto, ser objeto de notificación o publicación; pueden crear, modificar o extinguir relaciones y situaciones jurídicas y están, además, dotados de ejecutoriedad, lo que incrementa la exigencia de certeza sobre los mismos; al traer causa los actos definitivos de una pluralidad de actos preparatorios, en su caso producidos por órganos o, incluso, administraciones distintas de los productores del acto, resulta indispensable la constancia de tal intervención". Parejo Alfonso, op. cit., p. 484, nota 80.

160 Según Sánchez Morón la "exigencia de constancia del acto administrativo como requisito del mismo dificulta la consideración como verdaderos actos de esta naturaleza de otras mani-

Debe aclararse, no obstante, que cuando hablamos de escritura debemos hacerlo en sentido amplio, incluyendo no sólo los escritos que constan en formato papel, sino también lo que consta en otro tipo de soportes proporcionados por las nuevas tecnologías, como los de tipo informático.

En algunas ocasiones, sin embargo, el acto administrativo utiliza otros medios de hacerse presente, como la forma verbal (por ejemplo, la orden directa de un superior a un subordinado) o incluso, aunque hay quien considere lo contrario,[161] otros modos de exteriorización (por ejemplo un faro o un semáforo).[162]

En principio, el acto administrativo no tiene por qué plegarse a un formato formal determinado, pero en ocasiones el ordenamiento jurídico puede prever que asuma un determinado modo de manifestación.[163]

Dentro de los elementos formales debe citarse, sin duda, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo.[164] Como en su momento veremos con detalle, ésta es una garantía tanto del acierto de las decisiones de la administración como de la adecuada defensa de los derechos de los ciudadanos, lo que lo convierte en un requisito esencial para la adopción de cualquier acto administrativo.[165]

El artículo 14 de la lj establece que tendrá trascendencia anulatoria "el quebrantamiento de las formas esenciales".

De dicha estipulación debe entenderse que invalidará el acto la falta absoluta de procedimiento, o la tramitación tan nimia que se equipare a ésta, y la omisión de trámites que, por su importancia, deban considerarse formas esenciales.

E) Motivación del acto administrativo

festaciones que proceden de la voluntad administrativa y que deben ser observadas por los ciudadanos, tales como las señales luminosas o las órdenes verbales de los agentes de policía. En realidad, ni en uno ni en otro caso estamos ante declaraciones a las que quepa aplicar la dogmática del acto administrativo […] En el pasado, la dificultad de impugnar lo que se considerase estrictamente acto administrativo, llevó a conceptuar esas órdenes verbales o mediante señales como actos administrativos no procedimentalizados. Hoy, sin necesidad de forzar el significado de cada figura jurídica, tal impugnación no plantea problemas técnicos ni prácticos". Sánchez Morón, op. cit., p. 528, nota 256.

161 Acosta Romero, op. cit., pp. 364-365, nota 76. Delgadillo Gutiérrez, Luís Humberto, op. cit., p. 231, nota 77. Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 176, nota 2. Santamaría Pastor, op. cit., p. 153, nota 446.

162 Boquera Oliver asegura que, como "regla general, una forma determinada no es elemento necesario para que exista acto administrativo, pero, para algunas categorías o especies de actos administrativos, las leyes obligan al sujeto titular del poder administrativo a declarar su voluntad de una manera determinada". Boquera, Oliver, op. cit., p. 77, nota 377.

163 Rebollo, Martín, op. cit., pp. 162-163, nota 377.

164 Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 134, nota 240.

165 Según González Pérez la "motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto. Por la motivación se podrán conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justificaron el acto". González Pérez, op. cit., p. 1479, nota 373.

Hablamos de motivación administrativa para referirnos a la exteriorización de las razones fácticas y jurídicas que conducen a la adopción de un determinado acto administrativo, con un determinado contenido.[166] Así lo confirma el derecho positivo, que establece que la motivación del acto administrativo es "la expresión de las razones que hubieren determinado la emisión de toda providencia o resolución administrativa" (artículo 2. 10, lj).

No tiene que consistir necesariamente en un examen agotador de todos los elementos del acto y las razones que llevan al mismo. En realidad, la extensión y la profundidad de la motivación dependerá de las circunstancias que concurran en cada acto concreto. Lo decisivo es que no se quede en una mera fórmula convencional, que no aclare cómo se llegó al resultado final, sino que ofrezca una argumentación que deje constancia del proceso mental y jurídico que han conducido a la toma de esta decisión, que permita a los destinatarios del acto y a los órganos administrativos o judiciales que, en caso de recurso, deban enjuiciar su validez, tomar conocimiento suficiente de los motivos que le han conducido a tomar esa decisión.[167]

En todo caso, deberá dejar constancia de la adecuación del acto al fin público que lo justifica, y si se trata de un acto discrecional, de las razones que llevaron a elegir la solución adoptada entre las diversas legalmente posibles.[168]

La motivación es, por tanto, una exigencia del principio de transparencia[169] que responde a una triple motivación: a) persuadir a los afectados por el acto de su razón de ser, evitando futuras impugnaciones; b) precisar con mayor certeza el sentido del acto adoptado, facilitando su interpretación, y c) facilitar el ulterior control en vía de recurso del acto.[170]

166 Táboas Bentanachs señala que "de lo que se trata es de desentrañar y evidenciar suficientemente el proceso lógico y jurídico que da lugar a una determinada resolución, para posibilitar no sólo su conocimiento y crítica sino para viabilizar el derecho de defensa de los interesados en las vías impugnatorias a que hubiere lugar y, en su caso, para poder ser integrado de forma plena en el enjuiciamiento jurisdiccional correspondiente". Táboas Bentanachs, "Finalización del procedimiento y ejecución forzosa de los actos administrativos", en Pendàs García (coord.), *Administraciones públicas y ciudadanos*, Barcelona, Praxis, 1993, p. 587.

167 Bocanegra Sierra, op. cit., pp. 79-80, nota 526.

168 Sánchez Morón, op. cit., p. 529, nota 256.

169 En este sentido García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que la "motivación […] es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente): la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 557, nota 373 (1997).

170 Como señala González Pérez, la "motivación constituye un requisitos formal del acto administrativo. Una cosa son los motivos del acto y otra la motivación. Todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos; pero la motivación lo que supone es la exigencia formal de que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión". González Pérez, op. cit., pp. 1479-1480, nota 373.

Aunque algunos autores han considerado que la motivación representa un elemento objetivo,[171] suele considerarse que constituye un requisito formal: la exigencia de que se hagan expresos formalmente los motivos que llevaron a la adopción del acto (lo que constituye algo distinto que los propios motivos del acto).[172]

La falta, insuficiencia u oscuridad de la motivación, que causare perjuicio o indefensión al administrado, determinará la anulabilidad de la providencia o disposición, la que podrá ser declarada en sentencia en la vía contencioso-administrativa (artículo 2. 10, lj).

Nótese, por tanto, que no basta con la mera falta de motivación o con el carácter defectuoso de ésta para que pueda determinar la invalidez del acto, sino que es preciso, además, que produzca efectos nocivos en el administrado.

3. Clases de actos administrativos

La clasificación de los actos administrativos se puede realizar, y de hecho se ha realizado, utilizando criterios muy diversos, lo que ha dado lugar a un número casi inabarcable de sistematizaciones. Nosotros nos vamos a centrar tan sólo en aquellas dotadas de relevancia práctica reseñable, olvidándonos de las demás.

A) Actos que agotan la vía administrativa y actos que no agotan la vía administrativa

Una primera clasificación importante es la que distingue entre los actos que agotan la vía administrativa y los que no agotan la vía administrativa. La diferencia entre unos y otros reside en que los primeros expresan de modo definitivo la voluntad de la administración, por lo que pueden ser impugnados directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (esto es, ante un órgano judicial).

Los segundos, sin embargo, no expresan de forma definitiva la voluntad de la administración, por lo que no pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa directamente. De tal manera que si no estamos de acuerdo con ellos debemos impugnarlos ante un órgano administrativo, interponiendo contra ellos el correspondiente recurso administrativo (esto es, debemos impugnarlos ante un órgano administrativo y no ante un órgano jurisdiccional). Ahora bien, eso no impide que en último extremo podamos recurrir esos actos ante un tribunal, pues la resolución que resuelve ese recurso administrativo será ya una resolución que agota la vía administrativa, y que podremos, si no es conforme a nuestros intereses, impugnar ante un tribunal contencioso-administrativo.

El artículo 2. 5 de la lj denomina como agotamiento de la vía administrativa a la acción por la que se convierte un acto que no agota la vía administrativa en un acto que agota la vía administrativa y, por lo tanto, susceptible de enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa; debiéndose entender por tal "haber utilizado en con-

171 Así, por ejemplo, las decisiones definitivas de la Comisión de Servicio Civil y de Carrera Administrativa agotarán la vía administrativa (artículo 18. 8, lsc).

172 Como indica Cassagne, el "procedimiento no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales poseen individualidad jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la administración". Cassagne, op. cit., p. 56, nota 351.

tra de una resolución administrativa producida de manera expresa o presunta, o por vía de hecho, los recursos administrativos de revisión y apelación, cuando fueren procedentes, de tal forma que dicha resolución se encuentre firme causando estado en la vía administrativa".

Para que se produzca el agotamiento de la vía administrativa es preciso que se haya hecho uso de los recursos administrativos correspondientes en tiempo y forma y que se hubiera notificado una resolución expresa (artículo 46. 1, lj).

Debe tenerse en cuenta, además, que existen algunos supuestos de agotamiento directo de la vía administrativa, esto es, que hay determinados actos que agotan por sí mismos la vía administrativa, sin necesidad de interponer recurso administrativo alguno. Concretamente este efecto se producirá en dos casos: a) cuando se produzcan los efectos del silencio administrativo y b) cuando así lo disponga expresamente la ley[173] (artículo 46, lj).

B) Actos de trámite y actos definitivos

Una segunda clasificación importante es la que distingue entre actos de trámite y resoluciones o actos definitivos. Para entender esta distinción debe partirse de un concepto previo de singular importancia en el ámbito administrativo, como es el concepto de procedimiento administrativo. Éste aparece definido en el artículo 2. 13 de la lj como "el cauce formal de la serie de actos en que se debe concretar la actuación administrativa sujeta al derecho administrativo para la consecución de un fin".

Esto, en definitiva, supone que la administración, cuando quiere dictar un acto administrativo, no puede hacerlo de cualquier manera, siguiendo su propia voluntad, sino que debe seguir un determinado cauce formal, un procedimiento. Esto diferencia claramente a la administración de los sujetos privados, pues éstos forman libremente su voluntad, siguiendo los pasos que consideran oportunos.

Nótese que esto último es posible porque los particulares, con su acción, tratan de dar satisfacción a sus propios intereses, que son meramente privados, por lo que al ordenamiento jurídico le resultan indiferentes su diligencia y su acierto. Esto es, si yo me quiero comprar una casa o unos pantalones, si quiero puedo asesorarme debidamente para garantizar el éxito de mi elección o puedo obrar arbitraria y negligentemente comprando en la primera tienda que me encuentre, aunque, con ello, pague un precio mayor o compre de peor calidad. Es más, incluso puedo obrar erróneamente de forma consciente, comprando esos artículos a un amigo, aun a sabiendas de que me va a cobrar más caro, porque doy más importancia a la amistad que a mi dinero.

Todas estas conductas son, sin embargo, impensables cuando la administración actúa, porque ésta persigue la consecución del interés público, y eso es algo de lo que no puede disponer. Por ello, el derecho la obliga a actuar con la debida diligencia, siguiendo los trámites fijados por el ordenamiento jurídico, para garantizar así el acierto de sus decisiones. Y sin que pueda adoptar éstas con base en criterios personales (amistad,

173 González Pérez afirma que actos de trámite "son los que integran el procedimiento anterior a la resolución. Son simple presupuesto de la decisión en que se concreta la función administrativa. Constituyen una garantía de acierto de la decisión final". González Pérez, op. cit., p. 239, nota 521.

enemistad, intereses familiares, etcétera), sino únicamente para lograr la idónea satisfacción del interés público.

Como veremos adelante con más detalle, denominamos procedimiento administrativo al cauce formal que debe seguir la administración para lograr estos objetivos; cauce formal que es, como se puede haber inferido de lo dicho anteriormente, de obligatorio seguimiento por parte de la administración.

En esencia, el procedimiento administrativo va a consistir en una sucesión de actos administrativos que se concatenan de forma coordinada y coherente. Así, el procedimiento va a comenzar con un acto (acuerdo de iniciación) por el que se inicia el procedimiento; va a continuar con una serie de actos destinados a hacer posible la correcta resolución del mismo (prueba, informes, etcétera), y va a concluir con un acto definitivo o resolución, por el que se resuelven las cuestiones planteadas en él.

De esta forma, sin que se pierda por ello el carácter unitario del procedimiento, éste se va a manifestar como un conjunto de actos que, a pesar de estar relacionados entre sí, no pierden su individualidad propia.[174]

Entre todos estos actos se debe hacer una distinción, diferenciándose, por un lado, entre los actos de trámite y la resolución. Actos de trámite son todos los anteriores a la resolución, y se caracterizan por que no tienen sentido en sí mismos, sino que la única razón de su existencia es que se pueda dictar en un determinado momento la resolución que ponga fin al procedimiento.[175]

No obstante, hay un grupo de autores que rechaza esta concepción, negando la consideración de auténticos actos administrativos a los actos de trámite, que serían simples actuaciones procedimentales, frente a los actos definitivos y a los actos cualificados, que se equiparan a éstos, que serían los verdaderos actos administrativos.[176]

Esta distinción es trascendental para efectos prácticos, pues sólo la resolución o acto definitivo es, como regla general, impugnable por separado. Los demás actos no pueden impugnarse por sí mismos, debiéndose esperar a que se dicte la resolución, que es lo que será impugnable; regla que encuentra su justificación en razones evidentes de economía procesal, pues una continua impugnación de los actos de trámite fácilmente podría paralizar el procedimiento, haciendo eterna su tramitación.[177]

174 Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., pp. 88-89 ii, nota 113.

175 Según Bocanegra Sierra esta "regla general tiene su justificación en el principio de economía procesal. No es imaginable la posibilidad de una constante impugnación de los actos de trámite, de forma independiente, antes de la resolución final del procedimiento, sin perturbar gravemente el funcionamiento de la administración". Bocanegra Sierra, op. cit., p. 59, nota 526.

176 González Pérez afirma que "si el acto, aun siendo de trámite, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, no se aplica la regla general, ya que ello supondría para el administrado la más absoluta indefensión, al impedirle el acceso a la jurisdicción para formular sus pretensiones". González Pérez, op. cit., p. 240, nota 521.

177 En este sentido, Morell Ocaña señala que actos firmes son "aquellos, de trámite o definitivos, que no son susceptibles de recurso ordinario, por haber transcurrido los plazos para interponerlo o haber sido desestimados". Morell Ocaña, op. cit., p. 211, nota 495.

Sin embargo, existen algunas excepciones a esta regla general, pues hay algunos actos de trámite que por su importancia se equiparan a una resolución y pueden ser objeto de impugnación separada. Se trata de un conjunto de actos administrativos (actos de trámite cualificados), que a pesar de ser actos de trámite, van a asumir una importancia similar para el administrado a la que tiene una resolución. De tal forma que, si no se permitiese su impugnación separada, generarían una indefensión.[178]

La cuestión es, entonces, qué actos de trámite tienen esa condición cualificada. El criterio clave es que vayan a ocasionar efectos irreversibles para el interesado, porque impidan la continuación del procedimiento, porque decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto o porque produzcan indefensión o perjuicio irreparable.

C) Actos favorables y actos desfavorables o de gravamen

Son actos favorables aquellos que amplían la esfera jurídica del administrado, y desfavorables o de gravamen los que la restringen o limitan.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en numerosas ocasiones no será posible la inserción en ninguna de ambas categorías, en cuanto nos encontraremos con actos que producen efectos beneficiosos para algunos administrados, pero negativos para otros (actos mixtos).

La importancia de esta clasificación viene referida esencialmente a dos aspectos: la retroactividad y la revocación. Los actos favorables podrán tener efectos retroactivos, mientras que serán difíciles de revocar. Frente a ello, los actos desfavorables no podrán tener efectos retroactivos y su revocación será más sencilla.

D) Actos firmes y consentidos

Ambas categorías hacen referencia a aquellos actos que resultan jurídicamente inatacables.

Son actos firmes en sentido estricto aquellos que no son ya susceptibles de recurso porque se han agotado todas las vías ordinarias de impugnación que se podían utilizar contra los mismos.

A ellos se equiparan los actos consentidos, que son aquellos contra los que no cabe recurso por haber sido acatados por su destinatario, bien expresamente, aceptándolos y dándoles cumplimiento; bien tácitamente, no interponiendo contra los mismos recurso en plazo.

Esta equiparación de efectos determina que sea frecuente en la doctrina la utilización del término actos firmes para designar indistintamente tanto a los actos firmes en sentido estricto como a los consentidos.[179]

178 Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., p. 91 ii, nota 113. Parada Vázquez define éstos como "aquellos que reiteran, por reproducción o por confirmación, otros anteriores firmes y consentidos". Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 111, nota 240.

179 Según Villar Palasí y Villar Ezcurra "el fundamento para la denegación del recurso por vía contenciosa no estriba en la doctrina de los actos propios […] sino en el principio de seguridad jurídica impuesto por el carácter preclusivo de los plazos concebidos para recurrir". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., p. 91 ii, nota 113.

E) Actos originarios y actos reproductorios y confirmatorios

Actos originarios son aquellos que resuelven una cuestión previamente no planteada a la administración. Actos reproductorios y confirmatorios son, en ambos casos, actos que se caracterizan por que vienen a ratificar, bien por reproducción (reproductorios) o bien por confirmación (confirmatorios) el contenido de un acto previo, con el que existe la más absoluta identidad de objeto, sujeto y causa, que es jurídicamente inatacable, ya sea porque ha adquirido firmeza o porque ha sido consentido.[180]

Es importante distinguir esta categoría de actos administrativos, pues éstos no van a ser susceptibles de impugnación judicial, para evitar que se pueda reabrir un debate jurídico que ya quedó cerrado en vía administrativa o contencioso-administrativa; régimen cuyo fundamento debe encontrarse en el principio de seguridad jurídica, que impide la eterna pendencia de cuestiones cuyos plazos de impugnación han quedado ya cerrados de manera definitiva.[181]

Para que pueda considerarse un acto como reproductorio o confirmatorio de otro anterior es preciso que entre ambos exista la más absoluta identidad entre los sujetos, las pretensiones y el fundamento.

No puede considerarse acto confirmatorio el que venga a ratificar una desestimación por silencio negativo, pues en tal caso no hay verdadero acto administrativo, sino una simple ficción jurídica que permite impugnar al interesado en vía judicial ante la inacción de la administración.

4. Invalidez del acto administrativo

Decimos que un acto administrativo es inválido o que está viciado cuando no concurren en él los elementos o requisitos que el ordenamiento jurídico exige con carácter general para cualquier acto administrativo o específicamente para ese concreto acto administrativo.[182]

A) Categorías de invalidez

Suelen distinguirse tres categorías de invalidez: inexistencia, nulidad de pleno derecho y anulabilidad.

a) Inexistencia

180 Escuin Palop, op. cit., p. 275, nota 410. Según Parada Vázquez la "invalidez puede definirse […] como una situación patológica del acto administrativo, caracterizada por que faltan o están viciados algunos de sus elementos". Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 180, nota 240.

181 Flavio Escorcia afirma que se "produce la inexistencia del acto, cuando éste no reúne los elementos constitutivos del mismo y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia; es pues inexistente por faltarle manifiestamente los elementos de todo acto administrativo". Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 226, nota 2. En la misma línea, Santamaría Pastor asevera que la inexistencia es "aplicable a los supuestos de ausencia grosera y ostensible de requisitos básicos de validez que, por su evidencia, no han sido establecidos expresamente por las normas". Santamaría Pastor, op. cit., p. 155, nota 446.

182 Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., pp. 226-227, nota 2. Báez Martínez, op. cit., p. 279, nota 379.

Se considera que un acto es inexistente cuando adolece de fallos tan groseros que impiden su propia consideración como tal, pues le faltan los elementos esenciales mínimos que se exigen para su propio existir.[183]

La gravedad de tales deficiencias marca que el acto inexistente carezca de todo efecto jurídico, hasta el extremo de que puede ser desconocido por cualquier sujeto sin necesidad de que su invalidez sea declarada formalmente por un órgano administrativo o judicial.[184]

Obviamente, sin perjuicio de que se pueda hacer valer esta deficiencia en un procedimiento de impugnación en cualquier momento, pues, obviamente, sufre un vicio imprescriptible e insubsanable.[185]

Algunos autores se han mostrado contrarios al reconocimiento de la inexistencia en el ámbito administrativo, alegando que se trata de una categoría confusa, difícilmente distinguible de la nulidad de pleno derecho, con la que se confunde, y de dudoso encaje en el derecho administrativo en el que opera la presunción de validez de los actos administrativos, que hace inviable en la práctica la posibilidad de hacer valer dichos vicios sin emprender un procedimiento formal de impugnación. Por su parte, otros añaden que resulta contraria al principio de tipicidad que rige la actuación administrativa.[186]

183 Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., pp. 226-227, nota 2.

184 Esa es la opinión de Villar Palasí y Villar Ezcurra, que entienden que no "tendrá cabida […] en el derecho administrativo el concepto de acto inexistente habida cuenta del principio de tipicidad (como manifestación concreta del principio de legalidad que debe regir toda la actuación administrativa)". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., p. 180 ii, nota 113.

185 En este sentido Enríquez Sancho apunta que no "es que doctrinalmente no pueda construirse la categoría de los actos inexistentes, entendiendo por tales aquellos que carecen de los requisitos necesarios para ser considerados como un acto propiamente dicho, es decir, que no poseen ni siquiera la apariencia de un acto […] Lo que sucede es que tales actos inexistentes se confunden en cuanto a sus efectos, como regla general, con los actos nulos de pleno derecho". Enríquez Sancho, "De las disposiciones y actos administrativos", en Comentario sistemático a la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Carperi, 1993, p. 264.

186 García de Enterría y Fernández Rodríguez aseguran que "el acto inexistente, que carece de toda apariencia de legitimidad, no tiene por qué beneficiarse de la presunción de legalidad que se predica en general de los actos administrativos; puede ser desconocido por los particulares a quienes va dirigido; no cabe asignar a éstos la carga de su impugnación; puede, en fin, ser eliminado por la administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne". "Sin embargo, la administración puede, mediante su privilegio de acción de oficio, imponer por la fuerza los efectos del acto, es decir, la sanción que acompaña a la orden. En este caso, desde el momento en que se están produciendo efectos, el comportamiento del particular no puede ser simplemente pasivo, sino que tendrá que impugnar el acto con el fin de frenar su eficacia. Su situación será entonces la misma que si el acto, en lugar de inexistente, se califica de nulo de pleno derecho". "La interferencia de estos poderes exorbitantes de la administración limita las posibilidades inherentes al concepto de inexistencia refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efectos. Éstos son, en rigor, los únicos actos que un particular puede desconocer sin que de su pasividad pueda seguirse perjuicio material —y, por supuesto, jurídico— alguno". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 606-607, nota 113 (1997).

Hay también quien de forma más matizada, sin rechazar la categoría, se limita a señalar su falta de sentido, en cuanto se confunde con la nulidad de pleno derecho.[187]

Otros, sin embargo, pese a que admiten la suma dificultad que entraña deslindarla de la nulidad de pleno derecho, admiten su existencia por razones prácticas, en cuanto permite salvar las deficiencias en la predeterminación de los actos nulos de pleno derecho, permitiendo dar el máximo grado de invalidez a actos que adolecen de vicios de extrema gravedad, pero que no están previstos en el ordenamiento jurídico como tales.

Algunos, sin embargo, ven su sentido en la articulación de un conjunto de vicios que son de calibre tal que permiten al particular o al órgano llamado a cumplirlos desentenderse de ellos, sin necesidad de una declaración formal por parte de órgano administrativo o judicial competente que así lo declare. Dicho efecto choca, no obstante, con los poderes de acción de oficio de la administración, que permiten a ésta imponer esos actos incluso a pesar de la gravedad de los defectos de que adolecen. Por lo que, concluyen, la inexistencia tiene sentido en el derecho administrativo tan sólo para aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que además son insusceptibles de producir cualquier tipo de efecto.[188]

Hay también, por último, quien defiende sin reparos la consideración de la inexistencia como una categoría autónoma. No es otra cosa, afirman, que la nulidad absoluta de la apariencia de un acto; nulidad absoluta e inexistencia aparecerían así como dos conceptos claramente deslindables. La inexistencia es la causa y la nulidad absoluta su efecto.[189]

Este último factor debe ser especialmente destacado a la hora de tomar una decisión sobre esta cuestión, dado el peculiar contexto en el que se mueve el derecho administrativo de Nicaragua. Ciertamente, la inexistencia es una categoría que opera al margen de una consagración legal expresa; es un conjunto de defectos de gravedad extrema, que se entiende que despliegan su fuerza invalidatoria por sí mismos, por su propia naturaleza.[190] Esto provoca que, pese a sus inconvenientes, merezca, en nuestra opinión, la

187 Según Boquera Oliver la "inexistencia es […] una realidad o si se quiere una ausencia de realidad. La nulidad absoluta de los efectos jurídicos de un acto inexistente (de una apariencia de acto) es la consecuencia lógica de su inexistencia; son dos cosas distintas, una la causa y otra el efecto, aunque a veces se confunden". Boquera Oliver, op. cit., pp. 81-87, nota 375.

188 Flavio Escorcia señala que la "inexistencia de los actos administrativos constituye una sanción especial que no requiere estar consagrada en la ley, sino que opera como una necesidad lógica en aquellos casos en que faltan al acto sus elementos esenciales. La noción de inexistencia de los actos jurídicos no se encuentra ligada a la consagración expresa en la ley, sino que ella domina los textos más que estar subordinada a ellos". Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 227, nota 2.

189 González Pérez y González Navarro, op. cit., p. 1585, nota 373. Escuin Palop, op. cit., p. 275, nota 410. Enriquez Sancho, op. cit., p. 264, nota 651. Santamaría Pastor, op. cit., p. 155, nota 446.

190 Según Parada Vázquez las "razones comúnmente invocadas para explicar la diferencia de la regulación de la invalidez en el derecho administrativo y civil (y en especial la reducción al mínimo de los supuestos de nulidad absoluta en aquél) son la necesidad de preservar la presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa, así como la seguridad jurídica, que resultaría perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales que la nulidad absoluta o de pleno derecho comporta". Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 183, nota 240. En la misma línea, Villar Palasí y Vi-

pena mantener esta categoría, como una solución de urgencia para poder declarar la invalidez con el máximo rigor para supuestos no contemplados expresamente como nulos de pleno derecho por el ordenamiento jurídico de Nicaragua, pero que constituyan conductas de tal gravedad que merezcan dicha sanción; supuesto nada infrecuente, desgraciadamente, dadas las serias lagunas que presenta este ordenamiento jurídico al respecto, como veremos.

A pesar de lo anterior, la inexistencia no deja de ser una figura poco clara, que genera cierta inseguridad jurídica y que tiene difícil encaje en el derecho administrativo al chocar con la presunción de validez de los actos administrativos. A nuestro juicio, lo más conveniente es que se dicte pronto una ley de procedimiento administrativo que se encargue de normar los supuestos genéricos de invalidez que ocasionan la nulidad de pleno derecho.

Mientras llega esa solución legal merece la pena mantener la inexistencia. Si bien, en nuestra opinión, aun así de forma restrictiva. Como más tarde se argumentará, se puede delimitar un conjunto mínimo de supuestos de invalidez que, por su propia entidad, se deben consagrar como supuestos de nulidad de pleno derecho aun a falta de una consagración legal expresa. Téngase en cuenta que el derecho de Nicaragua no contiene una regulación de la invalidez de los actos administrativos, por lo que esa solución tampoco choca con la legalidad vigente.

A dichos supuestos genéricos se sumarían los consagrados específicamente por la legislación particular; quedando como fórmula de cierre la categoría de la inexistencia, que debería ser examinada de manera restrictiva para supuestos de gravedad extrema que no encuentren solución de otro modo.

Aunque la solución pueda parecer un poco arbitraria es, a nuestro juicio, la más conveniente. Nótese que, como veremos, los supuestos que vamos a fijar como de nulidad de pleno derecho son vicios típicos respecto de los que existe un elevado consenso de su trascendencia invalidatoria en grado máximo. Por eso es conveniente que sean ellos la base del sistema y no que entre a formar parte del sistema jurídico con cierta normalidad una categoría tan imprecisa como lo es la inexistencia, que podría generar inseguridad jurídica si se utilizara con cierta profusión. Entendemos, en consecuencia, que su aplicación de forma estrictamente restrictiva es la mejor solución.

b) Nulidad de pleno derecho

A diferencia de lo que ocurre en el resto del ordenamiento jurídico, en el ámbito del derecho administrativo la regla general es la anulabilidad del acto y excepcionalmente la nulidad de pleno derecho;[191] peculiaridad que encuentra justificación en la presun-

llar Ezcurra señalan que en el derecho administrativo "priman sobre los aspectos meramente formales otra serie de consideraciones de tipo político —plasmadas en el principio constitucional de la seguridad jurídica—, como puede ser la continuidad de los servicios públicos, los riesgos frente a la suspensión de las prestaciones administrativas o, en definitiva, la confianza de los ciudadanos ante la máquina burocrática omnipresente que supone nuestra actual administración". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit.,pp. 182-183 ii, nota 113.Véase también Bocanegra Sierra, op. cit., p. 166, nota 526.

191 González Pérez afirma que la "nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta constituye el grado máximo de invalidez. El concepto, elaborado en el derecho común, puede, pese a las dificultades que ello ofrece, aplicarse en derecho administrativo". "Los supuestos de nulidad se-

ción de validez del acto administrativo, que responde, a su vez, como veremos, a motivos de eficacia, los cuales aconsejan restringir, siempre que sea posible, su paralización, pues al ser un instrumento al servicio del interés público, sería este último el que se estaría frenando.[192]

Por lo demás, el régimen de la nulidad de pleno derecho se pliega en lo esencial, a reserva de alguna modulación, a los mismos caracteres que reviste en el derecho privado; constituyendo, al igual que en este ámbito, el máximo grado de invalidez que contempla el ordenamiento jurídico.[193]

La nulidad radical se puede hacer valer por cualquier persona o, incluso, puede ser perseguida de oficio por la propia administración.

Aunque hay quien ha manifestado postura contraria,[194] la mayor parte de la doctrina tiende a considerar que los vicios que implican la nulidad de pleno derecho son imprescriptibles, no sanan con el paso del tiempo;[195] lo que determina que no pueda hacerse valer contra ellos la excepción de acto consentido.[196]

---

rán más restringidos que en el derecho común; la nulidad de pleno derecho sólo se dará en supuestos taxativamente enumerados; pero cuando así ocurra podrá aplicarse a los actos que incurran en ella, en principio, la técnica de la nulidad tal y como se elaboró en el derecho civil." González Pérez, op. cit., p. 1589, nota 373.

192 En este sentido Boquera Oliver considera que el "acto nulo de pleno derecho no puede impugnarse en cualquier momento, pues todos los actos administrativos gozan de la presunción *iuris tantum* de legalidad y esta presunción sólo se puede intentar destruir dentro del plazo establecido para ello por la ley. La presunción de legalidad es consustancial al acto administrativo. Le acompaña desde el mismo instante de su nacimiento. El juicio sobre la legalidad o la ilegalidad del acto es necesariamente posterior a su nacimiento y para emitirlo resulta imprescindible recurrir contra aquél dentro de plazo. La seguridad jurídica no es compatible con dejar abierta indefinidamente la posibilidad de discutir y, en su caso, destruir, el acto presuntamente legal. La suposición del administrado de que el acto administrativo es ilegal y nulo de pleno derecho no puede prevalecer, pues nada lo justifica, sobre la presunción legal de que es conforme a derecho y por aquella suposición permitirle impugnarlo en cualquier momento. Tampoco para ningún caso ni en ningún momento existe la presunción legal de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, por lo que la declaración judicial o administrativa de que un acto es nulo de pleno derecho —siempre posterior a la admisión del recurso— no puede justificar *a posteriori* la admisión del recurso fuera del plazo improrrogable fijado por la ley para recurrir". Boquera Oliver, op. cit., p. 123, nota 375.

193 Escuin Palop, op. cit., p. 275, nota 410. Enriquez Sancho, op. cit., p. 263, nota

651. Brewer-Carías señala que "los actos administrativos nulos de nulidad absoluta, nunca pueden adquirir firmeza, por lo que siempre podrían ser impugnados, ya que por el transcurso del tiempo nunca pueden llegar a ser convalidados". BrewerCarías, op. cit., p. 151, nota 519.

194 González Pérez, op. cit., pp. 1586-1587, nota 373.

195 Enriquez Sancho, op. cit., p. 263, nota 651.

196 González Pérez asegura que "hay que hacer una salvedad al esquema tradicional de la nulidad: que la eficacia inmediata de ésta, sin necesidad de declaración por el órgano en cada caso competente, pugna con el principio de presunción de validez de los actos administrativos […] En cuanto los actos de la administración son válidos y producen efectos desde el momento en que se dictan, en tanto que no sean declarados nulos por el órgano administrativo o jurisdiccional competente, despliega sus efectos, cualquiera que sea el grado de inva-

El acto nulo de pleno derecho lo es por sí mismo, sin necesidad de que sea declarada formalmente esa nulidad por un órgano administrativo o judicial; sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los tribunales para destruir la apariencia jurídica que pueda haber generado y teniendo en cuenta que la sentencia que en tal supuesto se dicte tiene un mero carácter declarativo, no constitutivo; esto es, la nulidad proviene del propio vicio del que adolece el acto, no de la sentencia que así lo declara.[197]

Este régimen, sin embargo, no es extrapolable al ámbito administrativo, dada la necesidad de que se haga valer esa invalidez a través de un procedimiento formalizado de impugnación. Se trata de una consecuencia derivada de la presunción de validez de los actos administrativos y de la autotutela ejecutiva de éstos, que impide que se puedan derivar los efectos propios de la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho hasta que no se deshaga esa presunción mediante la declaración de la misma por parte de la autoridad competente.[198]

La nulidad de pleno derecho produce sus efectos ex tunc, esto es, desde el mismo momento en que se dictó el acto. Si bien este planteamiento no deja de generar también serias reservas en el derecho administrativo, donde el principio de validez del acto administrativo va a permitir a éste operar de hecho, nulo o no, produciendo efectos hasta que se declare formalmente, como acabamos de ver. Muchos de esos efectos no podrán ser removidos en la práctica una vez declarada esa nulidad, haciendo en muchos casos más hipotética que real esa pretendida invalidez ab initio.[199]

---

lidez en que incurran. La administración, ante un posible acto nulo, no puede desconocer su existencia, sino que es preciso tramitar el oportuno expediente de anulación, con todas las garantías". González Pérez, op. cit., pp. 1589-1590, nota 373. En la misma línea, Nieto asevera que nada "se adelanta, en efecto, con proclamar que los actos nulos lo son por sí mismos, sin necesidad de ser impugnados, cuando de hecho, si no son impugnados, el destinatario padecerá inexcusablemente las consecuencias del acto y de nada servirá argumentar, por ejemplo, ante el recaudador ejecutivo, que el acto de imposición es nulo de pleno derecho. El agente se encogerá de hombros y dirá que mientras no tenga una declaración administrativa o judicial de invalidez, el acto será ejecutado". Nieto, op. cit., p. 56, nota 644. Véase también al respecto Santamaría Pastor, op. cit., p. 156, nota 446.

197 Nieto señala que "resulta muy difícil aceptar sin más la distinción entre los grados de invalidez y sus correlativas consecuencias, ya que, dígase lo que se diga, el acto nulo no lo es ex tunc, ab initio, puesto que produce efectos indudables desde el mismo momento de su aparición. Por ello mismo, el interesado tiene que acudir al juez (y previamente, en su caso, a un órgano administrativo superior) solicitando la declaración de nulidad. Algo que carecería de sentido si el acto fuera nulo en los términos que técnicamente se afirman ya que, de ser así, podría encogerse cómodamente de hombros ante un acto nulo. ¿Para qué molestarse en impugnar un acto nacido muerto y que no puede producir efectos en ningún caso?" Nieto, op. cit., p. 50, nota 644.

198 Bocanegra Sierra señala que la "convalidación consiste en aquella operación a través de la cual la administración subsana un acto inválido, permitiendo la consolidación de su eficacia, dictando un nuevo acto administrativo que corrige los vicios del anterior ilegal". Bocanegra Sierra, op. cit., p. 190, nota 526. Sánchez Goyanes afirma que la "convalidación comporta la verificación de un hecho jurídico o de una declaración administrativa en cuya virtud el acto anulable adquiere plena validez". Sánchez Goyanes, op. cit., p. 252, nota 153.

199 En este sentido, Boquera Oliver asevera que la imposibilidad de convalidar los actos nulos de pleno derecho no "es una consecuencia lógica de la infracción gravísima del ordenamiento jurídico, sino querida e impuesta por el legislador, pues […] los defectos o vicios de los

La nulidad radical tampoco puede ser objeto de convalidación; esto es, no puede ser curada su invalidez mediante la eliminación del vicio del que adolece.[200]

Si bien hay una parte de la doctrina que cuestiona esta tesis y que considera que no hay argumento alguno que sustente esta posición, que no tiene otra virtud que la de impedir que la administración corrija los vicios administrativos más graves.[201]

El verdadero problema surge a la hora de determinar qué vicios concretos tienen entidad suficiente para ser considerados actos nulos de pleno derecho. Ya sabemos que falta en Nicaragua una ley general que regule el procedimiento administrativo, de lo que se deriva, a su vez, que falte una delimitación de los supuestos generales de nulidad de pleno derecho; carencia grave, pues no es conveniente la delimitación de las causas de nulidad de pleno derecho en términos abstractos, a la luz de un criterio conceptual, pues esto genera cierta inseguridad jurídica, siendo conveniente que sean objeto de una predeterminación realizada por el propio ordenamiento jurídico.[202]

---

actos jurídicos por su naturaleza y cualquiera que sea su gravedad, pueden remediarse". Boquera, Oliver, op. cit., p. 122, nota

375. También Chinchilla Marín critica la tesis que defiende que los actos nulos de pleno derecho no pueden ser convalidados, pues "no sirve para justificar esta exclusión el argumento de que los actos radicalmente nulos no pueden producir efectos, por la sencilla razón de que no es cierto que quod nullum est nullum efectum producit […] Tampoco es convincente el argumento de gravedad del vicio que determina la nulidad de pleno derecho, pues […] la subsanación se caracteriza por ser un acto administrativo que corrige los vicios que invalidan un acto. Con la subsanación se elimina el vicio que determina la invalidez y es entonces, esto es, una vez que el vicio ha sido eliminado, cuando se convalida el acto. Si esto es así, ¿qué sentido tiene impedir a la administración que elimine los vicios más graves? ¿No sería más bien, al contrario, una obligación para la administración derivada del principio de legalidad? Sin duda habrá defectos imposibles de subsanar, como ocurre, por ejemplo, con el acto que sea constitutivo de delito o falta, o tenga un contenido imposible, pero no porque éstas sean causas de nulidad radical, sino porque su propia naturaleza lo impide. Prueba de ello es que también, por la misma razón, hay defectos determinantes de anulabilidad que difícilmente pueden ser subsanados sin eliminar el acto mismo". Chinchilla Marín, op. cit., p. 212, nota 662.

200 Según Villar Palasí y Villar Ezcurra "la necesidad de poder conocer de antemano cuál pueda ser la sanción frente a una infracción del ordenamiento jurídico obligará a establecer unos estándares apriorísticos en la gradación de los vicios del acto y de sus efectos". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., p. 169 ii, nota 113.

201 Según Flavio Escorcia "la separación de las dos clases de nulidades, esto es, de la nulidad absoluta o de pleno derecho y de la nulidad relativa o anulabilidad, habrá que atenerse a lo que expresamente dispongan las leyes, pues entre ambas no existen límites conceptuales, en el sentido de que puedan establecerse teóricamente y en términos generales las consecuencias y el tipo de irregularidad que cada una implica necesariamente. La diferencia es de grado y se basa en puntos de vista referentes al interés público". Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 222, nota 2. Chinchilla Marín ha resaltado "el carácter excepcional de la sanción de nulidad absoluta para los actos administrativos, fiel reflejo del dogma del derecho medieval francés *pas de nullité sans texte*, según el cual no existen otras causas de nulidad de pleno derecho que las expresamente establecidas en las leyes". Chinchilla Marín, op. cit., p. 195, nota 662.

202 Boquera Oliver señala que el "legislador podría adoptar el criterio de fijar una regla que orientase sobre cuándo un acto debe ser nulo de pleno derecho y dejar al juicio de los tribunales

Ahora bien, en nuestra opinión, tampoco es esencial a la nulidad de pleno derecho que sea objeto de una tipificación legal expresa, como sugieren algunos autores.[203] Ésa es la opción más conveniente y la que se sigue en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, pero nada impide que, faltando una delimitación expresa de los supuestos que implican tal consecuencia, se pueda fijar ésta, vía jurisprudencial y doctrinal.[204]

Esta última posibilidad es la única salida en Nicaragua pues, mientras no vea la luz un precepto que dé respuesta a esta necesidad, deberemos guiarnos por las referencias fragmentarias que se pueden encontrar dispersas por las normas específicas; a lo que podemos y debemos añadir un catálogo básico de causas que, por su gravedad, parecen lo suficientemente groseras como para justificar su consideración como vicios de nulidad de pleno derecho.

Desde el punto de vista técnico, el planteamiento no es el más recomendable, pero entendemos que es la única solución posible para superar las notables carencias que ocasiona la falta de una ley básica de procedimiento administrativo. En cualquier caso, por motivos obvios estas causas deben ser objeto de rigurosa interpretación restrictiva.

El criterio a seguir para delimitar los supuestos que deben recibir la nulidad radical no puede ser otro que la gravedad del vicio. De tal modo que aquellos defectos que tengan suficiente entidad para considerarse una cuestión de orden público, esto es, que trasciende a los propios intereses del sujeto afectado, afectando a la colectividad, determinarán la nulidad de pleno derecho.[205] Por el contrario, aquellas vulneraciones del orde-

---

la apreciación de cuándo el acto administrativo debe declararse viciado de nulidad radical". Boquera, Oliver, op. cit., p. 115, nota 375.

203 García de Enterría y Fernández Rodríguez aseguran que "el único criterio válido cuando se trata de delimitar los dos tipos básicos de invalidez es el de la gravedad y trascendencia de los vicios que se trata de sancionar. Cuando esta gravedad es máxima, de forma que el vicio cometido trasciende del puro ámbito de intereses del destinatario del acto viciado para afectar al interés general, el orden público, la sanción aplicable tiene que ser la nulidad de pleno derecho, ya que lo que de alguna manera afecta a todos no puede quedar al arbitrio del eventual consentimiento de uno solo". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 625, nota 113 (1997).

204 Villar Palasí y Villar Ezcurra señalan que la "anulabilidad […] supone la existencia de un vicio que no afecta al interés público, sino sólo al del sujeto que lo pone de manifiesto". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., p. 253, nota 113.

205 Según González Pérez, cuando "la ilicitud en que han podido incurrir los agentes administrativos es de tal entidad que está sancionada por la ley penal, se produce la intervención del juez ordinario en el proceso penal para restablecer el orden jurídico perturbado". "El agente administrativo, en su actuación, puede apartarse del cauce que le marca el ordenamiento a que está sometido, produciendo actos que en cuanto no se ajusten al ordenamiento, son ilegales. Ahora bien, aparte de esta ilegalidad en que puede incurrir el agente de la administración, existe otra más grave." "El derecho, ante la trascendencia de determinadas infracciones, en razón a los bienes que puedan resultar lesionados, las sanciona penalmente. En cuanto la actuación de los agentes de la administración encaje en alguna de las figuras delictivas definidas por la ley penal, se habrá producido, aparte de las posibles infracciones del ordenamiento jurídico-administrativo, una infracción de la ley penal. El acto administrativo que hubiera podido nacer como consecuencia de aquella actuación, vendrá viciado por una infracción mucho más grave que la infracción de la norma jurídico-administrativa; vendrá viciada por la ilicitud penal." "El juez actuará con plenitud de jurisdicción para verificar los hechos cometidos y su posible calificación como delitos. Manejará, indudablemente, normas

namiento jurídico de menor intensidad, cuya incidencia no vaya más allá del sujeto interesado, serán vicios que provocarán tan sólo la anulabilidad.[206]

Así, en primer lugar, parece que los actos administrativos que impliquen una infracción penal añaden a sus vicios intrínsecos el desvalor que esa infracción penal implica, por lo que no pueden recibir otro grado de invalidez que la más alta que reconoce el ordenamiento jurídico.[207]

Este planteamiento es extensible a los actos que se dictan como consecuencia de una infracción penal. Si bien será preciso en este caso la existencia de una estrecha relación de causalidad entre ésta y el acto administrativo, hasta el punto de que la primera haya sido factor determinante de que se haya dictado el segundo.

En ambos casos es irrelevante que la conducta delictiva haya sido realizada por los particulares o por un funcionario o autoridad de la administración actuante.

También parece evidente que deben considerarse infectados de nulidad en su máximo grado aquellos actos que se han dictado al margen de todo procedimiento previo; entendiendo que no es preciso, para que se dé esta circunstancia, que falte toda tramitación procedimental, situación más que extraña en la práctica, pues, por mínima que sea, siempre hay una cierta actuación formal en el actuar de la administración. Por eso hay que considerar comprendidos todos aquellos en que el cauce procedimental seguido es tan nimio que no puede ser considerado como tal.[208] A este supuesto se deben añadir aquellos en que se tramita un procedimiento distinto al legalmente establecido al efecto.[209]

Fuera de estos casos, tiende a considerarse que la simple infracción de un trámite, incluso aunque éste tenga un carácter esencial, no comporta la nulidad de pleno derecho, sino la mera anulabilidad del mismo.

---

de derecho penal, no de derecho administrativo. Pero normas penales que definen y sancionan ilicitudes de la actividad administrativa. De tal modo que la consecuencia de la calificación de delito del acto será la nulidad de pleno derecho." González Pérez, op. cit., p. 1599, nota 373.

206 Según García de Enterría y Fernández Rodríguez, este "olvido total y absoluto del procedimiento establecido no hay que identificarlo, sin embargo, con la ausencia de todo procedimiento. Ello significaría reducir a la nada el tipo legal, ya que, aunque sólo sea por exigencias derivadas de la organización, siempre hay unas ciertas formas, un cierto iter procedimental, por rudimentario que sea, en el actuar de los órganos administrativos". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 617, nota 113 (1997).

207 González Pérez, op. cit., pp. 1602-1605, nota 373. Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., pp. 192-193, nota 240.

208 Escorcia, Flavio Jorge, op. cit., p. 223, nota 2.

209 En este sentido, Bocanegra Sierra señala "las exigencias institucionales de la nulidad de pleno derecho (su reserva para infracciones de carácter manifiesto y grave) y la necesidad de que la lesión de los derechos fundamentales de matiz procesal dé lugar a verdaderas situaciones materiales de indefensión, lo que pueda posibilitar la configuración de una regla juiciosa que evite, en todo caso, las vulneraciones más graves del ordenamiento jurídico administrativo, que afectan al núcleo esencial de la dignidad humana, esto es, a la esfera de libertad que los derechos fundamentales protegen frente a las inmisiones de los poderes públicos". Bocanegra Sierra, op. cit., p. 170, nota 526.

Dicha tesis parte de la consideración de que el derecho administrativo es, por esencia, un ordenamiento jurídico de carácter antiformalista, en el que el defecto de forma tiene un carácter puramente instrumental; esto es, sólo tiene relevancia en la medida en que influye en la decisión de fondo.

De aquí se deriva la consideración de las deficiencias procedimentales como simples irregularidades invalidantes en cuanto no generen una indefensión. Esto es, se considerarán sanadas en la medida en que las posibilidades de defensa que ofrecen a los administrados o al interés público puedan ser subsanadas a lo largo de las distintas oportunidades que ofrece el procedimiento administrativo y, en su caso, el recurso administrativo o el recurso contencioso-administrativo. Por ejemplo, la falta de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo sería una mera irregularidad no invalidante, si se da esa audiencia en el recurso administrativo o contencioso, permitiendo al interesado defender de forma debida su posición.

Si aún después de pasar por esas distintas posibilidades de reducción del vicio formal éste persistiera, se podrían dar dos situaciones diferentes. La primera es que ese defecto formal no tuviera trascendencia en cuanto al fondo de la decisión, que hubiera permanecido inalterable pese a esa deficiencia. En tal caso, el principio de economía procesal impide repetir la tramitación de un procedimiento que está destinado a desembocar en el mismo resultado.

Si, en segundo lugar, el vicio formal incidiese verdaderamente en el fondo de la decisión, se podrían dar hasta tres casos distintos. El primero de ellos sería que la decisión adoptada fuese, a pesar de ello, correcta. No tendría sentido, entonces, invalidar un acto que sabemos que es conforme al ordenamiento jurídico.

El segundo supuesto sería que se supiese que la decisión de fondo es incorrecta. Entonces habría que declarar la existencia de un vicio de forma y de fondo, pero es éste el relevante, pues es el que determina verdaderamente la invalidación del acto.

Por último, hay un tercer supuesto posible: que el vicio de forma haya determinado la imposibilidad de decidir acerca de la corrección o incorrección de la decisión de fondo adoptada. Es en este caso en el que el defecto de forma despliega plenamente su virtualidad, pues necesariamente va a derivarse de él la nulidad del acto.

Esta tesis cuenta con el aval de un sector importante de la doctrina. Si bien también hay autores en contra de ella, que consideran que las vulneraciones procedimentales graves deberían reputarse vicios de orden público, comportando la invalidez del acto en su máximo grado.

Son actos nulos de pleno derecho los dictados con manifiesta incompetencia material o territorial; consecuencia que se deduce de la vinculación positiva de la administración al derecho, que exige que ésta no pueda ejercitar poderes de los que carece por no haber recibido la oportuna habilitación legal para ello. El acto dictado por órgano incompetente material o territorialmente, procede de un sujeto no capacitado, consiguientemente, para dictarlo, pues no ha recibido la atribución de esa facultad por parte del ordenamiento jurídico. El resultado no puede ser otro que la nulidad radical de los actos dictados en dicha circunstancia.

De este régimen escapan, sin embargo, los actos que estén aquejados de incompetencia jerárquica, pues se considera en este caso que serían subsanables mediante convalida-

ción por el superior jerárquico competente.[210] Si bien debe hacerse extensible esta solución tan sólo a aquellos casos en que la distancia jerárquica entre el órgano que dictó el acto y el competente no es muy alta, pues en tal caso parece lógico considerar que también estaríamos ante un acto nulo de pleno derecho, no convalidable.

No plantea duda alguna que serán nulos de pleno derecho los actos dictados faltando la propia atribución de potestad, pues en realidad es el caso en que se produce la más absoluta falta de competencia.

Dado su carácter de elementos estructurales del ordenamiento jurídico, pocas dudas puede plantear la aplicación de la sanción de invalidez en su grado máximo a los actos que se dicten vulnerando derechos fundamentales.

La dificultad surge, sin embargo, para determinar cuál es el grado de afectación al derecho fundamental preciso para que se produzca tal consecuencia. Debe tenerse presente que, precisamente por su carácter esencial antes reseñado, cualquier cuestión jurídica es susceptible de vincularse de una forma u otra con un derecho fundamental; por lo que parece evidente que no cualquier simple incidencia negativa en el campo de los derechos fundamentales puede conllevar la nulidad de pleno derecho como sanción.

Por una parte, se ha señalado que se castigará con el mayor grado de invalidez todo acto que impida el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, sin que pueda distinguirse si se vulnera su contenido esencial o su contenido adicional.

Por otra parte, se apunta, con razón, que este criterio debe ser aplicado con prudencia, salvando el carácter estrictamente restrictivo que la nulidad de pleno derecho tiene en el derecho administrativo y, en consecuencia, aplicándolo sólo a aquellas vulneraciones relevantes de derechos fundamentales.[211]

Conciliar ambos extremos en la práctica parece una tarea difícil y delicada, que sólo una ajustada experiencia judicial podrá llevar a buen término.

A este listado se deben añadir también los actos que supongan la adquisición de facultades por parte de aquellos que carecen de los requisitos esenciales para ello.

Hay quien se ha pronunciado en contra de esta tesis, pues considera que eso habilita a la administración para revocar, sin límite temporal alguno, los actos favorables a los administrados, pues sería posible dar una interpretación amplia que comprendiera dentro de este supuesto todos los actos contrarios al ordenamiento jurídico.

No compartimos esta opinión. La causa tiene virtualidad invalidante sólo para los actos en que se otorgan facultades o derechos faltando "requisitos esenciales", esto es, imprescindibles, de importancia notoria. En consecuencia, no cualquier deficiencia o carencia puede suponer el rechazo, sino tan sólo aquellas que tengan una importancia cualificada.

No se puede negar, ciertamente, que se trata de un supuesto de difícil precisión en la práctica, cuya concurrencia sólo se podrá decidir, además, en el caso concreto, pues no es posible de otra forma saber cuándo faltan los requisitos esenciales para adquirir un derecho o una facultad. Pero su precisión no es imposible, y la práctica administrativa

210 García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 624, nota 113 (1997).

211 Chinchilla Marín, op. cit., p. 201, nota 662.

y judicial con el tiempo irá limando los límites de este supuesto, aumentando la seguridad jurídica al respecto.

Huelga decir que, dada la gravedad de la sanción prevista, se configura, como ya hemos visto, como una sanción excepcional, aplicable sólo a la no concurrencia de requisitos especialmente relevantes, por lo que el carácter esencial del requisito deberá sujetarse a interpretación restrictiva. A lo que se añade, obviamente, la necesidad de que la carencia de ese requisito esencial sea incontrovertible.[212]

Una parte de la doctrina considera que también deben ser nulos en su grado máximo los actos que denieguen la adquisición de derechos o facultades cuando se cumplen estrictamente los requisitos exigidos para su adquisición.[213]

Nos parece correcta esta apreciación, pero sólo en la medida en que se trate de supuestos en que no haya margen alguno para la valoración; esto es, cuando se trate de facultades o derechos para cuya adquisición se deban cumplir un conjunto de requisitos totalmente reglados, que sea evidente que concurran en el caso concreto. Fuera de estas situaciones, supondría, a nuestro juicio, entrar en una vía peligrosa, que generaría una notable inseguridad jurídica y que acabaría convirtiendo prácticamente cualquier denegación de una solicitud en una posible causa de nulidad de pleno derecho.

Aunque hay quien considera que se trata más bien de un supuesto de inexistencia que de nulidad de pleno derecho,[214] y quien lo considera un falso supuesto de invalidez (dado que la propia realidad fáctica determina el efecto que se logra con la invalidación del acto),[215] suele considerarse que serán nulos de pleno derecho, también, por último, los

212 En este sentido Boquera Oliver entiende que "cuando un contenido imposible sólo es una apariencia de contenido, la falta de este elemento esencial del acto administrativo —como la de cualquier otro elemento de este carácter— origina su inexistencia". Boquera Oliver, op. cit., p. 87, nota 131. García de Enterría y Fernández Rodríguez aseguran que "más que de actos nulos de pleno derecho habría que hablar de actos inexistentes, ya que, normalmente, la imposibilidad de contenido se traduce en la imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 613, nota 113 (1997). También es de esa opinión Báez Martinez, op. cit., p. 280, nota 689.

213 En este sentido Villar Palasí y Villar Ezcurra consideran que "esta causa de nulidad carece de sentido como tal ya que no se refiere a un desajuste del acto con el ordenamiento jurídico sino con la realidad a la que debe ser aplicada […] La imposibilidad material provoca, de suyo, la ineficacia del acto, por lo que resulta absurdo tener que proceder a la declaración formal de un supuesto vicio, toda vez que el resultado que pueda derivarse de ello ya ha sido obtenido de hecho (es decir, la ineficacia del acto). Se trata, en suma, de un falso motivo de nulidad, tanto por su estructura (al no existir quebrantamiento del ordenamiento jurídico) como por sus efectos (imponiendo una ineficacia que ya se ha producido en la mayoría de los casos)". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., pp. 186-187 ii, nota 188.

214 En este sentido, Morell Ocaña señala que "se equiparán a la imposibilidad, la indeterminación y la ambigüedad; es decir, aquellos casos en que la declaración no establece, con la precisión y claridad indispensables para que pueda cumplirse, el contenido de lo que impone u otorga. Se recoge, así, una de las hipótesis tradicionales de nulidad: aquella en que se frustra el fin que la declaración se ha propuesto porque el mismo o los medios para su obtención no han sido objeto de la indispensable determinación". Morell Ocaña, op. cit., p. 332, nota 495.

215 Santamaría Pastor, op. cit., p. 158, nota 446. Como señala González Pérez, la "anulabilidad constituye la consecuencia general de las infracciones del ordenamiento jurídico administra-

actos que tengan un contenido imposible. La doctrina discrepa del alcance que se debe dar a este supuesto. Para algunos, comprende tanto la imposibilidad física como la legal. Mientras que para otros dicha consecuencia se extenderá sólo a los actos cuya imposibilidad sea física o material, pero no cuando sea meramente jurídica, pues en tal caso se podría llegar a castigar con la nulidad de pleno derecho todo acto contrario a la legalidad.

Debe tenerse presente, para tales efectos, que son actos de contenido imposible aquellos cuyo contenido no es lo suficientemente determinado como para llevarse a la práctica, pues difícilmente se pueden cumplir aquellos que no se sabe de manera suficientemente precisa en que consisten;[216] así como aquellos que sufren una imposibilidad lógica, derivada de la existencia de elementos contradictorios que privan al acto de la necesaria coherencia exigida por la lógica jurídica.

Para que el carácter imposible del acto determine la nulidad, es preciso que sea originaria; si aparece de forma sobrevenida no estamos ante un supuesto de invalidez, sino de ineficacia.

c) Anulabilidad

La anulabilidad es la sanción que reciben con carácter general los actos administrativos afectados por algún vicio de invalidez,[217] de tal forma que se convierte en una suerte de categoría residual: serán anulables todos los actos infectados por un vicio que carece de la gravedad para ser considerado como de nulidad de pleno derecho, pero con la suficiente entidad como para determinar la invalidez; esto es, que no constituye lo que más tarde estudiaremos que constituye una irregularidad no invalidante.

No hay una posición unánime acerca de la sanción que debe comportar la desviación de poder. Con carácter general suele considerarse como una causa de anulabilidad. Si bien hay quien discrepa de esta calificación, bien demandando su conversión en todo caso en una causa de nulidad de pleno derecho; bien considerando que debería distinguirse según la desviación consista en la persecución de un fin distinto al exigido por la nor-

tivo. Cuando un acto administrativo infringe el ordenamiento jurídico, es anulable". González Pérez y González Navarro, op. cit., p. 1612, nota 373.

216 García de Enterría y Fernández Rodríguez consideran que no "es lo mismo, evidentemente, que el fin perseguido realmente sea un fin público, aunque diferente del fijado por la norma, que sea un fin privado del agente. En este último caso hay algo más que una desviación de poder, determinante de la anulabilidad del acto; hay, en efecto, una verdadera apropiación de la organización y de sus instrumentos por el agente en su exclusivo beneficio individual, una usurpación de poderes administrativos indigna de toda protección y cuya depuración no puede quedar al arbitrio del particular concretamente afectado por el acto producido". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 634-639, nota 113.

217 García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que la "anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio exclusivo del particular afectado por el acto viciado. Para ello se reconoce a éste la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de nulidad del acto. Si esta reacción del afectado no se produce, el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de dependencia prolongada". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 629, nota 113 (1997).

ma, pero público, o un fin privado del agente, siendo en el primer caso causa de anulabilidad y en el segundo de nulidad de pleno derecho.[218]

Cuando se trata de vicios de anulabilidad, se da un plazo al administrado para impugnarlos. Trascurrido éste, el vicio deviene inatacable, presumiéndose que ha sido consentido por el afectado y quedando firme para todos los efectos. Se puede afirmar, por ello, que son vicios que sanan con el paso del tiempo.[219]

La persecución de los vicios de anulabilidad queda exclusivamente entregada a los afectados por la misma; esto es, puede hacerse valer tan sólo por los interesados.[220]

El acto anulable puede ser, asimismo, convalidado, mediante la eliminación del defecto que impedía su validez, con lo que queda sanado y produce sus efectos normales.[221]

En el ordenamiento jurídico de Nicaragua podemos encontrar un ejemplo en el artículo 38 de la lce, que permite admitir las ofertas que presenten defectos de forma, omisión o errores leves, que no modifiquen sustancialmente los principios de igualdad, transparencia y economía de la oferta y que puedan corregirse en la propia oferta o dentro del plazo común que fije el comité de licitación.

La anulabilidad produce efectos ex nunc, esto es, desde el momento en que se declara ésta por el órgano administrativo o judicial competente; respetándose, en consecuencia, los efectos producidos por el acto hasta que se produce su efectiva invalidación.

A diferencia de la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad requiere el pronunciamiento expreso de un órgano administrativo o judicial competente que la haga valer, por lo que la resolución o sentencia que declare la misma tiene carácter constitutivo.

VI. Los recursos administrativos

1. Concepto de recurso administrativo

Como ya sabemos, cuando no estamos de acuerdo con un acto administrativo podemos impugnarlo solicitando su anulación. A dicha actuación, que va a dar lugar a un procedimiento de revisión del acto por parte de órgano competente para ello, es a lo que de-

218 Enríquez Sancho, op. cit., p. 263, nota 651.

219 Santamaría Pastor, op. cit., p. 162, nota 446. Como lo indica González Pérez, los "actos administrativos anulables, a diferencia de los nulos de pleno derecho, pueden ser subsanados. Al desaparecer el defecto que los invalidaba, el acto deviene válido. Se borra la infracción en que incurriría y, por tanto, el acto queda plenamente ajustado a derecho". González Pérez, op. cit., p. 1637, nota 373.

220 Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González señalan que "el recurso puede definirse como una pretensión deducida por quien esté legitimado para ello ante un organismo competente y destinado a obtener la revisión, por motivos de legalidad, de un acto administrativo determinado". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, op. cit., p. 30, nota 435.

221 221 Cassagne define el recurso administrativo como "toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a obtener del órgano emisor del acto, de su superior jerárquico o de quien ejerce el control llamado de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado". Cassagne, op. cit., p. 59, nota 351.

nominamos recurso.[222] Esa impugnación se puede realizar tanto en vía administrativa como en vía judicial; esto es, presentando un recurso ante la propia administración (vía administrativa, mediante la presentación de un recurso administrativo) o ante un órgano judicial (vía contencioso-administrativa, presentando un recurso contencioso-administrativo).

El recurso administrativo se puede definir, en consecuencia, como una vía para la impugnación de los actos administrativos ante la propia administración a instancia del interesado, que se traduce en la tramitación de un procedimiento administrativo de revisión de la legalidad de la actuación implicada.[223]

Nótese que en el proceso contencioso-administrativo se puede discutir la validez no sólo de actos administrativos, sino también de disposiciones administrativas, vías de hecho o supuestos de inactividad material de la administración, mientras que el recurso administrativo tiene por objeto, exclusivamente, actos administrativos, pues contra los reglamentos no hay recurso en vía administrativa, sino que son impugnados directamente en vía contencioso-administrativa (artículo 36, lj), y contra las vías de hecho y los casos de inactividad material de la administración cabe interponer en vía administrativa únicamente una reclamación ante la administración, que no es propiamente un recurso (artículos 37 y 38, lj).

La afirmación debe ser, no obstante, matizada, pues la legislación local permite la impugnación en vía administrativa de las disposiciones dictadas por el alcalde, que podrán ser impugnadas mediante recurso de revisión ante el propio alcalde y mediante recurso de apelación ante el concejo municipal (artículo 40, lj).

Se trata de una excepción difícilmente comprensible, que una vez más da muestras de la descoordinación y el descontrol de que adolece el ordenamiento jurídico administrativo de Nicaragua.

El recurso administrativo es un mecanismo de revisión que se puede poner en marcha únicamente a instancia de parte, nunca de oficio por parte de la propia administración, lo que diferencia esta figura de la denominada revisión de oficio, en la que por su propia voluntad la administración decide revisar su actividad.[224]

222 González Pérez y González Navarro, op. cit., p. 2282, nota 373. De Asís Roig, op. cit., p. 627, nota 517. Arrien Somarriba, op. cit., p. 3, nota 870. Como señala Santofimio Gamboa, "la prórroga de la actuación administrativa a una segunda etapa, o de la vía gubernativa, depende exclusivamente del sujeto pasivo del acto. No se inicia por imperativo legal, sino por decisión unilateral del interesado que se considera afectado en sus derechos". Santofimio Gamboa, op. cit., p. 208, nota 487.

223 Cassagne afirma que la "sustancia o naturaleza de los recursos administrativos es propia de la función administrativa y nunca es actividad jurisdiccional ya que técnicamente no puede hablarse de estricta controversia (la administración actúa como parte y autoridad decisoria) ni tampoco la decisión posee los atributos de verdad legal (cosa juzgada formal y material)". Cassagne, op. cit., p. 59, nota 351.

224 Como señala Fernández Ruiz, en "la labor de corregir, perfeccionar y, en su caso, revocar el acto administrativo, se inscribe el recurso administrativo que conlleva el ánimo de la administración de hacerlo sin intervención de otros órganos del poder público y lo identifica como un instrumento de autocontrol de la misma, para mantener su actuación dentro de los límites de la normativa aplicable; lo que no impide considerar el recurso administrativo como un instrumento de defensa del interesado contra los excesos de la administración

Es un mecanismo de revisión, pero incardinado en el seno de la función administrativa, no en el ámbito de la función jurisdiccional. Se diferencia claramente de ésta en cuanto el órgano que realiza el enjuiciamiento no es, en puridad, una instancia independiente, como ocurre en el proceso, sino una de las partes implicadas, la administración, convertida de este modo al mismo tiempo en juez y parte; a lo que se añade, por otra parte, que las resoluciones dictadas en el procedimiento no generan eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser siempre impugnadas, con sujeción a los plazos oportunos, ante un órgano judicial.[225]

Además, es un mecanismo de autocontrol, en cuanto es llevado a cabo por la propia administración, sin la intervención de cualesquiera órganos públicos ajenos a la misma.[226]

El recurso administrativo va a dar lugar a un procedimiento administrativo distinto de aquel de que trae causa, con el que no se confunde, pues a pesar de estar vinculado a éste, es independiente del mismo y goza de individualidad propia. Ciertamente, por su función revisora tiende a asimilarse en algunos aspectos al proceso, pero sin llegar nunca a equipararse con éste, ni dejar de ser lo que es: un procedimiento administrativo.

La doctrina mantiene posiciones divergentes acerca del alcance del control que se puede realizar vía recurso administrativo. Así, para algunos, en cuanto mecanismo de control de la legalidad de los actos administrativos, sólo puede basarse en motivos estrictamente jurídicos, debiendo desecharse en la resolución de los mismos los criterios de mera

pública cometidos en su perjuicio, por la violación de sus derechos subjetivos". Fernández Ruiz, Jorge, "Panorama general del derecho administrativo mexicano", en González-Varas Ibáñez, Santiago (dir.), El derecho administrativo iberoamericano, Granada, inap/uim, 2005, p. 451, nota 455.

225 Como señala De Asís Roig, el recurso administrativo es "un instrumento de control de la legalidad de los actos de la administración […] Cualesquiera razones de carácter no jurídico sólo pueden ser alegadas en la medida en que sean recogidas por el derecho en forma de valores, objetivos, directrices, etcétera". De Asís Roig, op. cit., p. 631, nota 517. Sostiene la misma opinión Arrien Somarriba, op. cit., p. 6, nota 370. Santofimio Gamboa, op. cit., p. 208, nota 487.

226 En este sentido Brewer Carías considera que los "recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia administración, además de que les permite exigir un control y [una] revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad, existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa". Brewer-Carías, Allan Randolph, op. cit., p. 758, nota 485.

oportunidad.[227] Para otros, sin embargo, a través de ellos se puede instar una revisión, no sólo de la legalidad del acto sino también de la oportunidad de éste.[228]

En nuestra opinión, ceñir los recursos administrativos a un estricto control de la legalidad es un planteamiento más teórico que real, pues correspondiendo resolverlos a la propia administración autora del acto, encargada de las labores de gestión administrativa, en que se actúa conforme a criterios de oportunidad, es prácticamente imposible que ambas naturalezas, la de sujeto gestor y la de enjuiciador, no se confundan.[229]

Si bien esto tampoco permite afirmar sin más que se pueda llevar a cabo un control de oportunidad en todo caso. Como señala la, en nuestra opinión, la mejor doctrina al respecto, la modificación del acto impugnado por motivos distintos a la ilegalidad no es propiamente una consecuencia del recurso, sino más bien una manifestación del poder de revisión de oficio de sus propios actos de que goza la administración, que se verá frenada, por lo tanto, por los límites típicos de ésta; lo cual implica, fundamentalmente, la imposibilidad de invalidar actos favorables al administrado por simples criterios de oportunidad.

En cualquier caso, independientemente de las posibilidades de control con base en criterios de oportunidad, el recurso, dado su carácter revisor con base en criterios de legalidad, se separa claramente de la presentación de escritos de petición: cuando se presenta un recurso se está pidiendo la aplicación del ordenamiento jurídico, obligando a la administración a resolver con base en éste, por lo que, en ningún caso, estamos ante una petición graciable.[230]

Tratándose de motivos de legalidad, no hay duda de que será oponible, en principio, cualquier tipo de motivos que determinen la invalidez, bien sean de nulidad de pleno

227 Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, la "acusada 'procedimentalización' del debate […] no puede impedir que junto a los motivos de estricta legalidad aparezcan de alguna manera razones de simple oportunidad. Es la propia administración quien resuelve, en definitiva, y la misión de la administración no es la de decir el derecho, sino la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados. Es, pues, profundamente equívoco tratar de identificar ambas funciones.Todo lo más que puede concederse en este punto es que al resolver recursos la administración está más estrechamente ligada al derecho y a los planteamientos estrictamente jurídicos que cuando desarrolla una actividad de gestión". García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 518, nota 113.

228 Como señala Martín Mateo los "recursos deberán basarse, con carácter general, en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad […] No se trata, pues, de solicitar decisiones graciables, sino de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en las leyes. Por ello se diferencia netamente del ejercicio del denominado derecho de petición". Mateo, Martín, op. cit., p. 311, nota 125.

229 García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., p. 515, nota 113. Parada Vázquez, José Ramón, op. cit., p. 696, nota 240.

230 Santamaría Pastor asegura que "la necesidad de interponer previamente un recurso administrativo supone para el particular una demora en la posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual no sólo entraña un retardo de la posibilidad de ver satisfechas sus pretensiones, sino, lo que es más grave, la apertura de un periodo de tiempo durante el cual la administración puede poner en ejecución el acto impugnado, creando un estado de cosas que haga inútil, de hecho, el ulterior recurso (lo que se posibilita si se tiene en cuenta que, por regla general, el recurso no suspende dicha ejecución)". Ibid., p. 601.

derecho o anulabilidad. Nada impide, no obstante, que el ordenamiento jurídico pueda establecer que un recurso específico sólo podrá basarse en determinados motivos, lo que permite distinguir entre recursos ordinarios (esto es, aquellos que no tienen tasados los motivos de impugnación) y recursos extraordinarios (esto es, aquellos en los que sólo se pueden alegar determinados vicios fijados por el ordenamiento jurídico).

No obstante, el recurrente no podrá basar la impugnación en aquellos vicios o defectos que el mismo haya causado.

2. FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

El recurso administrativo es una institución con la que se persigue una triple finalidad. En primer lugar, es una garantía para la defensa de los derechos de los ciudadanos, en cuanto va a permitir a éstos reaccionar contra aquellos actos administrativos con los que estén disconformes. En segundo lugar, es un mecanismo de control de la actividad de la administración, pues a través de ellos se opera una revisión de la legalidad de la misma. En tercer lugar, opera como un privilegio procesal de la administración, pues va a permitir que ésta, antes de verse demandada, cuente con una posibilidad de reconsiderar sus actuaciones.

Esto otorga al recurso una doble naturaleza: al mismo tiempo es un mecanismo garantizador de los derechos de los administrados y del cumplimiento de la legalidad y de privilegio de la administración.[231]

La cuestión es, entonces, en qué medida dan respuesta a esa funcionalidad de forma adecuada. Antes de responder esta cuestión debe aclararse que una respuesta correcta a estas finalidades requiere un servicio equilibrado a esos tres objetivos. Su papel como garantía de los derechos del administrado y vía para el control de la legalidad de la administración no debe entrar en conflicto con su carácter de privilegio de la administración.

Si se dota a los poderes públicos de esta peculiar situación procesal es exclusivamente para facilitar su servicio a los intereses públicos, no para que abuse de ésta en perjuicio de los administrados, imponiendo una política de hechos consumados que triunfe sobre la legalidad, ante el cansancio que indudablemente genera en el administrado la dificultad de litigar con la administración.

Eso es, sin embargo, desgraciadamente lo que ha venido ocurriendo en la práctica, mediante la combinación de dos elementos patológicos del sistema de recursos administrativos.

Por un lado, la falta de imparcialidad del juzgador que, bien sea el propio órgano que dictó la resolución, o bien su superior jerárquico, es en mayor o menor medida responsable de la misma. Juez y parte, en definitiva, que tiende más a defender con terquedad sus posiciones, que a indagar si se ha llevado a cabo una aplicación correcta y adecuada del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la configuración del recurso administrativo como un requisito previo para acudir a la vía judicial ha convertido casi siempre a éste en un arma al servicio de la ad-

231 De Asís Roig afirma que el recurso administrativo aparece "más como un mero retraso de la verdadera tutela jurídica, que es la judicial, que refuerza de forma injustificada la posición de privilegio de la administración".

ministración para doblegar la disconformidad del administrado respecto a sus actos, mediante el retardo en el acceso a la tutela judicial.[232]

No menos problemas de funcionamiento encuentra a la hora de actuar como mecanismo de autocontrol interno de la administración, y por motivos similares, pues la falta de independencia del juzgador también es decisiva aquí, en cuanto que difícilmente se puede sentir controlado quien no tiene miedo a que su actuación se vaya a ver rectificada.

Aunque tampoco han faltado voces en su defensa, la combinación de estos factores ha determinado una auténtica crisis del recurso administrativo, en el que apenas puede percibirse su carácter garantizador y de control de la legalidad, para convertirse en un privilegio procedimental, cuyo único efecto es, en la mayor parte de los casos, dificultar el acceso a la verdadera tutela judicial, que es la que ofrecen los tribunales de lo contencioso-administrativo.[233]

La doctrina demanda, por ello, la configuración de los recursos, salvo en casos excepcionales en que esté debidamente justificado, como instrumentos de carácter estrictamente facultativo, que dejen al criterio del administrado la facultad de decidir si emprende un recurso administrativo o si, prescindiendo de éste, acude directamente a la jurisdicción contenciosa en tutela de sus derechos.

Si bien no falta quien se muestra contrario a esta solución, alegando que el recurso administrativo también cumple otras funciones relevantes, distintas a la garantía de los derechos del interesado, de las que no se puede prescindir sin más (control interno, descarga de la jurisdicción contenciosa…)[234]

Solución que, como vamos a comprobar casi inmediatamente, no se ha seguido en Nicaragua, cuyo derecho positivo sigue empantanado en la vieja tradición del carácter obligatorio del recurso, como requisito previo para acceder a la vía judicial.

En cualquier caso, el recurso administrativo es una figura esencial para un correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico-administrativo, pues goza de algunas ventajas que en ocasiones la hacen una vía más adecuada que la judicial para la tutela de los derechos de los administrados y el control de la legalidad de la administración.

232 En este sentido Sánchez Morón se muestra contrario a convertir en todo caso los recursos administrativos en facultativos, "pues, aparte de su función de garantía, pueden jugar un papel en el control interno de la administración o de unas administraciones sobre otras (en el caso de las llamadas alzadas impropias) sin contar con los beneficios indirectos que pueden reportar al buen funcionamiento de la garantía jurisdiccional, en cuanto que contribuyan a reducir la saturación de procesos en esta sede". Sánchez Morón, op. cit., p. 323, nota 1029.

233 Como señala De Asís Roig lo anterior "hace del recurso administrativo un elemento a veces interesante, otras veces imprescindible —como es el caso de resoluciones de escasa cuantía—, para que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos sin el riesgo y los costes económicos que tiene la impugnación jurisdiccional". De Asís Roig, op. cit., p. 630, nota 517. En la misma línea, Arrien Somarriba, op. cit., p. 5, nota 370.

234 En este sentido Arrien Somarriba critica "la alta discreción que se le otorga al órgano responsable para apreciar el perjuicio irreparable que podría sufrir el recurrente, es decir que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado que se agrava al ser el mismo funcionario que emitió el acto administrativo el facultado para suspenderlo". Arrien Somarriba, op. cit., p. 37, nota 370.

En primer lugar, permite mayor especialización y preparación técnica en la materia de que se trate por parte del órgano encargado de enjuiciar el acto, en cuanto garantiza que la persona que resuelve es un funcionario de la entidad administrativa encargada de la tramitación de esos asuntos y, por lo tanto, especializado en ella; mientras que el juez, carente de conocimientos específicos sobre la materia, sólo contará con esos conocimientos indirectamente, mediante el nombramiento de peritos.

En segundo lugar, constituye una vía más rápida y flexible para la resolución de conflictos jurídicos que la judicial, que implica una tramitación más solemne y compleja, con el consiguiente gasto que eso implica en tiempo y dinero.

En tercer lugar, es una vía esencialmente gratuita, en la que no se necesita de asistencia letrada, frente a la onerosidad de la siempre más costosa vía judicial. Eso lo hace mucho más adecuado para la tutela de muchas pretensiones, e imprescindible en otras, como las cuestiones de menor cuantía, que difícilmente van a plantearse en vía judicial dado los costes que ocasiona.[235]

3. Suspensión

La interposición de los recursos administrativos no suspende la ejecución del acto, pero la autoridad que conoce del recurso podrá acordarla de oficio o a petición de parte, cuando la misma pudiera causar perjuicios irreparables al recurrente (artículo 42, lpe).

Esta breve y restrictiva referencia a la suspensión, que además deja un margen excesivo al juzgador,[236] es la única regulación que se establece en el ámbito de los recursos administrativos en orden a la posibilidad de adoptar medidas cautelares. Dicha medida debe ser interpretada de forma amplia, con base en el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que vimos en su momento.

4. Clases de recursos administrativos

Existen dos tipos de recursos administrativos: recurso de revisión en vía administrativa y recurso de apelación en vía administrativa.

Recurso de revisión en vía administrativa es, según establece el artículo 2. 15 de la lj, "el reclamo que se interpone ante el propio órgano que hubiere dictado el acto administrativo para que lo revise y resuelva él mismo".

Nótese que se trata de un tipo de recurso que va a resolver el mismo órgano que dictó la resolución que impugnamos. Eso va a hacer difícil, como es fácilmente deducible, su apreciación, pues supone volver a presentar a una misma persona la misma cuestión que antes resolvió de manera negativa. No obstante, sirve como una vía que permite reconsiderar sus decisiones al órgano que las dictó, lo que puede resultar especialmen-

235 El artículo 127 de la lcam establece que la "resolución íntegra y su notificación deberán prevenir a la persona notificada que en caso de no estar de acuerdo con la resolución, tendrá el término de diez días calendario, después de notificarlo, para interponer el recurso de reposición ante la misma comisión".

236 Así, por ejemplo, contra las resoluciones dictadas por la Comisión Disciplinaria prevista en el artículo 48 de la lsc, cabe recurso de apelación ante el Comité de Conciliación institucional (artículo 52, lsc).

te útil en los casos en que no tuvo presente determinados datos o cometió un error de apreciación del que puede apercibirse al enjuiciar el recurso.

Se pueden encontrar ejemplos de recurso de revisión en el artículo 40 de la lm.

Al recurso de revisión se deben asimilar los supuestos en los que la legislación específica contempla recursos que deben ser interpuestos y resueltos ante el mismo órgano que dictó la resolución, aunque se les de otra denominación. Así, el artículo 126 de la lcam habla de recurso de reposición.[237]

Recurso de apelación en vía administrativa es "el reclamo que se interpone en contra del acto administrativo ante el órgano que lo dicto, con el objeto de que la impugnación sea resuelta por la autoridad superior de dicho órgano" (artículo 2. 16, lj).

En este caso, aunque el recurso lo interponemos ante el mismo órgano que nos dictó el acto, no lo resuelve éste, sino su superior.[238]

En principio esto ofrece mayores posibilidades de apreciación, pues es un órgano diferente al que dictó la resolución. Si bien no debe olvidarse que no deja de ser su superior y, por tanto, un órgano vinculado al que dictó la resolución, por lo que tampoco suele ser muy frecuente la apreciación de este tipo de recursos.

No existe disposición alguna que limite las causas de impugnación, por lo que debemos entender que ambos recursos (recurso de revisión en vía administrativa y recurso de apelación en vía administrativa) son recursos ordinarios, en los que podrá hacerse valer cualquier causa con fuerza invalidante, bien sea determinante de la nulidad de pleno derecho o de la anulabilidad.

Podemos encontrar ejemplos de recursos de apelación en el artículo 40 de la lm.

5. Procedimiento

Faltando en su mayor parte la regulación del procedimiento administrativo en vía de recurso, apenas si podemos hacer un breve esbozo, basándonos en las pocas referencias legales existentes y en criterios de lógica jurídica, que nos permiten fijar un conjunto de trámites que deben o pueden tener cabida a lo largo del mismo.

En sustancia, se aplicarán las reglas generales de tramitación que hemos visto al estudiar el procedimiento administrativo en general, pues, en último término, un recurso administrativo no es otra cosa que un determinado tipo de procedimiento administrativo.[239]

237 Como señala Sánchez Morón "los recursos administrativos son procedimientos administrativos de segundo grado o de tipo impugnatorio. Esta precisión es importante porque, al fin y al cabo procedimientos administrativos (y no cuasijurisdiccionales como se consideran en épocas ya lejanas), se les aplica supletoriamente el régimen general del procedimiento, a falta de preceptos específicos que regulen sus diferentes trámites". Sánchez Morón, op. cit., p. 331, nota 1029.

238 Arrien Somarriba, op. cit., p. 37, nota 370.

239 Arrien Somarriba afirma que "se otorga nuevamente un privilegio de la administración pública, ya que mientras el administrado sólo tiene seis días para recurrir, el órgano administrativo tiene diez días para rendir su informe. Considero que se debería de ampliar el primer término y disminuir el segundo, debido a que el funcionario público ha podido acompañar

A) Iniciación

El recurso de revisión en vía administrativa deberá interponerse en el término de 15 días hábiles a partir del siguiente al de la notificación del acto (artículo 39, lpe), mediante un escrito en el que se deberá expresar el nombre y el domicilio del recurrente, el acto contra el que se recurre, los motivos de la impugnación y el lugar para notificaciones (artículo 40, lpe). Junto con dicho escrito es conveniente adjuntar una copia para el recibido que acredite su interposición.[240]

El recurso de apelación en vía administrativa se interpondrá en un término de seis días desde la notificación del acto ante el órgano que lo dictó, que lo deberá remitir junto con su informe al superior jerárquico en un término de 10 días (artículo 44, lpe).

La lpe no establece los requisitos que debe cumplir el escrito de interposición, por lo que parece que será aplicable a este recurso lo que el artículo 39 de la lpe dispone para el recurso de apelación, lo que incluye la conveniencia, como ya apuntamos para este recurso, de aportar una copia para el recibido.

Algunas normativas específicas establecen plazos diferentes. Así, en lo que se refiere al recurso de revisión, el artículo 40 de la lm establece que el recurso de revisión contra los actos del alcalde se deberá interponer en el plazo de cinco días hábiles más el cómputo de la distancia.

También en ocasiones se establecen plazos específicos para algunos recursos de apelación. Así, el artículo 64 de la lsc señala, para el recurso de apelación en él regulado, un término de tres días hábiles. El artículo 40 de la lm establece que el plazo para interponer recurso de apelación contra los actos del alcalde ante el concejo municipal será de cinco días hábiles más el cómputo de la distancia.

Parece que debe entenderse que prevalecen estos plazos respecto a los generales recogidos en la lj, en cuanto constituyen norma especial que no queda derogada por la norma general. Se trata, no obstante, de otro efecto nocivo derivado de la falta de una norma general de procedimiento administrativo, que debería uniformar en los aspectos esenciales las normas reguladoras de los procedimientos administrativos, lo que comprende, sin duda, los plazos para la interposición de los recursos administrativos.

En cualquier caso, parece que de momento debemos entender que los plazos establecidos en la lj deben considerarse meramente subsidiarios y aplicables, por tanto, sólo en defecto de norma específica al respecto.

---

el trabajo de elaboración del informe junto a la concreción de la resolución administrativa". Arrien Somarriba, op. cit., p. 39, nota 370.

240 En este sentido Arrien Somarriba destaca "la disparidad en la que se coloca al administrado respecto al órgano administrativo, ya que mientras el administrado interpone su recurso de apelación en base a la resolución administrativa del recurso de revisión, no lo hace en base al razonamiento, motivación o pretensiones jurídicas que podría tener el informe del órgano inferior. Y es que la Ley 290 no hace ninguna referencia a una posible ampliación de recurso de apelación en base al informe del inferior. En este punto surge un interrogante: ¿por qué no pensar en regular un trámite de audiencia de las partes dentro del procedimiento del recurso administrativo de apelación?". Ibid., p. 39.

En cuanto al cómputo de dichos plazos, debe entenderse que comienza desde la notificación o publicación del acto, pues entender otra cosa sería gravemente lesivo para los derechos de los ciudadanos, que por motivos obvios no podrán interponer el recurso hasta que tengan noticia de la existencia del acto, mediante la oportuna notificación o publicación. Solución que ratifica el artículo 40 de la lm, que se pronuncia en dicho sentido.

Estos plazos nos parecen excesivamente exiguos. Una parte de la doctrina critica, además, la mayor amplitud que se otorga a la administración para emitir su informe, que sitúa al administrado en una desventaja comparativa,[241] que se ve agravada por el hecho de que la administración pueda formular su informe a la vista del recurso del administrado, mientras que éste no podrá ver el expediente. Compartimos esta argumentación y, como el autor que la formula, entendemos que dicha solución debería resolverse mediante la articulación de un trámite de audiencia que permita al administrado defenderse desde el conocimiento de lo alegado por la administración en el informe.[242]

Debe considerarse, aunque la ley no lo diga, que junto al informe se deberá remitir al órgano encargado de resolver el expediente administrativo, pues en caso contrario no tendría más criterio para resolver que aquello que el administrado le indique en su recurso y lo que le indique el órgano que dictó el acto en el informe; conclusión inaceptable, pues es al superior jerárquico al que le corresponde resolver el recurso, lo que indefectiblemente requiere un análisis propio y personal de los elementos con base en los que se va a tomar la resolución, que sólo puede hacerse mediante la consulta directa del expediente.

B) Legitimación

No presenta particularidades, debiéndose aplicar las reglas generales y entender que la tienen los titulares de derechos subjetivos y de intereses legítimos que se vean afectados por la resolución que se va a dictar en el mismo.

Únicamente debe precisarse que no es necesario haber sido interesado en el procedimiento administrativo en que se dictó el acto impugnado para tener esa legitimación; basta con el simple hecho de ser titular de derechos subjetivos o intereses legítimos afectados, con independencia de la actitud que se tuviera respecto a ese procedimiento administrativo previo.[243]

Si se conoce la existencia de terceros interesados distintos del recurrente, deberán ser avisados de la interposición del recurso, dándoles la oportunidad de apersonarse en el mismo para defender su posición.[244]

C) Instrucción

241 González Pérez y González Navarro, op. cit., p. 2290, nota 373.

242 Santamaría Pastor, op. cit., p. 604, nota 446.

243 Como señala González Pérez, en "el procedimiento de recurso la actividad de instrucción suele ser mínima. Presuponiendo un acto que se impugna, que ha sido dictado en un procedimiento en el que, a su vez, ha existido una instrucción, en el que se han aportado los datos necesarios para la decisión, al revisarse el acto se operará sobre los datos del expediente en que se dictó". González Pérez y González Navarro, op. cit., pp. 2324-2325, nota 373.

244 Arrien Somarriba, op. cit., p. 38, nota 370.

Debe notarse que el recurso trae causa de un procedimiento administrativo previo, en el que se dictó el acto que se impugna, lo que determina que la actividad de instrucción sea normalmente muy reducida, pues se operará sobre la base de los datos existentes en el procedimiento administrativo.[245]

Esto no impide, no obstante, que el órgano judicial pueda ordenar la realización de cuantos trámites considere necesarios para la debida resolución del pleito, así como aquellos que, siendo adecuados y pertinentes, le soliciten las partes.

Debería considerarse obligatoria la realización de un trámite de audiencia al interesado, que se realizase justo antes de que se dicte la propuesta de resolución, a fin de que el interesado pueda revisar el expediente administrativo, formular las alegaciones y presentar las justificaciones que considere pertinentes en su defensa.

D) Plazo máximo para resolver

El plazo máximo para resolver el recurso de revisión en vía administrativa es de 20 días, a partir de la interposición del mismo (artículo 42, lpe). Trascurrido ese plazo máximo se producirán los efectos del silencio administrativo que, no existiendo regulación específica, debemos considerar positivo.[246] A favor de esta solución se pronuncia el artículo 40 de la lm en el ámbito local.[247]

El recurso de apelación se resolverá en un término de 30 días, a partir de su interposición, agotándose así la vía administrativa (artículo 45, lpe).También en este caso parece que debemos entender que el transcurso de dicho plazo sin resolución producirá, a falta de señalamiento expreso en otro sentido, silencio positivo, por aplicación de la regla general del artículo 2. 19 de la lj. Así, lo ratifica en el derecho local el artículo 40 de la lm.

E) Terminación

Lo normal es que el recurso termine mediante resolución que dé respuesta a lo planteado por las partes, resolviendo sobre el fondo del asunto. Sin embargo, puede que existan obstáculos que lo impidan, obligando a que termine mediante una resolución que declare la inadmisibilidad del recurso.[248]

245 Concretamente establece que los "recursos interpuestos y no resueltos en los términos establecidos […] se entenderán resueltos a favor de los recurrentes".

246 Como señala González Pérez, la "interposición de cualquier recurso administrativo da lugar al nacimiento de un deber por parte del órgano al que se dirige: dictar resolución expresa. Ahora bien, para que la administración, al resolver un recurso, examine la cuestión de fondo que en él se plantea, es necesario que concurran una serie de circunstancias, no será admisible el recurso; pero no en el sentido de que pueda ser rechazado a limine por el órgano ante el que se presente, sino en el sentido de que la resolución declarará la inadmisibilidad, sin entrar en el fondo". González Pérez y González Navarro, op. cit., p. 2289, nota 373.

247 Sánchez Morón, op. cit., p. 338, nota 1029.

248 Como señala González Navarro, pertrechados "con las solas armas del sentido común parece fácil concluir que la reformatio in pejus no puede admitirse. Porque es contra toda lógica que la utilización de una garantía jurídica, como es la del recurso administrativo, pueda reportar al interesado, no ya la revisión favorable del acto, ni siquiera el simple rechazo de la pretensión, sino un agravamiento de la situación alcanzada en primera instancia administrativa. Desde luego nadie puede creer que un comportamiento administrativo de este tipo

Respecto a la resolución de recurso rige la prohibición *reformatio in peius*, esto es, que no cabe agravar la situación inicial del recurrente.[249]

Si bien, obviamente, esto no impide la impugnación de otros sujetos interesados, quienes pueden solicitar del órgano revisor que dicte una resolución que empeore la situación inicial del otro interesado. En tal caso, no estamos ante una reformatio in peius, obviamente, pues el órgano administrativo debe dar tutela a la impugnación de todos los intervenientes en el recurso, resolviendo sobre todas las cuestiones planteadas por éstos.

El fundamento de esta prohibición *reformatio in peius* debe buscarse en que el recurso administrativo es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. El administrado de un Estado democrático de derecho tiene la facultad de discrepar con la forma en que la administración realiza el ejercicio de sus funciones, lo que permite accionar contra aquellos actos que le perjudiquen, persiguiendo la tutela de sus posiciones jurídicas.

Este planteamiento resultaría ilusorio si la administración contase con la capacidad de empeorar la posición del interesado ante la disconformidad de éste manifestada en la interposición de un recurso. Por eso, la resolución que resuelva el recurso no puede agravar la posición inicial del interesado, pues esto daría a la administración un arma feroz para compeler al ciudadano a acatar sus resoluciones sin rechistar, a fin de evitar un mal mayor.[250]

La resolución del recurso deberá ser congruente con las pretensiones planteadas por las partes, lo que implica que se deberá pronunciar sobre ellas. Si bien, como vimos que ocurría con carácter general en los procedimientos administrativos, deberán solventarse también las demás cuestiones que se deriven del expediente, aunque no hayan sido planteadas por las partes.[251]

---

pueda contribuir a despertar la confianza del administrado en los poderes públicos". González Pérez y González Navarro, op. cit., p. 1200, nota 373.

249 Morell Ocaña, op. cit., p. 423, nota 495.

250 Sánchez Morón, op. cit., p. 338, nota 1029. Como indican Villar Palasí y Villar Ezcurra, en el recurso administrativo no es que "se destruya el principio de la congruencia, extendiendo la facultad resolutiva ultra petita al margen de las pretensiones de los interesados, sino que ha de ser entendido como norma que autoriza a agotar la temática expresa e implícita en ellas radicada. Por ello, sólo ha de aplicarse a cuestiones que, teniendo su base en el expediente, sean consecutivas, interdependientes o complementarias, pues con otra interpretación quedaría desnaturalizado el recurso". Villar Palasí y Villar Ezcurra, op. cit., pp. 234-235, nota 457.

251 J. L. Villar Ezcurra afirma 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 incompatibles 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,

Lo que no puede hacer en ningún caso la resolución es extenderse a cuestiones nuevas, que no constasen en el expediente, ni siquiera aunque hayan sido introducidas extemporáneamente por las partes en el recurso.[252]

VII. El procedimiento administrativo

A lo largo de la historia del derecho administrativo nicaragüense se ha carecido de una ley única que regule el procedimiento administrativo, razón por la que tradicionalmente dicha materia ha sido regulada por una normativa dispersa e incoherente, provocando que en la actualidad rija una multiplicidad inmensa procedimientos administrativos, carentes de la más mínima uniformidad e, incluso, en ocasiones, contradictorios entre sí.

Este vacío legal ha tratado de ser suplido a través de diversos mecanismos que, como ya dijimos, han provocado que rija toda una serie de procedimientos administrativos diseminados en un gran número de leyes especiales, en las que se han fijado procedimientos propios y diferentes entre sí, generando una enorme confusión e inseguridad jurídica para los administrados, que carecen de una vía única y coherente desde la cual puedan sustanciar sus pretensiones y sus peticiones frente al Estado en su calidad de administrador.

La necesidad impostergable de formular una ley que regule esta área de actividad de la administración, quedó plasmada en la Ley 290 (Ley de Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo). En su artículo 46 establece: "Lo no previsto sobre procedimiento administrativo en la presente ley se regulará de conformidad con lo que establezca la ley de la materia".

El 22 de octubre de 1997, la Corte Suprema de Justicia presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyo título i estaba dedicado al procedimiento administrativo. En este proyecto de ley, por razones de técnica legislativa, se obvió este título primero. Dicha decisión, sin duda acertada, quiso que una materia tan relevante, como lo es el procedimiento administrativo, fuera objeto de regulación en un texto legislativo diferente, que diese una mayor entidad a la materia, como ocurre en los países más avanzados. El caso de España es paradigmático, donde dicha materia está regulada en la Ley 30/92 (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

inacabable nunca pacífica". *Servicio público y técnicas de conexión*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 71, 72 y 73.

252 M. A. Sendín García señala que el servicio público "está sujeto a una continua reinterpretación que trata de adaptarlo a las circunstancias propias de cada momento histórico. Esto no podía dejar de perjudicar 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*, Granada, España, Comares, 2003, p. 5.

En 2001 la bancada sandinista retomó este título y lo presentó como iniciativa de ley en la Asamblea Nacional. El referido proyecto contemplaba: 1) La finalidad de la ley, como la eficaz satisfacción del interés público en el quehacer de la administración y su ámbito de aplicación en toda la actuación pública, sujeta al derecho administrativo. 2) La iniciación del procedimiento administrativo, que se puede producir de oficio o a petición de parte interesada. 3) La ordenación e instrucción del procedimiento administrativo, ocupándose de la necesidad de que se impulsen de oficio en todos sus trámites las normas de actuación administrativa, los medios de prueba y la audiencia del interesado. 4) Terminación del procedimiento administrativo por medio de resolución motivada, la notificación, la ejecutoriedad del acto administrativo y el silencio administrativo. 5) Los recursos en la vía administrativa, comprendiendo el de revisión y el de apelación. 6) Normas comunes al acto administrativo, la nulidad y la anulabilidad de los actos. 7) El agotamiento de la vía administrativa. 8) La irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos en la vía administrativa.

A pesar del notable esfuerzo de los redactores de este proyecto de ley, era evidente que presentaba carencias notables.

1. Elaboración y estructura del proyecto de ley

A mediados de 2010 la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, que preside el diputado José Palléis, formó una comisión técnica, presidida por quien escribe estas líneas, para redactar el proyecto de ley. La Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional nombró y consultó de manera oficial una comisión de asesores internacionales que estuvo conformada por destacados juristas, entre quienes se hallaban Jesús González Pérez, José Luis Melián Gil, Jaime Rodríguez Arana, José Antonio Moreno Molina, Javier Barnes, Miguel Ángel Sendín García (España), Ernesto Jinesta Lovo (Costas Rica), Jorge Danos (Perú), Sven Muller-Grune (Alemania), Pedro Aberastury (Argentina) y Juan Pablo Cajarville (Uruguay). Todos ellos ayudaron de manera generosa y fueron guiados por el afán de que Nicaragua tuviera una legislación moderna en esta materia. A todos les agradezco su colaboración.

El proyecto de ley fue consultado ampliamente con la Procuraduría General de la República de Nicaragua, la Fiscalía de la República de Nicaragua, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Empresa Privada, el ejército de Nicaragua, la policía de Nicaragua, catedráticos universitarios, abogados de prestigio, red de consumidores y la sociedad civil.

Asimismo, se realizó un seminario en la sede de la Asamblea Nacional, donde se recibieron observaciones al proyecto. La Corte Suprema de Justicia, por medio de su vicepresidente, doctor Marvin Aguilar, y la Procuraduría General de la República, por medio del procurador Hernán Estrada, realizaron observaciones al proyecto, las cuales fueron acertadas y contribuyeron a mejorar la iniciativa de ley. Asimismo, el presidente de la Comisión de Justicia pidió un dictamen a la Escuela Gallega de Administración Pública.

En la actualidad, el proyecto de ley ha sido presentado a la primera secretaria de la Asamblea Nacional, y en los próximos meses pasará al plenario para su discusión y posterior aprobación.

El título primero aborda el objeto, el ámbito de aplicación y las excepciones a la norma. Por su novedad, en los primeros preceptos de la ley destacan las definiciones de los principales conceptos que utiliza la norma, así como el sometimiento a los princi-

pios generales de transparencia, participación, servicio con objetividad de los intereses generales, sometimiento pleno al derecho y a la ley, autotutela, verdad material, buena fe, justicia e imparcialidad, legalidad y presunción de legitimidad, jerarquía normativa, control judicial, eficacia, economía, simplicidad y celeridad, informalismo, publicidad, impulso de oficio, gratuidad, proporcionalidad, consecución del interés público y protección de los derechos e intereses de los ciudadanos, igualdad, colaboración de la administración pública con los ciudadanos, participación y resolución.

A continuación, la ley contiene la regulación de los órganos administrativos que viene a constituir una completa ordenación de los mismos. También se establece el régimen de implicancia y abstención.

Las normas relativas a los interesados recogen las reglas sobre capacidad de obrar, en especial los supuestos en los que el derecho administrativo se aparta del derecho civil al regular la capacidad de obrar de las personas que se relacionan con la administración pública. La legitimación para intervenir en un procedimiento administrativo se reconoce no sólo a los que ostentan derechos que resultarán directamente afectados por la decisión que en el mismo hubiere de dictarse, sino también a los titulares de intereses legítimos, personales y directos.

La Procuraduría de Derechos Humanos podrá actuar desde el comienzo del procedimiento administrativo, cuando así lo pida el interesado, para la defensa y la tutela de las garantías constitucionales, el Estado de derecho, la seguridad jurídica de las personas y la protección de los derecho humanos, incorporados en el artículo 46 de la Constitución Política; asimismo, la Procuraduría General de la República podrá participar en la defensa de los intereses del Estado.

Por lo que respecta a la posibilidad de que los interesados comparezcan en el procedimiento a través de representantes, el proyecto de ley la consagra en los términos más amplios, dando las máximas facilidades para acreditar la representación, que puede conferirse ante el órgano administrativo que instruye el procedimiento.

En sus diversos capítulos el proyecto de ley se refiere al estatus jurídico del ciudadano, lo que constituye uno de los aspectos fundamentales de dicha ley, pues recoge un novedoso catálogo de derechos. No obstante, no se olvida del derecho de los funcionarios y de los empleados públicos a ser tratados con respeto y deferencia.

En relación con las normas generales que deben presidir la actuación administrativa, se incide en las garantías jurídicas del Estado hacia los ciudadanos, al habilitar a la administración para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, en la celeridad y en la eficacia de los servicios.

En cuanto al régimen de los actos administrativos, se determinan sus requisitos de eficacia y validez, de manera completa y detallada, con lo que se dota a la administración y a los interesados de una regla clara y concreta.

En lo que se refiere a términos y plazos, la ley resuelve con claridad todos los supuestos posibles, dotando con ello a los particulares de un instrumento de seguridad completo en sus relaciones con la administración.

El título segundo del proyecto de ley se dedica al procedimiento administrativo como cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin.

El proyecto de ley regula la iniciación, la instrucción y la terminación como fases del procedimiento, dotándolo de la agilidad y la eficacia que demanda la administración moderna.

El procedimiento podrá incoarse de oficio o a instancia de los interesados. En este último caso, cuando el escrito de iniciación no reuniera los requisitos exigidos, la ley impone al órgano competente la obligación de requerir al que lo hubiere firmado para que subsane la falta en el plazo de cinco días, lo que no es sino consecuencia del principio antiformalista que inspira el texto legal.

Iniciado un procedimiento, se faculta a la administración para adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para la mejor defensa de los derechos de los particulares y de la propia administración, siempre que no causen perjuicios irreparables a los interesados ni violación de derechos amparados por las leyes.

En lo que se refiere a la tramitación, el proyecto ha procurado por todos los medios la rapidez.

La notificación es regulada huyendo de formalismos e incorporando las nuevas técnicas electrónicas.

Los actos de instrucción constituyen, sin duda alguna, los más importantes del procedimiento, en cuanto tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución. Lo anterior no implica que en todo procedimiento se den todos los actos de instrucción regulados en la ley, pues en muchos casos bastarán las alegaciones aducidas por el interesado en su escrito inicial para que la administración, sin más trámites, dicte la resolución procedente.

Los interesados podrán aducir alegaciones en cualquier momento del procedimiento. Pero, aparte de este precepto general, la ley regula el decisivo trámite de audiencia y vista.

La prueba se regula con gran amplitud y, a fin de garantizar debidamente los derechos de los interesados, se impone un periodo de prueba cuando la administración no tenga por ciertos los hechos aducidos por ellos o lo exija la naturaleza del procedimiento.

La terminación normal del procedimiento tiene lugar por resolución expresa del órgano administrativo competente, que decidirá todas las cuestiones que hayan planteado los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento.

El silencio de la administración será considerado como una decisión positiva, exclusivamente en aquellos trámites en que lo establezca la norma reguladora del procedimiento de que se trate en cada caso. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho constitucional de petición, establecido en el artículo 52 de la Constitución Política de Nicaragua; asimismo, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse

del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de 15 días.

Como modos especiales de terminación del procedimiento, la iniciativa de ley regula el desistimiento, la renuncia del derecho, la caducidad y el acuerdo, el pacto o el convenio.

La iniciativa de ley también ordena los medios de ejecución forzosa. Con carácter fundamental consagra el principio del régimen administrativo que exige la decisión previa para que la administración pueda emprender cualquier actuación material. Dictada la decisión jurídica, la administración podrá proceder a la ejecución forzosa, a través de los medios idóneos para ello: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas.

La iniciativa de ley se ocupa por primera vez, de una manera completa en el ordenamiento jurídico de Nicaragua, de las potestades de la administración respecto de sus propios actos, distinguiendo los supuestos de revisión de oficio y rectificación de errores materiales y de hecho.

Tras unas normas generales, la ley regula los distintos tipos de recursos: recurso de revisión y recurso de apelación. Esta ley unifica y simplifica los recursos administrativos existentes, que quedan reducidos a estos recursos.

El título tercero regula el procedimiento para la elaboración de los reglamentos. El título cuarto regula el procedimiento para la elaboración de planes territoriales y urbanísticos. El título quinto regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos.

Entre tales principios destaca el de legalidad, en virtud del cual es el Poder Legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la administración, y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia y proporcionalidad.

La ley también detalla las diferentes fases del procedimiento sancionador.

El título sexto se ocupa de la responsabilidad de la administración pública e incorpora de forma novedosa la regulación de una materia estrechamente unida a la actuación administrativa, que constituye, junto al principio de legalidad, uno de los grandes soportes del Estado de derecho y una garantía fundamental para los ciudadanos.

Se consagra la regla general de indemnización de todas las lesiones que los ciudadanos sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del mal funcionamiento de los servicios públicos, y, asimismo, se establece el régimen de responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las administraciones públicas.

El texto legal concluye con unas disposiciones finales, en las que se establece una prudente *vacatio legis*, con el objeto de que tanto los funcionarios que han de aplicarla como los ciudadanos puedan adquirir un perfecto conocimiento de la misma y de que en el seno de la administración puedan adoptarse las medidas indispensables que su aplicación requiere.

VIII. Contencioso-administrativo

En la Constitución de 1974, en el título xii llamado "Poder Judicial", que trataba de la organización y las atribuciones de este poder, se encuentran las normas que regulan al contencioso-administrativo. En los artículos 303 y 304 se contempla la estructuración de un "Tribunal de lo Contencioso Administrativo", adscrito al Poder Judicial.

El artículo 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 lo contencioso-administrativo.

Por su parte, el artículo 304 decía: "Contra las resoluciones del Tribunal de lo 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.

A principios 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 la Unión Nacional Opositora (uno) sobre reformas constitucionales. Aunque no fue aprobado contenía una serie de artículos referentes "a la constitución de un Tribunal Contencioso Administrativo". Fue un intento fallido de reincorporar esta materia en la Constitución de la República.

No fue sino hasta julio de 1995, mediante la Ley 192, que entraron en vigor las reformas a la Constitución de 1987, que modificaron 65 de los 202 artículos que la componían.

En el título viii, acerca de la organización del Estado, capítulo v del "Poder Judicial", se instituyó nuevamente el Contencioso Administrativo, pero ya no con la estructura de un tribunal, sino como una sala más de la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 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 con este artículo, se estableció como requisito numérico un mínimo de tres magistrados por cada sala, lo que no impedía que ésta se integrara por más de tres miembros, como planteaba el acuerdo de la Corte Suprema de Justicia sobre la división en salas (Acuerdo 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 periodo de un año y cuyas atribuciones se establecen en el reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia".

Cada uno de los 12 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 con sus respectivas especializaciones, inclinaciones o preferencias, para que conozcan de las materias propias de su competencia.

Como advertimos en la reforma constitucional, no se señaló la necesidad de promulgar una Ley de lo Contencioso Administrativo que normara la funcionalidad de la jurisdicción contencioso-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 a la actuación de la administración pública, que sólo podía defender sus derechos a través del recurso de amparo.

Este vacío legislativo trató de llenarse con la presentación a la Asamblea Nacional de un proyecto de ley de procedimiento administrativo y de lo contencioso-administrativo de la República de Nicaragua, por parte de la Corte Suprema de Justicia, el 23 de octubre de 1997.

En este proyecto de ley, por razones de técnica legislativa, se obvió el título primero. En su título segundo, referente al Contencioso Administrativo, en el capítulo ii titulado "De los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa", en su artículo 36 se señalaba que la jurisdicción contencioso-administrativa sería ejercida por los siguientes órganos:

a) La sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

b) Las salas de lo Contencioso Administrativo de los tribunales de apelaciones.

Se proponía una estructura orgánica de lo contencioso-administrativo digna de discutir de ley a simple vista, sin embargo nunca fue aprobada.

Junto a esta reforma constitucional, producto de la presión internacional, en un contexto de obligaciones y condiciones para recibir el desembolso de la ayuda externa de los países cooperantes, las cuales deben ser cumplidas por nuestro gobierno como una garantía del buen uso de dichos fondos, se dictaminó el proyecto de ley de 1997, por parte de una comisión técnica asesora de la Comisión Dictaminadora de la Asamblea Nacional, que dio origen, el 16 de marzo de 2000, a una especie de proyecto dictaminador denominado Proyecto de lo Contencioso Administrativo, 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 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 el recurso contencioso-administrativo pasó a ser un juicio o proceso de doble instancia según el artículo 48 de dicho dictamen.

La Comisión Dictaminadora aprobó dicho dictamen, lo pasó al pleno del Poder Legislativo, y fue aprobado el 18 de mayo de 2000, publicándose como Ley 350 (Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo), la cual, según su artículo 19, mantuvo la misma estructura física del proyecto de ley de 1997, pero con el funcionamiento propuesto en el dictamen de 2000, según su artículo 49, 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 (artículo 25).

1. Recurso de inconstitucionalidad en contra de la Ley 350

El 18 de junio de 2001, José Antonio Bolaños Tercero presentó, ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, un recurso de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El recurrente 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 hecho de 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 artículos 158 y 159 de nuestra Constitución Política, constituyéndose la Asamblea Nacional en un Tribunal de Justicia, invadiendo el ámbito de competencia del Poder Judicial y contradiciendo los artículos 34 (numerales 3, 4 y 9), 129, 158, 19 y 130, todos de la Constitución Política.

Asimismo, José Antonio Bolaños Tercero señaló que la Ley 350 (Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo), le ocasionaba los siguientes perjuicios: a) como usuario de la administración de justicia, al pretender destituir a los magistrados, a quienes como ciudadano tenía derecho de salvaguardar y proteger; b) como ciudadano se declara con la obligación de respetar y hacer que sean respetados los poderes del Estado, convirtiéndose el artículo 119 de la Ley 350 en un desequilibrio entre dichos poderes del Estado, que debilita las instituciones de un Estado democrático de derecho, en el que se deben respetar y tutelar los derechos humanos; c) por el desorden que quiere imponer dicha ley entre los propios administradores de justicia, ya que por cualquier denuncia podrían ser destituidos de sus cargos, lo que violenta el artículo 160. 2 de la cn al establecer un procedimiento anómalo y arbitrario.

Por todas las razones expuestas, consideraba que el artículo 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 artículo 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, enviaba su recurso en contra de don Óscar 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 inconstitucionalidad 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, fundada 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 que se le diera el curso de ley al presente recurso de inconstitucionalidad, y que se declarara la inaplicabilidad del

artículo 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 11:50 minutos de la mañana del 27 de julio de 2001, compareció ante la Corte Suprema de Justicia la licen-ciada 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 Óscar Tenorio Hernández a las 11:40 minutos de la mañana del 6 de agosto de 2000, rindió informe el doctor Arnoldo Alemán Lacayo, en su carácter de presidente de la República de Nicaragua, quien expuso, en síntesis:

1) que la parte final del artículo 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; 2) 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 3) que la misma, de conformidad con los artículos 138 (numerales 7 y 24) de la cn, establece que el poder del Estado está facultado para nombrar y juzgar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El doctor Arnoldo Alemán Lacayo 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 2:49 minutos de la tarde del 13 de agosto de 2001, rindió informe el licenciado Óscar 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 resolver sobre la destitución de los funcionarios que dicha institución nombra, de conformidad con el artículo 138 (numeral 11) de la cn, por lo que no se contravienen los artículo 34 (numerales 3, 4, 9), 129, 130, 158, 159 y 160 de la Constitución Política.

2. Sentencia 40, que declara parcialmente inconstitucional la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Los suscritos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia 40, de conformidad con los considerandos, hechos, y artículos 424, 426 y 436 de la pr, y artículos 6, 17, 18 y 19 de la Ley de Amparo, resolvieron: ha lugar al recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por josé antonio bolaños tercero, mayor de edad, casado, abogado y notario, del domicilio de Granada, en su carácter de ciudadano, en contra del artículo 119, párrafo segundo, de la Ley 350 (Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). En consecuencia declarase la inaplicabilidad de dicha norma. De oficio declárase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los artículos 19 (numeral 2), 25, 49, 130, 131, 132, 133, 136, así como la parte pertinente de los artículos en que se

mencionare "la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal de Apelaciones", 21, párrafo segundo; 33, párrafo primero; 42, párrafo primero; 117, párrafo primero, primera línea que dice: "La Sala respectiva del Tribunal de Apelaciones"; artículos 2 (numeral 18); 23, párrafos primero, segundo y tercero; 24, 43, y 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"; artículo 62, párrafo primero, que dice: "La Sala respectiva del Tribunal de primera instancia"; artículo 65, párrafo primero, última línea: "Del auto que se pronuncie sobre la suspensión, cabrá el recurso de apelación en efecto devolutivo"; artículo 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"; artículos 96, y 99, párrafo segundo, última línea: "Contra la resolución cabrá el recurso de apelación"; artículos 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 la impugnación de disposiciones de carácter general, ya que la misma ley establece que puede ejercerse directamente la acción ante ésta, sin necesidad de agotar la vía administrativa; de igual forma, cuando se trate de la aplicación de esas disposiciones, en caso de que se fundamenten en que no son conforme a derecho y en contra de los actos de aplicación individual de dichas disposiciones, debiéndose agotar previamente, entonces, la vía administrativa.

También, la Sala de lo Contencioso Administrativo está facultada para conocer directamente los procedimientos especiales establecidos en los artículos 120 y siguientes, en los cuales se regula el modo de proceder en los asuntos del gobierno central, de las regiones autónomas y de los municipios.

Finalmente, producto de la sentencia de inconstitucionalidad a la que ha sido sometida la Ley 350, se ha organizado una comisión en la Asamblea Nacional para que elabore una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, coordinada por doctor Karlos Navarro.

IX. El servicio público: liberalización, privatización y regulación

A pesar de ser el servicio público una de las instituciones básicas del derecho administrativo, no existe una definición concreta de la misma.[253] Históricamente, es una técnica reciente, aunque no es su modernidad lo que produce su falta de categorización, sino

253 Según 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", RAP 54 (2001), p. 446.

más bien su estrecha relación con la realidad histórica y política,[254] que explica tanto su falta de precisión, como su constante evolución.[255]

Por tal razón, el servicio público, al igual que la administración, es fácil de describir, pero difícil de definir[256] porque, al igual que ésta y que el ordenamiento jurídico que la rige, el derecho administrativo es un producto histórico[257] que depende en buena parte de la idea que en cada momento se tenga del Estado, que es, a su vez, un elemento sometido a un continuo proceso de cambio y transformación.[258]Todo lo anterior provoca que el servicio público sea un elemento que va a variar al modificarse los fines que vaya asumiendo el Estado.[259]

254 Como afirma T. R. Fernández Rodríguez, citando a Alessi, "del servicio público hay tantas definiciones como autores". "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", RAP 150 (septiembre-diciembre de 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, Madrid, España, Tecnos, 1983, p. 120.

255 "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 varía 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 pacifíca 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,* Madrid, España, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1968, p. 91.

256 R. Rivero Ortega afirma 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*, Madrid, España, Marcial Pons, 1998, p. 14.Véase también Garrido Falla, F., *Las transformaciones del régimen administrativo,* Madrid, iep, 1954; Parejo Alfonso, L., *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, cec, 1991; Martínez, R. B., Derecho económico, México, unam, 1996, pp. 20 y ss.

257 Según 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 público económico*, 2a ed., Granada, Comares, 2001, p. 488.

258 En este 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…*, op. cit., pp. 83-86.

259 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 de bienestar; d) el neoliberalismo y la crisis del servicio público económico y social. "¿Réquiem por el servicio público?", *Cuenta y Razón*, núm. 116 (junio-julio de 2000), pp. 8-9.

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 a la función que en cada momento asumía el Estado en la economía.[260]

Desde este punto de vista, podemos enmarcar la evolución del término servicio público, en las siguientes etapas:[261]

Primera etapa. Inicialmente, el servicio público fue un concepto sociopolítico, algo así como la trasposición liberal del "servicio al rey", que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-sociedad, propio de la Revolución francesa.[262] pero carece de un significado jurídico preciso.[263]

La ideología liberal reducía las funciones del Estado a las tradicionales de defensa, hacienda, justicia, y fomento e intervención en las actividades de los particulares, pero en estos últimos casos de manera limitada 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.[264]

En este periodo los dogmas liberales eran un obstáculo para que el Estado asumiese directamente tales responsabilidades, ya que su función era garantizar el libre y espontáneo desenvolvimiento de la iniciativa privada. Sin embargo, este problema será re-

260 De la Cuetara afirma 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 de la 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…*, op. cit., p. 120.

261 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, p. 1380.

262 R. Rivero Ortega señala 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, Salamanca, España, Editorial Ratio Legis, 1999.

263 M. Domínguez-Berrueta de Juan señala que la concesión de un servicio significa, en definitiva, sin entrar en más profundidades, gestión de un servicio público por un particular ajeno a la administración concedente. El incumplimiento en la concesión de servicio público, Madrid, España, Editorial Montecorvo, 1981, p. 69.

264 Roldán Martín, A., "Los nuevos contornos del servicio público", en Derecho administrativo económico, Ortega Martín, E. (dir.), Madrid, cgpj, 2000, pp. 20-21.

suelto mediante un mecanismo especialmente idóneo para dicho fin: la concesión administrativa.[265]

En cualquier caso, durante este periodo 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.[266] 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; término 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.[267]

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, gracias sobre todo 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. A 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 del proceso técnico, los poderes públicos tienen que desarrollar una acción cada vez más intensa en la vida social,[268] lo que los orilla a asumir la prestación de servicios económicos (ferrocarriles, transporte, carretera, electricidad, gas teléfono, etcétera).[269] Este tipo de actividad exigía una positiva intervención estatal que asumiera la dirección de la misma, proyectando y planificando su establecimiento y su prestación.

Cuarta etapa. A finales del siglo xx la insatisfacción por la calidad de los servicios públicos, y la imposibilidad de que el Estado soportara los elevados gastos de su presta-

265 265 Sendín García, M. A., "Los servicios públicos en el siglo xix", Anuario del Derecho Español, 2005.

266 Martín Retortillo, S., "Sentido y forma de la privatización de la administración pública", *Revista Española de Administración Pública*, núm. 39 (julio-agosto-septiembre de 2000), p. 16.

267 Según R. Caballero Sánchez, durante "la edad contemporánea hemos presenciado cómo 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*, Madrid, inap, 2003, p. 79.

268 Ariño Ortiz, G., "Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones", en *Derecho de las telecomunicaciones*, Cremades, J. (coord.), La Ley, 1997, p. 758.

269 Según J. Martínez de Pisón 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*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 49.

ción, hacen que se gire la vista hacia el mercado y la competencia, como posible solución.[270] Aunque no es una peculiaridad de los servicios públicos, pues en todos los ámbitos se está manifestando una tendencia a la reducción de la intervención pública,[271] en este campo dicho fenómeno está manifestando una mayor intensidad, provocando que disminuya la prestación directa por los poderes públicos, y que éstos adopten preferentemente la función de programadores de la vida social, ordenadores y reguladores de los servicios públicos.[272]

1. El servicio público en Nicaragua

El servicio público nace en Nicaragua desde el campo puramente económico, acompañado de las consecuencias jurídicas de la actuación positiva del Estado, que lo acompaña en su actuación como título de potestad de la administración.

Las obras que realizaron los gobiernos durante el siglo xix son servicios económicos de caminos, canales, alumbrado eléctrico; pero a la par, servicios de instrucción pública y de beneficencia, que el Estado asume como responsabilidad propia, pero sin un régimen jurídico definido, ni con precisión jurídica alguna.

A principios del siglo xx, la intervención estadounidense destruye la precaria institucionalidad y el ya muy desarrollado sistema de servicios públicos que había generado las exportaciones durante el periodo liberal (1893-1909).

A partir de los años treinta el Estado fue ampliando poco a poco sus funciones y se transformó en un agente protagónico del desarrollo "hacia adentro", que tenderá a generar mecanismos y estrategias de desarrollo económico a través de un capitalismo de Estado —llamado "benefactor o desarrollista"—, el cual será un instrumento que cambiará de manera contundente las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones, invierte en obras de infraestructura,

270 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…, op. cit., p. 27.

271 En 1958 se firma el Tratado Multilateral sobre Libre Comercio e Integración Económica Centroamericano y el Convenio de Industrias de Integración. A continuación, se creó el Convenio de Equiparación de Aranceles, firmado en septiembre de 1959. Bulmer Thomas explica que "según las medidas convencionales del progreso económico, la década de 1960 fue una Edad de Oro para Centroamérica… La realidad de la década fue algo diferente. Los formuladores de políticas no proporcionaron un marco adecuado para garantizar que los beneficios netos del mcca se distribuyeran equitativamente entre las cinco repúblicas, de manera que la estrategia de industrialzación se vio amenazada desde el principio por las diferencias entre los países". *La economía política de Centroamérica desde 1920*, San José, Costa Rica, bcie, 1989, p. 233.

272 Decreto sobre jubilaciones, La Gaceta, núm. 184, 22 de agosto de 1930.

expande los servicios públicos y promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Con una fuerte inversión por parte del sector público, se iniciaría una rápida transformación y la modernización de las estructuras productivas, lo que permitiría la sustitución de bienes simples, el ensanchamiento del mercado interno y la generación de nuevas unidades productivas. En este sentido, la participación del Estado se volvería cada vez más determinante en el proceso económico, ya que éste proveía los recursos financieros para la inversión a tasas preferenciales, otorgaba subsidios a la importación de bienes de capital, exoneraciones impositivas por un plazo prolongado de años, asistencia tecnológica y protección arancelaria a la naciente manufactura nacional, para ayudarla a superar con éxito la curva de aprendizaje, después de lo cual se suponía que las empresas estarían en condiciones de enfrentar con éxito la competencia de las empresas extranjeras.

Asimismo, esta modernización se manifestó en la creación de una serie de instituciones económicas, que se incluyeron en el Instituto de Fomento Nacional (1958), el Banco Central (1961), el Instituto Nacional de Comercio Exterior e Interior (1962), el Instituto de la Reforma Agraria (1964), el Instituto de Bienestar Campesino (1976) y la Dirección de Planificación.

En el periodo de 1950 y 1973 la cantidad de entes autónomos ascendió de dos a 18. De 1963 a 1966 se desarrolló una campaña masiva de educación que penetró exitosamente a las áreas rurales. El Estado participó de manera activa en la formación de empresas manufactureras dirigidas al Mercado Común Centroamericano.

En resumen, a partir de esta redefinición del Estado, éste se transformó en un instrumento que cambiará las estructuras económicas y sociales del país, mediante el fomento de la industrialización sustitutiva de importaciones;[273] invierte en obras de infraestructura, promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares, y expande los servicios públicos.

2. BLOQUE DE SERVICIOS SOCIALES: SEGURIDAD SOCIAL, SANIDAD Y EDUCACIÓN

Seguridad social. El 12 de octubre de 1930 se aprueba la Ley del Sistema de Jubilación al magisterio mayor de 60 años, con un periodo mínimo de 20 años de servicio.[274] Diez

273 *La Gaceta*, núms. 244, 245 y 246, 31 de octubre de 1940.

274 El antecedente más antiguo de participación de Nicaragua en actividades relacionadas con la seguridad social fue la Convención Internacional sobre Derecho Laboral realizada el 7 de febrero de 1923 en Washington. En dicha convención, los cinco países centroamericanos se comprometieron a desarrollar programas de seguro social en sus respectivos países.

Aunque el convenio fue ratificado por Nicaragua el 24 de julio de 1924, por desgracia esta declaración de intenciones no tuvo una incidencia decisiva, probablemente por las condiciones políticas y económicas de los países centroamericanos. Para mayor información sobre este convenio, véase Sandino Argüello, *Compendio de derecho del trabajo nicaragüense*, tomos i y ii, Managua, Nicaragua.

años más tarde, en 1940, se emite el Reglamento de Jubilación, Pensiones y Subsidios de Obreros y Empleados Ferroviarios.[275]

En las constituciones de 1939 (artículo 104), de 1948 (artículo 85) y de 1950 (artículo 97), se anuncia la creación, por parte del Estado, del Instituto Nacional de Seguridad Social[276] "a favor de los trabajadores, para cubrir los riesgos de enfermedades comunes, invalidez, ancianidad y desocupación, mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón".[277]

La aplicación del seguro social en Nicaragua obedeció al mandato constitucional contenido en el artículo 97 de la Ley Fundamental de la República, de 1950, que dice: "El Estado establecerá el Instituto Nacional de Seguridad Social a favor de los trabajadores, para cubrir los riesgos de enfermedades comunes, invalidez, ancianidad y desocupación, mediante racional concurrencia del Estado, del beneficiario y del patrón. La correspondiente reglamentación será objeto de la ley".

En consecuencia, por decreto del 7 de julio de 1952, se crea el Ministerio del Trabajo como secretaría de Estado, responsable de la aplicación del Código del Trabajo y del Seguro Social.[278]

Salud. En lo que respecta a la salud, la Constitución de 1893 contemplaba que era deber del gobierno central y de las municipalidades la reglamentación de la higiene. Sin embargo, fue la Constitución de 1939 la que estableció que "el Estado y los municipios velarán por la sanidad y mejoramiento social de la familia" (artículo 79).[279]

275 Álvarez Lejarza, E., Las constituciones de Nicaragua, Madrid, España, Ediciones Cultura Hispánica, 1958, p. 921.

276 En enero de 1954, Nicaragua envió sus delegados al Segundo Seminario Centroamericano Panameño de Seguridad Social, que se efectuó en Panamá, presidido por el ministro del Trabajo, doctor Ramiro Sacasa Guerrero, a cuya solicitud se incluyó, en uno de los puntos del seminario, un *Estudio de las medidas previas a la creación de un régimen de seguridad social y normas para ponerlo en ejecución*. Revisados por los técnicos de la Organización Internacional del Trabajo y por los directores de las instituciones de México, Centroamericana y Panamá, se preparó un documento llamado *Informe acerca del estudio de las medidas previas a la creación de un régimen de seguridad social*, del cual resultó un documento base que posteriormente fue ampliado: *Compendio de derecho del trabajo*, tomo ii.

277 Álvarez Lejarza, E., *Las constituciones de Nicaragua*, Madrid, España, Ediciones Cultura Hispánica, 1958, p. 780.

278 Espinoza Ferrando afirma que el Ministerio de Salud fue creado por recomendación de la resolución A-2 de la Carta de Punta del Este, en la cual se trazaron metas para el decenio 1961-1970, y señaló la necesidad de crear una estructura administrativa funcional para la formulación del Plan Nacional de Salud. El desarrollo del sistema de salud, Managua, Nicaragua, Friedrich Ebert Stiftung, 2003, p. 22. Sobre el desarrollo institucional de la salud en Nicaragua, véase Acosta, G., *Aspectos institucionales del sector salud en Nicaragua, 1971-1974*, Managua, unan, 1977; Cuant, M., *Evolución y análisis de los servicios hospitalarios en Nicaragua*, Managua, unan, 1983; *La salud en Nicaragua, antes y después del triunfo de la revolución,* minsa, 1979.

279 *La Gaceta*, núm. 278, 1964, p. 3969.

El Ministerio de Salud inició sus funciones a partir de la promulgación y puesta en vigencia de la Ley 2 del 24 de abril de 1964.[280]

A este ministerio le correspondía la dirección, organización y funcionamiento de los servicios de higiene, ejercer la asistencia social en el ramo sanitario, elaborar investigaciones y estudios en el campo de la salud y coordinar el servicio social de las profesiones relacionadas con la salud pública. En diciembre de ese mismo año, a través del decreto N. 1027, se modifica la estructura en el campo de la salud, y por medio del artículo 7 se crean "comisiones departamentales de salubridad pública, que tendrán por objeto cooperar en el mejor desarrollo de los programas de salubridad pública".[281]

3. Bloque de transporte

El Ministerio de Fomento y Obras Públicas tenía como atribución principal el correo, el teléfono y el telégrafo, el mantenimiento de edificios públicos y la administración de carreteras.[282] En el decreto 3 D, se habla de "caminos públicos".[283]

Transporte de ferrocarril. A partir de los años cuarenta se emiten las primeras leyes de transporte y obras públicas. La Ley Constitutiva de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico de Nicaragua se dictó en 1940. No era una entidad autónoma, pero tenía personalidad jurídica propia y quedaba incorporada al dominio industrial y comercial del Estado. Aunque en la ley no se le define como de servicio público, sí se le considera una "empresa de transporte público".[284]

Transporte de servicio público. Las empresas de servicio público de transporte fueron constituidas a través del decreto 402, en cuyo artículo 1 se establecía: "Se conceptúan empresas de servicio público, comprendidas en el artículo 70 de la Constitución Política, las que se dediquen al transporte remunerado de personas o cosas, por calles, carreteras y demás vías públicas".[285] Por su parte, el artículo 70 de la Constitución de 1950 establecía de manera clara que, "para fines de interés general, podrá el Estado interve-

280 Según Cumberland, en el informe "hay pocos caminos, puentes o vías que merezcan verdaderamente el nombre de tales: las calles de las ciudades están sin pavimentar, con excepción de unos pocos trabajos iniciados ya en la capital; el suministro adecuado de agua potable no se ha logrado; el teléfono, el telégrafo y el servicio de correos no se comparan con los estándares modernos; no se estudian proyectos de irrigación; no se han iniciado obras de mejoramiento portuario, salvo en los servicios aduaneros; las oficinas del gobierno están en casas inadecuadas. Desde todos los puntos de vista Nicaragua necesita de un extenso programa de obras públicas". *Nicaragua: investigación económica y financiera*, Colección Cultural del Banco de América, 1928, p. 48.

281 Decreto 3 D, La Gaceta, 1941, p. 2011. Con anterioridad a esta ley se había promulgado la Ley sobre Ancho de Caminos Públicos. *La Gaceta*, núm. 98, 30 de abril de 1918. Asimismo, la Ley sobre Carreteras. *La Gaceta*, núm. 196, 2 de octubre de 1929.

282 *La Gaceta*, núm. 238, 1940, p. 2474.

283 Decreto 402, *La Gaceta*, núm. 71, 1959, p. 658.

284 Alvarez Lejarza, E., *Las constituciones de Nicaragua*…, op. cit., p. 917.

285 Decreto 29, *La Gaceta*, núm. 107, 1959, p. 995.

nir en la explotación y régimen de las empresas de servicio, y aun nacionalizarlas, previa indemnización en este último caso".[286]

Ese mismo año, por medio del decreto 29, entra en vigor la Ley de Regulaciones para el Transporte de Pasajeros y se faculta al Ministerio de Economía para normar el transporte de pasajeros en los siguientes aspectos: a) fijación de horarios de trabajo, b) determinación de tarifas, c) limitación del número de unidades, d) fijación de las características de las unidades de servicio, e) continuidad de los servicios, f) otorgamiento de permisos de línea en las rutas que estime conveniente, g) establecimiento y funcionamiento de pasajeros.[287]

En el reglamento al artículo 33 de la Ley Creadora del Consejo Nacional de Transporte, el artículo 1 establece que "para proceder a toda cesión, arriendo o permuta de derecho de línea urbana o rural, de taxi o a sus derecho de placa, deberá solicitarse previamente por escrito autorización al Consejo Nacional de Transporte". En el artículo 8 se lee: "Si a juicio del Consejo considerare que el cesionario, arrendatario o permutante no reúne las condiciones mínimas que el buen servicio público requiere, podrá rechazar la solicitud de cesión, arrendamiento o permuta de cualquier derecho de línea, taxi o sus derechos de placa sin perjuicio alguno para el Estado".[288]

En 1967 se forma el Consejo Nacional de Transporte, adscrito al Ministerio de Economía,[289] entre cuyas facultades se encontraban "la regulación técnica, económica y administrativa del transporte terrestre y por agua, dentro del territorio de la República" (artículo 1). Asimismo, en el artículo 11 de dicha ley se declara que "las empresas destinadas al transporte regular terrestre y acuático de pasajeros o de carga, son empresas de servicio público". La concesión de línea se adquiría por cuatros años y por licitación pública (artículo 17). Este derecho era considerado "una propiedad del concesionario de la cual no puede ser desposeído sino de conformidad con la presente ley" (artículo 20).[290]

Transporte aéreo. La declaración del transporte aéreo como servicio público no está contemplada en la Ley de Aviación Civil, que vagamente habla de "servicios aéreos civiles" (artículo 2). Sin embargo, en el artículo 63, inciso e, establece que las "empresas que deseen establecer servicios aéreos permanentes deberán de celebrar contratos con el gobierno". Más adelante, la ley afirma que se necesita un "permiso o una concesión para el establecimiento y explotación de las rutas aéreas" (artículo 68), y también la ley considera que "no se otorgará el permiso de explotación de una ruta con carácter exclusivo o de monopolio" (artículo 74) y que "serán cancelados en cualquier tiempo, cuando a juicio del Ministerio de Aviación, después de evacuados los informes de los Ins-

286 Decreto 129, *La Gaceta*, núm. 107, 1967, pp. 2940 y 2941.

287 El Consejo estaba conformado por un representante del Ministerio de Economía, un representante del Ministerio de Gobernación, un representante del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, un representante de la Junta Nacional de Turismo, un representante de las Asociación Nacional de Transporte Terrestre, un representante de los sindicatos de choferes y un representante del Partido de las Minorías, el conservador.

288 Decreto 1331, *La Gaceta*, núm. 129, 1967, pp. 1378 y 1379.

289 Decreto 298, *La Gaceta*, núm. 175, 1944, pp. 1577 y 1582. En 1926 se crea el Ministerio de Aviación Civil. *La Gaceta*, núm. 175, 22 de septiembre de 1926.

290 Decreto 102, *La Gaceta*, núm. 239, 1954, p. 2184.

pectores de Aviación, haya graves o reincidentes violaciones de la presente ley; cuando se interrumpa sin justa causa el servicio".[291]

4. BLOQUE DE SUMINISTROS: AGUA, ENERGÍA ELÉCTRICA

Suministro de energía eléctrica. A mediados de los años cincuenta se constituye la Empresa Nacional de Luz y Fuerza, que tenía personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. La empresa, según su artículo segundo, tenía por objeto "la producción y el suministro, público y privado, de luz y fuerza eléctrica, pudiendo extender sus actividades a otros servicios de índole similar o complementario".[292]

A finales de los años sesenta se forma el Instituto Nacional de Energía Eléctrica, que tenía su antecedente próximo en la Comisión Nacional de Energía, que estaba adscrita al Ministerio de Fomento y Obras Públicas en 1955.[293]

Entre sus objetivos el instituto señalaba que todas las "empresas de servicio público de energía eléctrica, ya sean estatales, particulares o municipales, estarán sujetas a la supervigilancia del instituto". Según esta ley, el instituto podría exigir a las empresas que le presentaran cada seis meses los datos estadísticos y contables, y un estado detallado de sus operaciones, con el fin de conocer el cumplimiento de las obligaciones que les impone su carácter de concesionarios de un servicio público.

También el instituto tenía a su cargo el estudio y la formulación de planes de planificación y desarrollo del sistema nacional de electrificación: establecimiento de bases para el funcionamiento, la regulación y la supervisión de la generación, transmisión, distribución, comercialización, utilización y consumo de energía eléctrica del país.[294]

Otra importante ley que se aprueba en 1957 es la Ley de Industrias Eléctricas, en cuyo capítulo i, incisos iv y v, establecía: "Estimular la inversión del capital privado a largo plazo en las actividades de la industria eléctrica, asegurándosele una justa utilidad y el recobro de la inversiones efectuadas en obras e instalaciones dedicadas al servicio público" y "fijar los requisitos a que debe sujetarse el otorgamiento de concesiones y permisos necesario para desarrollar actividades relativas a la industria eléctrica". En el artículo 5, "se consideran de utilidad pública todas las actividades relacionadas con la industria eléctrica comprendidas en la presente ley". El artículo 7 establece que "las activi-

291 En el decreto de creación de la Comisión Nacional de Energía, solamente en una parte de la ley (artículo 3, inciso 5) se habla del "establecimiento y operación de centrales de energía eléctrica, públicas y privadas". Decreto 18 D, *La Gaceta*, núm. 69, 1955, p. 642. Esta ley fue reformada en 1957, en los siguientes artículos: 4, 6, 9 y 11. Decreto 266, *La Gaceta*, núm. 233, 1957, pp. 2201 y 2202.

292 Decreto 1573, *La Gaceta*, núm. 139, 1967, p. 1836. En 1967 se forma el Comité Nacional de Normas Eléctricas, "a fin de evitar la proliferación de normas eléctricas". Decreto 131, *La Gaceta*, núm. 73, 1967, pp. 828, 829 y 830. En 1967 se declara de utilidad pública la Planta Térmica de Managua.

293 *La Gaceta*, núm. 86, 11 de 1957.

294 Hasta 1955 el abastecimiento de agua potable en el país era responsabilidad de las municipalidades.

dades de la industria eléctrica dedicadas al abastecimiento regular de energía para el uso del público constituyen un servicio público". Más adelante, en esta ley se establece que

> las concesiones y permisos para ejercer actividades de la industria eléctrica con aprovechamiento de energía hidráulica, se otorgarán subordinándolos a la preferente satisfacción de los intereses generales relativos a la alimentación, a la salud pública, a la agricultura, a la protección contra las inundaciones, a la conservación y libre circulación de los peces y al retorno de las aguas a sus cauces [artículo 9].

El artículo 29 señala que los concesionarios

> de servicio público de electricidad están obligados […] a suministrar energía para el servicio público, a todo el que la solicite dentro de la zona fijada en el contrato de concesión, sin establecer preferencia alguna, salvo que el concesionario demuestre ante la Comisión que existe impedimento técnico o económico para hacer el suministro, sujetándose en todo caso a lo que establezca el reglamento de la presente ley [ii].[295]

Agua. A principios de los años cincuenta[296] se crea la oficina de Recursos Hidráulicos y Agua Potable, que funciona bajo la dependencia del Ministerio de Fomento y Obras Públicas. En el considerando de la ley se puede leer:

> Se hace necesario para el desarrollo económico del país resolver de una manera permanente los problemas referentes a fuerzas hidráulicas, irrigación, drenaje, abastecimientos y purificación de aguas, acondicionamiento de ríos, lagos y puertos, para propósitos de navegación y recreación, control de inundaciones y desarrollo de los recursos hidráulicos […] Con ello se obtendrá una reducción considerable en el índice de mortalidad, el mejoramiento de la salubridad pública y la elevación del nivel de vida del pueblo nicaragüense.[297]

Aunque no existe, como es evidente, la inclusión de esta actividad como servicio público; no obstante, es evidente en la ley una preocupación del gobierno por la salud pública.[298]

En la Ley de Usos de Agua para Riego de Beneficio Colectivo, se declaran de utilidad pública las obras necesarias para la realización de proyectos cuyo objeto sea el aprovechamiento de los recursos hidráulicos del país para propósitos de riego, beneficio colectivo de una determinada región;295 obras que pueden ser emprendidas por personas, aun particulares, organizadas en empresas que tengan el carácter de servicio pú-

295 Decreto 31 D, *La Gaceta*, núm. 165, 1953, p. 1503.

296 En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1964 se lee: "El servicio público es una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva, como agua, luz, transporte". *Boletín Judicial,* núm. 494, 1964, 30 de enero de 1964.

297 Ley de Usos de Agua para Riego de Beneficio Colectivo. Ley 747, artículo 1, 13 de abril de 1962.

298 El Código Civil de Nicaragua declara públicos los ríos, sus lechos, los lagos, las lagunas, los canales y las corrientes navegables o flotables, sus puentes y sus cauces, y las fuentes públicas. Código Civil de Nicaragua, artículo 611.

blico, precisándose, en este único caso, de una autorización del Poder Ejecutivo en el ramo de economía.

En el reglamento de la Empresa Aguadora de Managua, en 1963, se declara el suministro de agua como servicio público.[299] En los considerandos podemos leer:

> Es el propósito del gobierno mejorar y ampliar el servicio público de agua potable que suministra a través de la Empresa Aguadora de Managua, para llevar dicho servicio hasta las zonas actualmente urbanizadas, lo mismo que a zonas o áreas en proceso de urbanización o potencialmente en desarrollo, a fin de que la empresa extienda sus funciones para las cuales fue creada.[300]

En el artículo primero del reglamento se puede leer: "El gobierno de la República de Nicaragua suministra a la ciudad de Managua el servicio público de agua potable a través de la entidad conocida con el nombre de Empresa Aguadora de Managua". En el artículo 33 se establece que "la empresa suministrará el servicio de agua potable en la forma más regular y continua posible, pudiendo solamente interrumpir el suministro por circunstancias especiales, tales como disminución del caudal de las fuentes, reparación o mejoras de los sistemas de operación; o caso fortuito o de fuerza mayor, o conforme lo estipulado en el artículo 43".[301]

La Ley Creadora del Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (Denacal), del 22 de julio de 1967,[302] lo organiza como una dependencia del Ministerio de Salud Pública (artículo 1). Los artículos 1, 3, 6 y 8 de su ley creadora señalan sus funciones; sin embargo, no estipula expresamente el de servicio público.

5. BLOQUE DE COMUNICACIÓN: RADIOCOMUNICACIÓN, TELÉGRAFOS, CORREOS

Radiocomunicación. En el decreto 9 B, artículo 10, inciso f, se habla de que la "estación pública de radiocomunicación es una estación abierta al servicio público, ya sea de propiedad del Estado o de particulares o compañías a quienes el Estado haya concedido derecho para establecerlas, por medio de contratos particulares".

Servicio de correo. La declaración de esta actividad como servicio público se encuentra en la Ley de Especies y Filatelia, de 1944, que en su artículo 1 establece que "constituye las especies postales, los sellos o estampillas de correo interior e internacional, ordinario o aéreo, y las tarjetas y sobres timbrados para uso exclusivo del servicio público

299 Por decreto ejecutivo 847, del 24 de junio de 1963, fue trasladado el Departamento Nacional de Servicios Municipales al Ministerio de Gobernación. En julio de 1967 se crea por decreto 1349 el Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (Denacal), adscrito al Ministerio de Salubridad Pública y sustituyendo al Sermunic. Se incorpora la administración del alcantarillado sanitario de Managua al Denacal..

300 Decreto 17 B, *La Gaceta,* 1963, pp. 1514, 1515, 1516.

301 *La Gaceta,* núm. 168, 27 de julio de 1967.

302 Los artículos que se reforman de la Ley de Especies y Filatelia, de 1944, son los siguientes: artículo 3; se modifica el inciso 1 del artículo 4, y el artículo 19. *La Gaceta,* núm. 149, 1956, pp. 1601 y 1602.

de correos de Nicaragua". Esta ley fue reformada en 1956; sin embargo, el artículo primero no sufrió modificación alguna.[303]

En 1971 se creó Telecomunicaciones y Correos (Telcor), que vino a remplazar las actividades de telecomunicaciones de la Dirección General de Comunicaciones.[304] En el artículo 1 establece:

> Créase la Dirección General de Telecomunicaciones y Correos de Nicaragua, cuyo nombre abreviado será Telcor, la cual será una entidad estatal descentralizada, con personalidad jurídica, patrimonio propio, plena capacidad para adquirir y ejercer derechos y contraer obligaciones, de duración ilimitada, y con domicilio en la ciudad de Managua, pero podrá establecer agencias en el interior de la República y representaciones o agencias en el exterior. Esta entidad sustituye a la dependencia administrativa que a la fecha ha fungido como programa del Ministerio de Defensa, con el nombre de Dirección General de Comunicaciones.

Sin embargo, el artículo 26 declara como de "servicio público y general los servicios que dentro de esta ley prestare cualquier sociedad u organización de que Telcor llegare a formar parte".

6. La crisis de los ochenta y la nacionalización de las empresas

El derrocamiento de Anastasio Somoza el 19 de julio de 1979 fue recibido con entusiasmo, instalándose en esa fecha la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, que ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, a la vez, entre 1979 y 1984.

Entre esos instrumentos de política destacaban más de 100 empresas agroindustriales de propiedad estatal recién fundadas, que constituían el Área Propiedad del Pueblo (app). Estas empresas, que habían pertenecido a la familia Somoza, pasaron a ser propiedad del Estado y a desempeñar un papel principal en la política alimenticia del país.[305] Con los años se agregó una serie de nuevas empresas[306] como resultado de un ambicioso plan de inversiones públicas. A mediados de los años ochenta, las empresas estatales comprendían los rubros agropecuario, manufacturero y de comercio. Las empresas estatales representaban 21% del valor agregado en la agricultura y 31% en la industria manufacturera.

En este proceso de refundación del Estado de Nicaragua, también se emitió una serie de decretos-leyes sobre transporte terrestre, aéreo y acuático, y a éstos, en la norma jurídica, se les declara de manera expresa como servicios públicos.

303 Decreto 17 B, *La Gaceta*, 1963, pp. 1514, 1515, 1516.

304 *La Gaceta*, núm. 168, 27 de julio de 1967.

305 Además de los bienes de la familia Somoza, fueron confiscadas propiedades cuyos dueños se ausentaron del país por más de seis meses. Decreto 760, 19 de julio de 1981. Las propiedades agrícolas fueron adquiridas por el Estado en virtud del decreto 329, del 29 de febrero de 1980, y por las leyes de reforma agraria. Decreto 782, del 19 de julio de 1981, y Ley 14, del 11 de enero de 1986.

306 Decreto 20, *La Gaceta*, núm. 3, 24 de agosto de 1979.

Mediante el decreto 20[307] se crea el Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillado Sanitario (inaas), con la fusión del Departamento Nacional de Acueductos y Alcantarillados (Denacal), la Empresa Aguadora de Managua (eam)[308] y el resto de las empresas municipales independientes que operaban a la fecha.

A comienzos de los años ochenta, por medio del decreto 682, se establece la Ley de Especies Postales y Filatelia. Mediante esta ley,Telcor tiene el dominio, la emisión, el control y la comercialización de las especies postales y la filatelia de Nicaragua.[309]

La creación de una televisión pública tuvo lugar por medio del decreto 1398,[310] que en su artículo 1 establece: "Créase el Sistema Sandinista de Televisión (sstv), como una corporación estatal de derecho público, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones".[311]

En lo que respecta a los municipios, mediante el decreto 270, dictado el 31 de enero de 1980, se reguló el nuevo régimen local. Asimismo, se formó una Secretaría de Asuntos Municipales,[312] que, de acuerdo con el artículo 1 de su ley creadora, estaba dirigida y vigilada por el Poder Ejecutivo, correspondiéndole las funciones de coordinar y dirigir las actividades de las juntas municipales en todo el territorio nacional.

307 La eam era administrada y operaba con ciertos criterios empresariales y organizaciones que permitían que fuera una entidad productiva, rentable, y que brindara un buen servicio. El Denacal era administrado y operado como Ministerio de Estado con dependencia del presupuesto nacional. José Antonio Darce, p. 12.

308 La Gaceta, núm. 66, 21 de marzo de 1981.

309 Decreto 1398, 10 de febrero de 1984. La Gaceta, núm. 38, 22 de febrero de 1984.

310 En 1989 un grupo de recurrentes interpuso un recurso por inconstitucionalidad en contra de la Ley 52 (Ley General sobre los Medios y la Comunicación Social). En una parte de la sentencia se lee: "El Estado está facultado para determinar por medio de leyes especiales o concesiones qué recursos naturales son de su uso exclusivo, cuáles se reservan para desarrollarlos y explicarlos directamente, y qué parte de los mismos otorga a particulares, sin que esto signifique que se está desconociendo que existen otros bienes, cuya forma de propiedad puede ser privada, asociativa, cooperativa y comunicativa". *Jurisprudencia constitucional de Nicaragua*, p. 1266.

311 Decreto 106, 9 de octubre de 1979.

312 Torres Briones, I., *Historia del Poder Legislativo en Nicaragua, 1823-1998*, Managua, El Parlamento, 1998; Esgueva Gómez, A., *Las constituciones políticas y sus reformas en la historia de Nicaragua, tomo ii*, Managua, El Parlamento, 1994; varios autores, *Comentarios a la Constitución Política de Nicaragua*, Managua, Hispamer, 1999; varios autores, *Tratado elemental de derecho constitucional nicaragüense*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999; Navarro, K., y Sendín García, M., "Las bases constitucionales del derecho administrativo de Nicaragua", en *El marco constitucional del derecho administrativo en Iberoamérica*, Quito, Ecuador, 2006, pp. 291-300; Álvarez Argüello, G., *La ley en la Constitución nicaragüense*, Barcelona, Cedecs, 1999; Chamorro Mora, R., *Constitución política. Comentarios,* Managua, Universidad Centroamericana, 1990; Cuadra, F., "Breve análisis de la justicia constitucional en Nicaragua en el periodo histórico comprendido entre 1939 y 1992", en varios autores, *La justicia constitucional. Una promesa de la democracia*, San José de Costa Rica, 1992, pp. 177-199.

7. El servicio público en la Constitución de Nicaragua

El 9 de enero de 1987 la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el presidente de la República.[313]

En 1995 el texto constitucional fue reformado. El régimen político había cambiado y el Estado estaba bajo la dirección de fuerzas políticas que se inclinaban por la empresa privada, hacia la intervención de los sujetos privados en el mundo económico más que hacia el Estado. Sin embargo, esto no deslindaba las responsabilidades del Estado a la hora de dirigir la economía, y garantizar y promover el desarrollo integral del país (artículo 99).[314]

Debido a la reforma constitucional, en particular a los artículos 99, 104, 105 del capítulo i, "Economía nacional", se logró adecuar el texto constitucional a los objetivos del gobierno, y de esta forma trazar la política económica que ha seguido el Estado de Nicaragua en la última década.

> Conforme a los principios constitucionales, es obligación del Estado promover, facilitar y regular la prestación de los servicios públicos básicos de energía, comunicación, agua, transporte, infraestructura vial, puertos y aeropuertos a la población, y derecho inalienable de la misma el acceso ellos. Las inversiones privadas y sus modalidades y las concesiones de explotación a sujetos privados en estas áreas serán reguladas por la ley de cada caso. Los servicios de educación, salud y seguridad social, son deberes indeclinables del Estado, que está obligado a prestarlos sin exclusiones, a mejorarlos y ampliarlos. Las instalaciones e infraestructura de dichos servicios propiedad del Estado no pueden ser enajenadas bajo ninguna modalidad [artículo 105].[315]

313 Varios autores, *Nicaragua 1995. Un nuevo intento constitucional (cronología del proceso de reforma constitucional)*, Universidad de Sevilla, 1996; Navarro, K., y Sendín García, M., "Las bases constitucionales…, en op. cit., p. 175.

314 Sendín García y Navarro advierten que de este artículo se debe destacar que la "noción de servicio público se hace más desde la idea de garantía de una correcta prestación y control por parte de los poderes públicos, y derecho al acceso por parte de los sujetos privados, que desde la idea de monopolio. De esta forma, no parece que esta consagración del servicio público plantee 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, sigue reservando el término servicio público para referirse a los servicios económicos, esto es, aquellos que tradicionalmente se prestaban en monopolios, 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 sociales) de un mismo género (servicios públicos). "Las bases constitucionales"…, en op. cit., p. 178. Véase también, de los mismos autores, *La formación y consolidación del derecho administrativo nicaragüense*, Managua, Nicaragua, Hispamer, 2006, pp. 199 y ss.

315 Publicada en *La Gaceta*, núms. 1, 2, 3 y 4 de enero de 2000.

El artículo 119 señala que la "educación es función indeclinable del Estado. Corresponde a éste planificarla, dirigirla y organizarla". Por su parte, el artículo 112 establece que "el acceso a la educación es libre e igual para todos los nicaragüenses. La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria en los centros del Estado […] Nadie podrá ser excluido en ninguna forma de un centro estatal por razones económicas".

De lo expuesto podemos deducir que a partir de la segunda mitad del siglo xx, en la Constitución y en el ordenamiento jurídico positivo, se califican explícitamente determinadas actividades como servicios públicos. Ya en este periodo el servicio público es una cierta forma de acción administrativa, es decir, un tipo de actividad con un contenido concreto, que tiende al suministro de una prestación.

En estas leyes la noción de servicio público no implica una unidad coordinada ni un ordenamiento sistemático; más bien es una técnica que se utiliza en la normativa jurídica para dar respuesta a necesidades colectivas, en un régimen especial, cuya titularidad pertenece a la administración pública.

Como puede verse, el servicio público aparece en todas partes. A veces la idea se perfila claramente, pero en todo caso falta la inserción en un marco jurídico general.

La falta de una reflexión doctrinal sobre la materia es decisiva, lo cual convierte los servicios públicos nicaragüenses en un mero agregado, confuso y poco claro, de sectores sujetos a regímenes diversos, aunque casi siempre próximos a lo que tradicionalmente se consideran servicios públicos en la tradición continental europea.

En cualquier caso, sí parece evidente la impronta claramente publicista que informa el servicio público nicaragüense en este momento. La tendencia a la gestión monopolística u oligopolística es clara.

8. La privatización de los servicios públicos

El 25 de febrero de 1990, en cumplimiento de los Acuerdos de Esquipulas, se efectuaron elecciones para elegir presidente y vicepresidente de la República, representantes a la Asamblea Nacional y concejales municipales.

El resultado de las elecciones fue el triunfo de la coalición de partidos políticos identificada como Unión Nacional Opositora (uno). Durante los primeros años de gobierno, la presidenta Violeta Barrios de Chamorro implementó un programa de reforma del Estado. A través del proceso de reforma fueron privatizadas 351 empresas que habían sido propiedad estatal. La privatización tenía como objetivos: a) la reconversión y la modernización del aparato productivo, b) el saneamiento de las finanzas del Estado y c) el incremento en la generación de empleos, inversión, producción y exportaciones.

De esta forma, el gobierno de Nicaragua concibió 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 fundamentales fomentar la competitividad internacional de la economía y lograr un aumento en los niveles de vida a través de la creación de empleos.

X. Los contratos administrativos

En Nicaragua la primera Ley de Contrataciones Administrativas del Estado se aprobó en 1981 y se reglamentó hasta 1991. Dichas normas respondían a una época histórica con un Estado gigante de carácter centralista, que además, por la situación de guerra y bloqueo económico en que se encontraba, se veía obligado a realizar las compras estatales de una forma directa tanto a proveedores nacionales como, en muchos casos, a proveedores extranjeros.

A mediados de la década de los noventa comenzó un proceso de reducción del Estado y descentralización administrativa, acompañado por los grandes cambios económicos propios del proceso de globalización. Como resultado de los factores anteriores se produjo una gran actividad adquisitiva de la administración pública, que junto con la aprobación de varias leyes administrativas y en la coyuntura de la reforma constitucional de 1995, además de cierta presión de los organismos internacionales, originaron la aprobación y la publicación de una nueva Ley de Contratos del Estado: la Ley 323.[316]

Esta ley fue reglamentada en enero de 2000[317] y reformada en dos ocasiones.[318] Además, Nicaragua cuenta con una ley en materia de contrataciones municipales: la Ley 622,[319] con su respectivo reglamento[320]

El 8 de noviembre de 2010 fue aprobada[321] la nueva Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (lcasp) (737) y su reglamento (decreto 75-2010), que entraron en vigor el 8 de febrero de 2011.

1. La figura del contrato administrativo

Junto a la actividad administrativa unilateral también se manifiesta una actividad administrativa bilateral, de la que destaca notoriamente la contratación administrativa;[322]

316 Publicada en *La Gaceta*, núm. 46, 6 de marzo de 2000.

317 La primera reforma se da con la Ley 349, publicada en *La Gaceta*, núm. 109, 9 de junio de 2000. La segunda reforma, con la Ley 427, publicada en *La Gaceta*, núm. 110, 13 de junio de 2002.

318 Publicada en *La Gaceta*, núm. 7, 10 de enero de 2008.

319 Decreto 109-2007. Reglamento de la Ley de Contrataciones Municipales, publicado en *La Gaceta*, núm. 7, 10 de enero de 2008.

320 *La Gaceta*, núms. 213-214, 2010.

321 Nevado-Batalla Moreno, P. T., *Notas sobre derecho administrativo II*, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2002, p. 123.

322 Como señala M. A. González Iglesias, "es bastante frecuente que las administraciones públicas no encuentren en su ámbito los bienes, servicios y organizaciones indispensables para la realización o ejecución de sus objetivos. Ello obliga a aquéllas a acudir al mercado para adquirirlos como un consumidor más y ofrecer, por tales bienes y servicios, un precio, tal y como exigen los principios rectores de la economía de mercado y el respeto a las libertades y derechos individuales. Así pues, puede decirse que la figura del contrato administrativo es consecuencia de la necesidad que tienen las administraciones públicas de adquirir en el mercado bienes y servicios para poder así cumplir con sus fines específicos". *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Marcial Pons, 2002, p. 26.

acción pública inevitable en la práctica, dado que es frecuente que la administración no pueda cubrir sus necesidades de bienes, servicios o personal de todo tipo a través de su propia organización, viéndose obligada, en consecuencia, a contratar en el mercado dichos medios.[323]

El contrato administrativo está dotado además de singular importancia en las sociedades modernas, tanto en el ámbito económico como jurídico, dado el importante volumen de negocio que se mueve a través del mismo, que ha llevado aparejada en la mayor parte de los casos un grado de corrupción no menor.

Desde el punto de vista teórico se ha discutido profusamente, aunque hay quien considera que se trata de una discusión puntillosa e irresoluble, carente de sentido y de una solución única,[324] si la naturaleza del contrato administrativo es común a la del sujeto privado.

Habiéndose tomado partido en la actualidad, de manera manifiesta, por la opinión de que el contrato administrativo no es una figura autónoma y diferente del contrato civil, pues no pasa de ser un contrato tal como se lo entendería en el derecho civil, sujeto a algunas modulaciones específicas.

Se trata, por tanto, de una simple modalidad contractual caracterizada por ser realizado por la administración para el ejercicio de sus competencias en cumplimiento de sus fines de interés público.

2. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la lcasp viene delimitado por una cláusula general, que es objeto de precisión detallada en preceptos posteriores.

Con carácter general, la ley se aplica a la "preparación, adjudicación, ejecución y extinción de las contrataciones administrativas, celebradas por los organismos y entidades que forman parte del sector público" (artículo 1, lcasp).

De dicho precepto se puede deducir un ámbito de aplicación subjetiva y un ámbito de aplicación objetiva. El ámbito subjetivo son los organismos o entidades del sector público; noción que se concreta de manera minuciosa en el artículo 3 de la lcsp, que enumera qué sujetos quedan comprendidos en estos casos.

323 En este sentido Santamaría Pastor considera que "el problema carece de interés. En sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que abundan en la ciencia del derecho, y que no admite una solución concluyente: la distinción entre 'diferencia de naturaleza' y meras 'modulaciones' es tan relativa como discutir si un vaso que contiene sólo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el derecho positivo". Santamaría Pastor, op. cit., p. 196, nota 326.

324 Parada Vázquez afirma que la "exigencia de una especial capacidad se justifica en la necesidad de evitar adjudicaciones sin porvenir en contratos de extraordina- ria complejidad y cuantía cuya crisis o fracaso, y por los retrasos que puede llevar consigo recurrir a una nueva contratación, puede originar graves daños al interés público". Parada Vázquez, op. cit., pp. 283-288, nota 240.

3. Principios de la contratación

La lcsp contiene una regulación expresa de los principios que van a informar la contratación administrativa, que concreta en ocho grandes principios: eficacia, publicidad, transparencia, igualdad y libre concurrencia, vigencia tecnológica, control, debido proceso e integridad.

4. Requisitos previos para contratar

En primer lugar, por exigencia del principio de igualdad, todo ciudadano tiene derecho a ser adjudicatario de un contrato administrativo. Esto no supone, obviamente, el derecho de ser en todo caso contratista, sino la titularidad de un interés legítimo, que le permite concurrir en el procedimiento de licitación para competir por la adjudicación, sin que pueda ser discriminado en dicha pugna por criterio alguno distinto a la mayor ventaja que la oferta implique para el interés público que pretende satisfacer el contrato.

Sin embargo, esto no es obstáculo para que se fijen algunas limitaciones dirigidas a garantizar la capacidad y la solvencia del contratista, que pueden determinar la exclusión de la licitación de aquellos que no los cumplan, sin demérito alguno del principio de igualdad.[325]

Para ser proveedor de bienes o servicios, o contratista de obras del Estado, cualquiera que sea la modalidad de contratación, es necesario tener la capacidad para contratar, que otorga el cumplimiento de los requisitos recogidos en el artículo 17 de la lcasp, esto es:

1) Tener capacidad para obligarse y contratar, conforme al derecho común.
2) No estar incurso en ninguna situación de prohibición o inhibición, en los términos de la presente ley.
3) No encontrarse en convocatoria de acreedores, quiebra o liquidación.
4) No encontrarse en interdicción judicial.
5) Estar incluido en el registro de proveedores.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 17, cada entidad u órgano contratante podrá establecer requisitos adicionales y de carácter especial en los documentos bases, utilizados según el proceso de contratación, los que deben ser proporcionales al valor y a la complejidad del objeto a contratar. Dichos requisitos, sin embargo, deberán justificarse técnicamente en estudios y documentos previos en función del tipo de contrato de que se trate y no podrán tener una intención discriminatoria orientada a vulnerar o violar el principio de igualdad y libre concurrencia en las contrataciones.

Ahora, en el artículo 18 se establecen con detalle quiénes tienen la prohibición para ser oferentes o proveedores del Estado.

5. Órganos de la contratación

El órgano rector del sistema de administración de contrataciones del sector público, para la administración central, autonómica por territorio o por funciones, es la Dirección General de Contrataciones del Estado (dgce).

325 Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel Ángel, op. cit., p. 153, nota 1084.

Las funciones de esta dirección se encuentran en el artículo 9 de la lcsp.

El área de adquisiciones es la máxima autoridad administrativa de cada órgano o entidad del sector público. Entre sus funciones está asegurarse de que, dentro de la misma, exista un área de adquisiciones encargada de participar, en coordinación con las áreas solicitantes, en la planificación y la programación anual de las contrataciones, operar los procedimientos de contratación, resguardar la información relacionada con el proceso y con la ejecución de los contratos administrativos, y brindar asesoría, apoyo administrativo y técnico a las áreas solicitantes.

El área de adquisiciones es un órgano de ejecución y dependerá de la máxima autoridad administrativa, debiendo en todo caso seguir las directrices técnicas expedidas por la dgce, de conformidad con sus competencias legales.

Cuando el volumen de las operaciones o la organización territorial lo hagan necesario, podrá existir más de un área de adquisiciones en cada órgano o entidad, quedando éstas sujetas a la supervisión funcional del área central de adquisiciones y supeditadas, en el caso de unidades de administración desconcentradas, a la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad.

El comité de evaluación es la máxima autoridad administrativa de cada órgano o entidad del sector público que pretenda conducir un procedimiento de licitación, concurso o contratación simplificadas. Excepto en contrataciones menores, deberá integrar un comité de evaluación que estará a cargo de recomendar la evaluación y la calificación de las ofertas presentadas y la elaboración del informe respectivo, con las atribuciones y las responsabilidades que se establecerán en el reglamento de la presente ley.

El comité de evaluación se constituirá mediante una resolución de la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad licitante y deberá estar compuesto por personal de reconocida calidad técnica y experiencia.

Este comité deberá estar conformado, como mínimo, por tres miembros:

1) El coordinador del área de adquisiciones.

2) Un asesor jurídico del órgano o entidad contratante.

3) Un experto en la materia de que trate la adquisición.

Si el número de miembros del comité fuese ampliado, el total de ellos siempre será número impar.

Al comienzo de cada periodo presupuestario, la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad contratante constituirá un órgano colegiado, integrado por un máximo de tres miembros, denominado comité técnico de contrataciones (artículo 16) para recomendar la evaluación y la calificación de las ofertas presentadas en los procesos de contrataciones menores que se lleven a efecto en ese periodo.

6. Procedimiento de contratación administrativa

El procedimiento de contratación es un elemento esencial de la teoría de los contratos administrativos, en cuanto va a ser el instrumento a través de cual se persiguen diversos objetivos, no diferentes a los que trata de lograr el procedimiento administrativo

con carácter general,[326] pero de especial trascendencia en el ámbito de la contratación administrativa. En primer lugar, asegura la actuación de la administración a la hora de contratar. Pero, sobre todo, garantiza la elección de la oferta más adecuada, con lo que se satisfacen dos exigencias esenciales: la igualdad de los distintos candidatos que optan a la selección, pues van a recibir un trato desigual sólo en la medida en que existan razones objetivas que lo justifiquen; a lo que se añade la tutela del interés público, que obviamente se va a beneficiar al optarse por la oferta más ventajosa para el mismo.

A) Procedimientos de contratación

Los procedimientos de contratación aparecen regulados en el artículo

27 de la lcsp, que distingue: 1) licitación: a) pública y b) selectiva; 2) contratación simplificada; 3) contrataciones menores, 4) contratación por concurso.

La lcasp señala que licitación es el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual el órgano o entidad del sector público realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose al pliego de bases y condiciones, formulen propuestas, entre las cuales seleccionará y aceptará la mejor oferta.

B) Etapas comunes del procedimiento de contratación administrativa

El procedimiento de contratación administrativa se divide en cinco fases: a) preparatoria o de actividades previas, b) esencial o de selección del oferente, c) integrativa o de adjudicación, d) ejecución del contrato y e) evaluación.

Las tres fases comunes en el procedimiento de licitación pública son las siguientes: preparatoria, esencial e integrativa.

a) Fase preparatoria

En esta fase se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de la voluntad contractual administrativa. Es exclusivamente interna de la administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Incluye los análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la

326 El artículo 132 de la Constitución española establece: 1) La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2) Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. El dominio público ha sido dividido en España en varias categorías. Así, el dominio público terrestre: calles, plazas, cementerios, parques nacionales, dominio público rural compuesto por los caminos nacionales y municipales; el dominio público marítimo: mares adyacentes al territorio del país, mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros, y playas del mar territorial; el dominio público fluvial: ríos, arroyos y todo curso de agua en trechos que corran a lo largo del territorio, lo atraviesen o separen; el dominio público aéreo: comprende lo relativo a la circulación de aeronaves dentro de la zona de influencia de la fuerza de gravedad terrestre (esto ocurría hasta hace poco, ya que actualmente se están incorporando dos aspectos más: el astronáutico y el del radio); y el dominio público eléctrico.

imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del pliego de condiciones.

Los actos correspondientes a esta fase, que están contenidos en la lcasp, son: resolución de inicio (artículo 30), elaboración de pliego de bases, y condiciones de licitación (artículos 31 y 32).

b) Fase esencial

Esta fase comprende la licitación propiamente dicha, o sea, los actos dirigidos a lograr la manifestación de la voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista. En esta fase, como en la siguiente, las relaciones que se entablan son bilaterales y afectan o pueden afectar a terceros. Se desarrolla a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas, la preadjudicación y la adjudicación.

Los actos correspondientes a esta fase, que están contenidos en la lcasp, son: convocatoria a licitación (artículo 33), aclaraciones y homologación del pliego de condiciones (artículo 34), corrección del pliego de bases y condiciones (artículo 35), presentación de las ofertas (artículos 36, 37, 38, 39 y 40), modificación o retiro de las ofertas presentadas (artículo 41), aclaración de ofertas (artículo 44), descalificación del oferente (artículo 45), rechazo de las ofertas (artículo 46) y elaboración del dictamen de recomendación (artículo 47).

c) Fase integrativa

La fase integrativa o de adjudicación da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevea, ya sea notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, homologación o instrumentación escrita.

Los actos correspondientes a esta fase, que están contenidos en la lcasp son: resolución de adjudicación (artículo 48), readjudicación (artículo 49), declaración de licitación desierta (artículo 50) y suspensión o cancelación del procedimiento de licitación (artículo 51).

C) Requisitos previos al inicio de una contratación

El artículo 21 de la lcasp establece que antes de dar inicio a un procedimiento de contratación, la entidad contratante deberá contar, según sea el caso, con los estudios requeridos, diseños, especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos, y el presupuesto. Asimismo, que estos documentos se asentarán en el expediente administrativo que se levantará para tal efecto y se harán públicos de la manera que establezca el reglamento, de modo que puedan ser tenidos en cuenta por los interesados en la elaboración de sus ofertas.

El mismo artículo 21 establece, lo que se puede señalar como novedades, que la responsabilidad por el contenido de los estudios, diseños y especificaciones del proceso será del área técnica de la entidad contratante, y que en aquellos proyectos que involucren obra pública, los mismos deberán seguir los parámetros mínimos que para el efecto señale la dgce mediante instructivo, de manera que se cuente con los requeridos para tal propósito, de conformidad con lo que establezca el reglamento de esta ley.

Adicionalmente, establece que 10 días antes de expedir la resolución de inicio de las licitaciones, los estudios, los diseños y las especificaciones se harán públicos junto con el proyecto del pliego de bases y condiciones, a efecto de que cualquier persona los examine y haga observaciones sobre los mismos. Las observaciones recibidas formarán parte de los antecedentes administrativos del proceso, sin que la entidad contratante esté en la obligación de responderlas o de incorporarlas.

La estimación del monto del contrato, para efectos de seleccionar el procedimiento de contratación correspondiente, es otro de los requisitos que se deben cumplir antes de iniciar cualquier proceso de contratación. El artículo 22 de la lcasp establece que para esta estimación se deberá elaborar, según fuere el caso, el presupuesto que contemple, entre otros elementos, todos los costos que implica el contrato, incluyendo precio, fletes, seguros, comisiones, intereses, previsión sobre reajuste de precios, tributos, si procedieren, derechos, primas y cualquier otra suma que debiera precisarse.

D) Etapas y procedimientos de la licitación pública

a) Fase preparatoria

a.1. Resolución de inicio

El procedimiento se iniciará con una resolución motivada, emitida por la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante. En ésta debe establecerse el objeto de la contratación, la finalidad pública que se persigue satisfacer, una referencia de la justificación dentro del presupuesto o del Plan Nacional de Inversiones y la elaboración del pliego de bases y condiciones que regirá el proceso (artículo 30, lcasp).

a.2. Elaboración del pliego de bases y condiciones de licitación

El pliego de bases y condiciones es un documento que tiene particular importancia en la regulación de la actividad contractual de la administración. Es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. La denominación "pliego de bases y condiciones" comprende, en principio, distintos instrumentos escritos que contienen normas jurídicas, ya sean de alcance general o particular, reguladoras del procedimiento de contratación en su preparación y posterior adjudicación. No obstante, el licitante puede encomendar la elaboración del pliego a un tercero, el que una vez efectuado lo discutirá con el órgano que tiene a su cargo la contratación.

El pliego de bases y condiciones de la licitación es la principal fuente de donde se derivan los derechos y las obligaciones de las partes intervinientes, y al cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación como después de la adjudicación, durante la ejecución del contrato.

El pliego de cláusulas particulares, que ha de ser aprobado por el órgano de contratación antes de iniciarse el procedimiento de contratación (artículo 74 del rg), es una de las más claras manifestaciones de las tradicionales prerrogativas que ostenta la administración en la contratación pública, que hacen de ésta una contratación especial, distinta de la contratación común entre particulares, pues una de las partes, la administración, tiene la facultad de establecer, a priori, las pautas que regirán el procedimiento de adjudicación, de obligada aceptación y cumplimiento por los terceros, aun indeterminados, que estén interesados en que se les adjudique el contrato.

La facultad del licitante para imponer unilateralmente, con efectos vinculantes, las cláusulas y las condiciones que regularán la preparación y la ejecución del contrato, resulta de la finalidad de la actividad de la administración y de las modalidades propias de su exteriorización. Lo anterior implica plena sujeción a la ley y adhesión a las cláusulas del pliego.

El artículo 31 de la lcasp lo define como el documento o conjunto de documentos escritos o electrónicos que, conforme el procedimiento establecido en dicha ley, recoge las condiciones jurídicas, económicas y técnicas a las que ha de ajustarse la licitación, la adjudicación y formalización del contrato y la ejecución del mismo; regulando la forma en que la entidad contratante determinará la mejor oferta al objeto licitado, las prestaciones, los términos y las condiciones del contrato que eventualmente sea adjudicado. El pliego de bases y condiciones de la licitación deberá ser elaborado y aprobado por el área de adquisiciones en coordinación con las áreas técnicas y solicitantes, debiendo contener toda la información necesaria para que el oferente pueda formular válidamente su oferta.

La inclusión de estipulaciones ilegales o prohibidas que contradigan el ordenamiento jurídico o que violen sus principios, autoriza a los oferentes a considerarlas inexistentes y a apartarse de ellas, siendo sus ofertas igualmente válidas.

La ilegalidad de las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones puede devenir de la violación de una norma expresa del ordenamiento jurídico o del ejercicio irregular de las facultades discrecionales que ejerce la administración al elaborar los pliegos.

El artículo 32 de la lcasp establece que el pliego de bases y condiciones de la licitación debe prepararse de modo que favorezca la competencia y la igualdad de participación de los potenciales oferentes; por lo anterior, los organismos o entidades licitantes no podrán imponer restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean técnicamente indispensables si con ello limitan indebidamente las posibilidades de concurrencia de eventuales participantes. La contravención a este precepto traerá como consecuencia la nulidad del procedimiento.

b) Fase esencial

En la fase anterior se debieron cumplir los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. El artículo 74 del rglcasp, a fin de garantizar lo anterior, establece que toda convocatoria de procedimiento de contratación deberá contar previamente con la aprobación de las bases que servirán para regular el respectivo proceso, así como de sus estudios previos, so pena de nulidad.

b. 1. Convocatoria a licitación

La licitación se inicia en el momento en que la administración pública manifiesta expresa y abiertamente su intención de encontrar a un particular, que pretenda junto con ella celebrar un contrato para la prestación de diversos servicios y en determinadas condiciones.

La convocatoria a la licitación pública es la invitación general e indeterminada que se formula a todos los posibles interesados en contratar con la administración pública.

El artículo 33 de la lcasp establece que el llamado a licitación lo hará el área de adquisiciones del organismo o entidad licitante, el cual deberá publicarse en el portal único de contratación o en los medios que para el efecto disponga el reglamento.

b.2. Aclaraciones y homologación del pliego de condiciones

El artículo 34 de la lcasp señala que en toda licitación el órgano o entidad licitante, por conducto del área de adquisiciones, tendrá la obligación de señalar lugar, hora y fecha límite para recibir y aclarar cualquier duda que tuvieren los pliegos de bases y condiciones.

En toda licitación pública, dentro de los cinco días hábiles del periodo de presentación de ofertas, habrá una reunión de homologación de la que se elaborará un acta en la que se deben incluir los acuerdos del caso. El acta se hará llegar a todos los oferentes a través de cualquier medio establecido en el pliego (artículo 34, lcasp).

En todo caso, en los procesos de licitación los oferentes podrán, en el primer tercio del plazo para presentar ofertas, formular objeción escrita ante el área de adquisiciones, cuando consideren que el pliego de bases y condiciones es contrario a los principios y las disposiciones del procedimiento aplicable, o cuando el pliego vulnere las normas en que debe fundarse (artículo 34, lcasp).

b.3. Corrección del pliego de bases y condiciones

El órgano o entidad licitante, por intermedio del área de adquisiciones y dentro de un plazo no mayor de tres días hábiles contados después de celebrada la reunión de la homologación, podrá efectuar modificaciones de oficio o a petición de cualquier proveedor participante, con el objeto de precisar o aclarar el pliego de bases y condiciones. Para tales efectos, el área de adquisiciones deberá elaborar un "acta motivada"y notificarla a los proveedores participantes a través de los medios establecidos en el pliego (artículo 35, lcasp).

La corrección podrá ser modificación simple o modificación sustancial. Será modificación simple aquella que no cambie el objeto de la contratación, ni constituya una variación fundamental en la concepción original de ésta. En este caso, se mantendrá el plazo original acordado de la fecha de la apertura. La corrección será modificación sustancial cuando se introduzca una alteración importante considerada trascendente o esencial en la concepción original del objeto de la contratación. El plazo de la apertura de ofertas deberá ampliarse hasta por 50% del plazo original establecido en el pliego de bases y condiciones (artículo 34, lcasp).

b.4. Presentación de las ofertas

La presentación de la propuesta no es un acto administrativo, ya que parte del administrado licitador, oferente o proponente, y está sujeta al cumplimiento de requisitos formales, cuya omisión puede determinar la ineficacia de la oferta, ya que ello autorizaría el rechazo de la propuesta al abrirse los sobres el día señalado al efecto, salvo que se tratare de irregularidades consideradas irrelevantes por el derecho vigente.

De acuerdo con el artículo 36 de la lcasp, las ofertas podrán presentarse por escrito o en forma electrónica, siempre que en este último caso se cumplan las condiciones que para el efecto establezca el reglamento con el propósito de asegurar la inalterabilidad de las mismas.

En cuanto al plazo que tendrá el oferente para presentar su oferta, el artículo 36 de la lcasp establece que no podrá ser menor de 30 días calendario, contados a partir de la convocatoria, salvo que el organismo adquirente resuelva ampliar el término indicado considerando la magnitud y la complejidad del proyecto. Las contrataciones cubiertas

por los acuerdos comerciales internacionales se regirán por las disposiciones acordadas en dichos instrumentos.

Las ofertas recibidas por el órgano o entidad licitante, una vez vencido el plazo para su presentación, se devolverán, sin abrir, a los oferentes que las hayan presentado.

En toda licitación podrán participar distintos oferentes en consorcio. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar ante el organismo o entidad licitante la existencia de un acuerdo de consorcio, en el cual se regulen, por lo menos, los términos de su relación con el organismo o entidad licitante. Los términos de la participación en el consorcio que se informen al órgano o entidad licitante, no podrán modificarse unilateralmente por ninguno de los oferentes. Para cualquier variación que se pretenda introducir en el acuerdo de consorcio, una vez que ha sido presentado al organismo o entidad licitante, será necesario contar con el previo consentimiento del mismo (artículo 37, lcasp).

Las partes del consorcio responderán solidariamente ante el organismo o entidad licitante por todas las consecuencias derivadas de su participación y de la participación del consorcio en el proceso de contratación o en la ejecución del contrato.

Un oferente que participe como parte de un consorcio en un proceso licitatorio no podrá participar en el mismo proceso individualmente o como parte de otro consorcio.

En la licitación pública no se requiere un número mínimo de licitadores. La existencia de sólo una propuesta no invalida ni afecta en modo alguno la legitimidad del procedimiento, salvo que el ordenamiento jurídico, por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes.

La licitación, debidamente publicada, podrá ser adjudicada cuando se presentare una única oferta. En tal caso, el comité de evaluación podrá recomendar la adjudicación de la licitación al oferente único, siempre y cuando, una vez evaluada, considere que esta oferta satisface los requisitos exigidos en el pliego de bases y condiciones, y que conviene a los intereses del órgano o entidad licitante (artículo 39, lcasp).

Las ofertas presentadas tendrán validez y estarán sujetas al plazo establecido por el órgano o entidad licitante en el pliego de bases y condiciones (artículo 40, lcasp).

Esta consideración implica que durante ese plazo los oferentes no pueden retirar su propuesta. Si lo hacen, perderán la garantía de seriedad que hubieren otorgado.

b.5. Apertura de las ofertas presentadas

En el lugar, día y hora determinados en los avisos para celebrar el acto, se procederá a abrir los sobres que contienen las propuestas. Estarán presentes los funcionarios designados por el organismo licitante y los proponentes que desearen presenciarlo.

La apertura de las ofertas es la etapa procedimental por la que se dan a conocer públicamente las ofertas que oportunamente se recibieron. Constituye un acto formal. Las leyes imponen que se levante un acta, en la cual se refleje todo lo acontecido durante su desarrollo.

Dicha acta constituye un requisito de validez de tal diligencia, ya que en dicho documento se deja asentado todo lo que ahí aconteció y en la que se incluyen las observaciones realizadas por los oferentes respecto de la irregularidad de tal acto.

El artículo 42 de la lcasp establece que las ofertas presentadas ante la entidad licitante serán abiertas en forma pública, presencial o electrónica, en las condiciones que para tal efecto determine el reglamento.

b.6. Modificación o retiro de las ofertas presentadas

Los oferentes podrán modificar o retirar sus ofertas antes de que venza el plazo límite para su presentación por los mismos medios por los que fue enviada. El retiro o modificación de la oferta posterior al plazo límite fijado para la presentación de la misma dará lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador establecido en la presente ley (artículo 41, lcasp).

b.7. Aclaración de ofertas

Durante la etapa de evaluación, el comité de evaluación, a través del área de adquisiciones, podrá solicitar a los oferentes, por escrito o en forma electrónica, aclaraciones de sus ofertas. Las aclaraciones deberán hacerse por escrito o en forma electrónica, en el plazo señalado, y no podrán alterar el contenido de la oferta original, ni violentar el principio de igualdad entre los oferentes. Las aclaraciones a que se refiere el presente artículo deberán ser presentadas por los oferentes en el plazo máximo de dos días hábiles a partir de la fecha de recepción de la solicitud de aclaración y darse a conocer al resto de oferentes (artículo 44, lcasp).

b.8. Descalificación del oferente

El comité de evaluación descalificará al oferente en los siguientes supuestos: 1) cuando el oferente no satisficiere los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera, establecidos en la presente ley y en el pliego de bases y condiciones; 2) cuando estuviere incurso en situaciones de prohibición para presentar ofertas o se encontrase sancionado de conformidad con la presente ley; 3) cuando el oferente faltare a la verdad en los documentos presentados o en los hechos declarados dentro del procedimiento de licitación, o se presenten evidentes inconsistencias entre los documentos entregados o las afirmaciones realizadas por el proponente y la realidad (artículo 45, lcasp).

b.9. Rechazo de las ofertas

El comité de evaluación rechazará las ofertas en los siguientes supuestos: 1) cuando la oferta no estuviese firmada por el oferente o su representante legal debidamente acreditado; 2) cuando el oferente presente oferta de diferentes entidades comerciales con un mismo producto sin estar autorizado en el pliego de bases y condiciones; 3) cuando el oferente presente más de una oferta, sin estar autorizado ello en el pliego de bases y condiciones; 4) cuando el oferente no presentare las garantías requeridas (artículo 46, lcasp).

El comité de evaluación también rechazará las ofertas en los siguientes supuestos: 1) cuando las ofertas no cumplan con los requisitos esenciales establecidos en el pliego de bases y condiciones; 2) cuando contenga un precio ruinoso o no remunerativo para el oferente, que dé lugar a presumir su incumplimiento en las obligaciones contractuales por insuficiencia de la retribución establecida, previa indagación con el oferente para averiguar si éste satisface las condiciones de participación y si será capaz de cumplir los términos del contrato; 3) cuando el oferente no presente las aclaraciones a su oferta en el plazo y en las condiciones reguladas por la ley (artículo 46, lcasp).

b.10. Elaboración del dictamen de recomendación

La adjudicación, etapa que concluye el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa contractual, por lo general no se realiza en el mismo acto en que se abren los sobres ni inmediatamente después, sino que, de modo previo, el órgano competente del ente licitante solicita el asesoramiento de oficinas y órganos consultivos que analizan las propuestas en orden a los requisitos jurídicos, técnicos y económico-financieros, exigidos por los pliegos de condiciones y demás normativa aplicable a la licitación.

La apertura y la admisión de la oferta están separadas de la adjudicación por una etapa de trámite interna, durante la cual el licitante estudia, coteja y finalmente elige la oferta ajustada a su requerimiento.

El comité de evaluación, utilizando los criterios contenidos en el pliego de bases y condiciones, recomendará la adjudicación total o parcial de la licitación al oferente u oferentes, que ajustándose a los requisitos del pliego de bases y condiciones, haya presentado la mejor oferta; asimismo, deberá recomendar el orden de prelación con que fueron seleccionadas, o sugerir la declaratoria de desierta, total o parcialmente, de la licitación en los supuestos que señala la ley (artículo 47, lcasp).

Para tales efectos, se elaborará un dictamen detallado del análisis y la comparación de todas las ofertas, exponiendo las razones precisas en que fundamenta su recomendación.

c) Fase integrativa

La adjudicación tiene lugar una vez concluida la etapa de valoración de las propuestas.

Constituye el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente, y de manera simultánea se la acepta, individualizando la persona del contratista. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación.

c.1. Resolución de adjudicación

La adjudicación constituye un acto de la administración pública que contiene la decisión unilateral del órgano convocante, que determina cuál es la propuesta más ventajosa y, en consecuencia, la declara aceptada.

La máxima autoridad administrativa de la entidad u organismo licitante deberá dictar una resolución motivada para adjudicar total o parcialmente la licitación, declararla desierta o cancelarla de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley (artículo 48, lcasp).

Una vez emitida la resolución, será notificada a los oferentes. En caso de que éstos no recurran contra ella en el plazo establecido, será firme y se publicará.

c.2. Readjudicación

La readjudicación podrá realizarse al oferente que hubiere sido calificado en el orden de prelación cuando el adjudicado original haya sido notificado para firmar el contrato y no lo hiciere en el plazo fijado en la notificación por la entidad licitante o no presentare la documentación necesaria para la formalización del contrato (artículo 49, lcasp).

Asimismo, cuando por cualquier razón termine anticipadamente el contrato sin haberlo ejecutado en más de 30%, la entidad podrá optar por adjudicar el contrato al siguien-

te oferente de la prelación, en cuyo caso se ajustará proporcionalmente el valor de su oferta (artículo 49, lcasp).

c.3. Declaración de licitación desierta

El artículo 50 de la lcasp establece las situaciones en que la máxima autoridad administrativa del organismo o entidad licitante, mediante resolución motivada, deberá declarar desierta la licitación:

1) Cuando no se presentare oferta alguna.
2) Cuando se rechazaren todas las ofertas, fundamentando en tal supuesto las razones técnicas y económicas con base en el incumplimiento del pliego de bases y condiciones.
3) Cuando en el proceso de evaluación se comprueben errores sustanciales respecto a las especificaciones contempladas en el pliego de bases y condiciones.
4) Cuando no esté de acuerdo con el dictamen del comité de evaluación, fundamentando su desacuerdo en razones de interés público.

Cuando se declare desierta una licitación, se podrá iniciar nuevamente el proceso con una reducción de 50% en los plazos, previa revisión del pliego de bases y condiciones que sirvió de base a la licitación, incluidos los ajustes que sean necesario, sin que se altere el objeto a contratar.

La resolución que tenga por desierta un proceso de contratación, no hará incurrir en responsabilidad contractual o precontractual alguna al órgano o entidad licitante.

c.4. Suspensión o cancelación del procedimiento de licitación

El licitante tiene la posibilidad de desistir del procedimiento antes de la perfección del contrato, aunque ya se hayan evaluado las ofertas.

Así, el artículo 51 de la lcasp establece que si durante el desarrollo del procedimiento de contratación administrativa se suscitan situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que impidan el normal desarrollo del procedimiento cuya solución pueda ser superada dentro de un plazo prudencial que no sea superior a 30 días calendario y que no afecte el monto y el objeto de la contratación, la entidad contratante podrá, mediante resolución motivada, suspender el proceso de contratación administrativa, indicando expresamente el plazo de suspensión y las razones que lo motivan, pudiendo reiniciar el procedimiento de la contratación.

Si las circunstancias acontecidas por cualquiera de estas causas no pueden ser resueltas con la prontitud requerida dada la naturaleza de la contratación, la entidad deberá cancelar la misma, motivando mediante resolución administrativa tal circunstancia. En ambos casos, no implica responsabilidad alguna para la entidad u organismo contratante.

Esta resolución deberá ser notificada a los oferentes y publicarse en el portal único de contratación del órgano rector.

c.5. Formalización y liquidación del contrato

Es importante determinar el momento en el cual se perfecciona y entra en vigencia el contrato de la administración, que dependerá del modo en que se lleve a cabo dicho

perfeccionamiento. El mismo se sujeta al derecho positivo, pues existen disposiciones específicas para algunos supuestos.

Nuestro derecho positivo establece en el rglcasp que "la relación contractual se perfecciona con la firma del contrato en su caso y la recepción de orden de compra o de servicio por el proveedor adjudicatario" (artículo 219).

La formalización de un contrato administrativo no requerirá escritura pública, salvo cuando lo requiera el derecho común. Los contratos administrativos derivados de un proceso ordinario de contratación tendrán el carácter de documentos públicos con fuerza ejecutiva (artículo 70, lcasp).

Está facultada para suscribir los contratos que se deriven de la aplicación de la presente ley, la máxima autoridad administrativa de la entidad u organismo contratante o la persona que ésta designe especialmente mediante resolución administrativa (artículo 70, lcasp).

En los procesos de licitación y concurso, una vez que se encuentre firme la resolución de adjudicación, el organismo o entidad contratante deberá proceder a formalizar el contrato con el adjudicatario, de acuerdo con el modelo incluido en las bases de contratación y las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. En las contrataciones simplificadas quedará a elección de la entidad contratante (artículo 70, lcasp).

Todo contrato administrativo de tracto sucesivo deberá liquidarse dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. De no ser posible la liquidación de mutuo acuerdo, con posterioridad al periodo mencionado la entidad podrá liquidar unilateralmente, previa observancia del debido proceso (artículo 70, lcasp).

XI. Bienes públicos en Nicaragua

La Constitución Política de Nicaragua presenta un profundo vacío jurídico en lo que respecta a los bienes públicos, ya que no define como, por ejemplo, la española,324 cuáles son los bienes de dominio público.

En Nicaragua, el artículo 99 de la Constitución Política es la única disposición que hace referencia a bienes privados y públicos del Estado. Hay que destacar que tal referencia es muy superficial ya que únicamente hace mención de los mismos sin determinar por lo menos cuáles son éstos y sin presentar mayores argumentaciones al respecto.

Este artículo dice literalmente:

> El Estado es responsable de promover el desarrollo integral del país, y como gestor del bien común deberá garantizar los intereses y las necesidades particulares, sociales, sectoriales y regionales de la nación. Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta, para garantizar la democracia económica y social.

En estas circunstancias, si los bienes del Estado no son definidos claramente en la Constitución, pueden ser objeto de abuso y de arbitrariedades. De ese modo, se tendría que recurrir al ordenamiento jurídico existente, que no se oponga a la Constitución, que se subordine a ella y que esté relacionado con la materia.

La Constitución actual tampoco contiene disposiciones claras sobre los bienes públicos del Estado. Sólo se limita a hacer mención de ellos como bienes que gozan de protección del Estado, sin especificar cuáles son. Y las pocas leyes ordinarias (véase el anexo), tampoco precisan cuáles son los bienes públicos del Estado.

1. Distinción entre dominio público y dominio privado

La división de los bienes de las colectividades públicas en bienes de dominio público y bienes de dominio privado, y la diversidad de régimen jurídico, se generaliza en los sistemas jurídicos de origen francés, como el nuestro. Los bienes de dominio público ostentan un régimen público más intenso que se superpone al régimen básico de los simples bienes patrimoniales.

La contraposición entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado es desconocida en el Antiguo Régimen, donde se distingue entre elementos materiales e inmateriales. La Revolución francesa transformó los bienes de la Corona en nacionales, salvo los incorporales, privándolos de su anterior régimen de protección al derogar las reglas sobre inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Posteriormente surge la distinción entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado, por la necesidad de recuperar el sistema de protección jurídica especial para determinados bienes, recuperando las reglas de la inalienabilidad y de la imprescriptibilidad.

La distinción se basa en el Código Civil, que hace una vaga alusión al dominio público en su artículo 538. Los bienes de dominio público, como consagrados al servicio general y al uso de todos, son inalienables e imprescriptibles. Pronto se plantea la necesidad de proteger también los bienes que, no estando afectados al uso público, sí lo están al uso general, y además se argumenta que los bienes de dominio público también son susceptibles de propiedad privada (por ejemplo, caminos o carreteras en fincas particulares).

Con lo anterior se aplican nuevos criterios para la definición del dominio público, un poco más amplios y dominados por el principio fundamental de la afectación.

La jurisprudencia francesa (Consejo de Estado y Tribunal de Conflictos) termina por definir el dominio público en función de la exigencia del requisito de afectación del bien a un uso o servicio público, y que el bien ostente una especial adaptación al fin del uso o servicio. Ambos requisitos se recogen en la definición adoptada por la Comisión de Reforma del Código Civil, que define el dominio público como el conjunto de bienes de las colectividades y los establecimientos públicos que estén, bien a la disposición directa del usuario público, o bien afectados a un servicio público, siempre y cuando en este caso estén adaptados exclusiva o esencialmente al fin propio de estos servicios.

Estos preceptos se recogen de manera literal o de manera restringida en las legislaciones italiana, portuguesa y en algunos países de América Latina.

En nuestro país, el artículo 611 del Código Civil hace mención de los bienes públicos del Estado, lo que podría interpretarse como una clasificación de los mismos: “Son públicas las cosas naturales o artificiales, apropiadas o producidas por el Estado o corporaciones públicas, y mantenidas bajo su administración, de las cuales es lícito a todos, individual o colectivamente, utilizarse, con las restricciones impuestas por la ley o por los reglamentos administrativos”. Pertenecen a esta categoría:

- Caminos, puentes y viaductos construidos y conservados a expensas de la administración general o municipal.
- Aguas saladas de costas, marismas, ensenadas, bahías, ríos y lechos de los mismos.
- Lagos, lagunas, canales y corrientes de agua dulce navegables o flotables con sus respectivos lechos o álveos, y las fuentes públicas.

Entre los bienes de la administración existen los que pertenecen a una categoría especial, que son destinados a utilidad pública en beneficio de la colectividad, siendo específicamente el fin social al que están destinados.

En el sentido antes expuesto, es muy importante señalar que dentro de esta categoría especial de bienes se encuentran las aguas porque forman parte del patrimonio del Estado, el cual es el principal órgano gestor de una protección jurídica especial.

La legislación y la jurisprudencia establecen reglas que determinan que los bienes de dominio público no son susceptibles de propiedad privada, y que determinan el establecimiento de los principios de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad.

A) Imprescriptibilidad

La imprescriptibilidad supone que los bienes de dominio público no pierden su condición, ni la administración su titularidad, cualquiera que sea el tiempo de posesión por los particulares.

La regla de la imprescriptibilidad está incluida en la Ley de Municipios, en su artículo 43, que establece de manera clara que los bienes públicos municipales son imprescriptibles y no están sujetos a tribuno alguno.

Históricamente se admitía la excepción de la prescripción inmemorial, que operaba por el transcurso de un periodo de tiempo extraordinario (100 años). Esta regla sigue siendo aceptada en el derecho italiano.

Por la regla de la imprescriptibilidad tampoco pueden adquirirse por prescripción servidumbres sobre los mismos derechos, ni sobre cualesquiera otros derechos de aprovechamiento.

Otro efecto importante de la imprescriptibilidad es la imprescriptibilidad de la propia acción para exigir de los particulares la reparación o la indemnización de los daños ocasionados.

B) Inalienabilidad e inembargabilidad

Con la Revolución francesa se irá afirmando como una simple necesidad de defensa de los bienes afectados a una utilidad pública.

La regla de la inalienabilidad se superpone a las prohibiciones o limitaciones competenciales, encontrando su fundamento en el carácter extracomercial del demanio, del que no se puede disponer mientras esté afecto a una utilidad pública.

Análogo fundamento encuentran los principios de inembargabilidad y prohibición de dar los bienes demaniales en garantía hipotecaria, pues podrían originar, en caso de incumplimiento de obligaciones determinadas, la venta forzosa de los bienes.

La inalienabilidad y la inembargabilidad operan sólo frente a la privatización del dominio público, no impidiendo la transmisibilidad o sucesión en la titularidad del dominio público entre entes públicos, ni la posibilidad, cuando legalmente se prevea, de establecer derechos administrativos reales, concesiones sobre el dominio público.

En el caso de que se vulnere la inalienabilidad transmitiendo los bienes a particulares con arreglo al derecho civil, se produce la nulidad absoluta o de pleno derecho.

En el caso de disposición de bienes de dominio privado de la administración, con infracción de las reglas sobre prohibición de ventas, procedimientos o distribución de competencias entre los diversos órganos de la administración, se produce la simple anulabilidad.

C) Definición de bienes de dominio público en la Ley de Zona Costera

La Ley para el Desarrollo de la Zona Costera implicaba un notable avance conceptual, al definir claramente en su artículo 5, "Definiciones generales", que

> son bienes de dominio público aquellos bienes propiedad del Estado destinados al uso y servicio de toda la población, y cuyo aprovechamiento y disfrute de manera lícita puede hacerse de manera individual o colectiva, en estricto apego a las regulaciones establecidas en las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas. Estos bienes están sometidos a un régimen jurídico especial cuya administración le corresponde al Estado.Tienen las siguientes características: no enajenables, inembargables e imprescriptibles, y no están sujetos a tributo alguno.

Al establecer la ley de Costa Rica una definición de lo que son los bienes de dominio público, sin duda alguna es un avance significativo en la conceptualización, pero aún más es un progreso importantísimo en el ordenamiento del Estado de Nicaragua.

XII. Empleo público

En la Constitución de 1939, en su artículo 321, aparece por primera vez el mandato constitucional de "crear un servicio civil organizado con los funcionarios que no tengan carácter político".

También la Constitución de 1950, en su artículo 299, estipulaba la creación de un "servicio civil organizado con los servidores públicos que no tengan carácter político".Y, asimismo, la Constitución de 1974 recogía ese mismo artículo. Por su parte, la vigente Constitución de 1987 establece de manera clara la creación de un régimen de servicio civil y de carrera administrativa (artículo 131).

A finales de 2003 se aprobó la Ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa.[327] Esta ley tiene por objeto regular el régimen del servicio civil y de carrera administrativa para garantizar la eficiencia de la administración pública y los derechos y deberes de los servi-

327 *La Gaceta*, núm. 235, 11 de diciembre 2003.

dores públicos. Asimismo, establece el principio de estabilidad sobre el mérito, la capacidad, la especialización y el profesionalismo, para que el servidor público sea de carrera.

El artículo 7 establece las categorías de los servidores públicos:

1) Funcionarios públicos. Todas las personas naturales que dirigen la función pública por nombramiento, para desarrollar carrera o por contratación temporal, que ocupan puestos de nivel de jerarquía correspondiente al servicio directivo. Los denominados funcionarios públicos, electos directa o indirectamente, no forman parte del servicio civil.
2) Empleados públicos. Todas las personas naturales que ejecutan y operativizan la función pública en virtud de una contratación indeterminada para desarrollar carrera o por contratación temporal.

1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del servicio civil comprende a los funcionarios y a los empleados públicos al servicio de los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, y de entes autónomos y gubernamentales, municipios y órganos de las regiones autónomas de la Costa Atlántica.

Se exceptúan del ámbito de aplicación del servicio civil, los que laboran y prestan servicios en empresas públicas estatales, universidades y centros de educación técnica superior, ejército y funcionarios públicos principales: elegidos directa o indirectamente en los poderes del Estado, en las entidades autónomas y en los gobiernos municipales y regionales.

2. Órganos del servicio civil

Los órganos del servicio civil son los siguientes:

1) Comisión de Apelación del Servicio Civil.

2) Comisión Nacional del Servicio Civil.

3) Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4) Instancias de Recursos Humanos.

Analizaremos los dos primeros. De acuerdo con el artículo 16, la Comisión de Apelación del Servicio Civil es un órgano de segunda instancia encargado de conocer y resolver sobre los recursos administrativos presentados contra las resoluciones emitidas por las instituciones, dentro del ámbito de la ley.

Este órganos está integrado por tres miembros electos por la Asamblea Nacional, de ternas propuestas para cada cargo por el presidente de la República y por los diputados de la Asamblea Nacional, en consulta con universidades, organizaciones sindicales del sector público y asociaciones de abogados, los cuales son seleccionados con el voto favorable de la mitad más uno del total de los diputados que integran la Asamblea Nacional. El periodo de funciones de los miembros de esta comisión es de cuatro años, contados a partir de su toma de posesión ante la Asamblea Nacional.

Entre las atribuciones de dicha comisión, de acuerdo con el artículo 17, se encuentran: conocer y resolver en segunda instancia recursos de apelación interpuestos por los servidores públicos en despidos, en contravención a los derechos establecidos en la Constitución Política, en la Ley de Carrera Civil y Carrera Administrativa, en el Código del Trabajo y en la Convención Colectiva, si corresponde.

La Comisión de Apelación del Servicio Civil goza de autonomía administrativa y financiera. Sus gastos de funcionamiento están incluidos.

Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil está adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como un órgano colegiado de carácter consultivo, cuya principal función es asesorar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las políticas y normas en materia de servicio civil.

La Comisión Nacional del Servicio Civil está integrada por: a) un delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien la prese; b) un delegado de la Asamblea Nacional; c) un delegado de la Corte Suprema de Justicia; d) un delegado del Consejo Supremo Electoral; e) un delegado de la Asociación de Municipios, nombrado por amunic; f) un delegado de cada una de las regiones autónomas, nombrado de su seno, y g) dos delegados de las organizaciones sindicales del sector público designados por ellos mismos.

En caso de producirse empate en las sesiones al momento de la votación, el presidente tendrá doble voto. Su funcionamiento se establecerá en el reglamento de la presente ley.

Las atribuciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil son las siguientes: a) monitorear y evaluar la aplicación de la Ley del Servicio Civil y de Carrera Administrativa y su reglamento; b) proponer medidas para cumplir con lo establecido en la presente ley, su reglamento y normas de desarrollo; c) proponer a las instancias correspondientes políticas y normas en materia de servicio civil; d) solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el análisis y la emisión de informes sobre los proyectos normativos y reglamentarios en materia de servicio civil, previamente a la presentación a la autoridad competente para su aprobación; e) invitar a funcionarios o empleados y/o asociaciones de funcionarios o empleados de la administración del Estado y/o representantes de sectores de interés del servicio civil para realizar procesos de consulta.

La Ley de Carrera Civil y de Carrera Administrativa, en su capítulo ii, artículo 22, establece la creación de un sistema de puestos, como un instrumento organizativo básico y de aplicación obligatoria para las instituciones de la administración del Estado, el cual servirá de base para la definición y la aplicación de los sistemas de gestión de recursos humanos.

El sistema de clasificación está integrado por tres grandes procesos:

1) Análisis y descripción de puestos.

2) Análisis y valoración de puestos.

3) Clasificación de puestos.

Por último, el capítulo iii de la misma ley está dedicado a los derechos, deberes y regímenes disciplinarios de los funcionarios y los empleados.

El derecho administrativo en Costa Rica

Ernesto Jinesta L.[1]

I. Fundamentos constitucionales del derecho administrativo

No cabe la menor duda de que actualmente se vive, intensamente, el fenómeno de la "constitucionalización del derecho", habida cuenta de la eficacia directa e inmediata del derecho de la Constitución y de la extensión cuantitativa y cualitativa de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales; tanto que, prácticamente, no existe ámbito del universo jurídico que no haya sido objeto de pronunciamiento por parte de éstos. Esta tendencia impone la necesidad ineludible de considerar los valores, los principios, los preceptos de carácter constitucional y, desde luego, el prolijo bagaje jurisprudencial que haya vertido el Tribunal Constitucional al momento de formular cualquier construcción dogmática de la ciencia del derecho o de realizar cualquier conducta con sustento en el ordenamiento jurídico-positivo, por parte de cualquier operador —llámese científico o jurista, legislador, administrador, juez, abogado en el ejercicio liberal, etcétera—. Ese imperativo resulta más pronunciado tratándose del derecho administrativo, que fue concebido por Werner como un "derecho constitucional concretizado" o, simplemente, si se reflexiona en la celebérrima frase de Hauriou, en el sentido de que "las grandes cabezas de capítulo del derecho administrativo se encuentran en el derecho constitucional".

El influjo del "derecho de la Constitución" —como se le ha llamado en Costa Rica al bloque o parámetro de constitucionalidad— y, en particular, de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, sobre el derecho administrativo, ha sido esencial en el desarrollo legislativo de los institutos más novedosos de esa disciplina jurídica, así como en su interpretación y aplicación. De hecho, tanto la parte dogmática como orgánica de la Constitución de 1949, a partir de las diversas sentencias emitidas por la Sala Cons-

1 Catedrático de derecho administrativo por la Universidad Escuela Libre de Derecho (ueld); director y profesor del programa de doctorado en derecho administrativo por la ueld; presidente de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo; vicepresidente —en Costa Rica— de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; asesor y miembro del Comité de Expertos en Derecho Administrativo del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer; académico de número y secretario de la Academia Costarricense de Derecho; vicepresidente de la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia; doctor en derecho administrativo por la Universidad Complutense de Madrid y especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Además, es magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

titucional desde su creación en 1989, contienen normas fundamentales que son la guía tanto de la organización administrativa como de las múltiples formas de manifestación de la función administrativa (actividad formal, actuaciones materiales y omisiones), la responsabilidad administrativa, el procedimiento administrativo, la contratación administrativa, el dominio público, el servicio público, la función pública y la jurisdicción contencioso-administrativa.

Más adelante veremos los diversos principios constitucionales y los derechos de los administrados que la Sala Constitucional ha ido acuñando a través de su labor progresista o activista. De manera que en el derecho administrativo costarricense puede hablarse de un antes y un después a la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en 1989.[2] La amplitud del control de constitucionalidad y del recurso de amparo en Costa Rica ha permitido a la Sala Constitucional incursionar en los diversos ámbitos del derecho administrativo, por lo que, prácticamente, no existe un resquicio de éste que no haya sido abordado por el Tribunal Constitucional que, en los últimos años, dicta, en promedio, 20 000 sentencias anuales. Este abundante y excesivo edificio jurisprudencial no deja de representar un problema para los operadores jurídicos que deben darle seguimiento continuo y permanente a las novedosas tendencias jurisprudenciales, cosa que no siempre hacen y que provoca, por descuido, malentendidos o desconocimiento.

A lo largo de este estudio iremos exponiendo y desarrollando los diversos preceptos, valores, principios y jurisprudencia constitucional que le brindan sustento a las instituciones del derecho administrativo.

2 Esta sala especializada de la Corte Suprema de Justicia fue creada por la reforma constitucional parcial de los artículos 10 y 48 de la Constitución, mediante la Ley 7128 del 18 de agosto de 1989, e implementada por la Ley de la Jurisdicción Constitucional 7135 del 11 de octubre de 1989. Dentro del modelo de justicia constitucional iberoamericano de encargar el control de constitucionalidad a una sala de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Constitucional tiene por objeto no sólo velar por la supremacía de la Constitución (jurisdicción orgánica) a través de un control concentrado de constitucionalidad muy vasto que incluye el control a priori a través de consultas legislativas de constitucionalidad —facultativas y preceptivas— y el control *a posteriori* a través de la acción de inconstitucionalidad por legitimación directa, por intereses colectivos (corporativos y difusos) y por legitimación institucional —otorgada a ciertos órganos—, y la consulta judicial de constitucionalidad —facultativa cuando el órgano jurisdiccional tenga dudas fundadas acerca de la constitucionalidad de la norma o disposición que debe aplicar y preceptiva en tratándose del recurso de revisión por violación al debido proceso en materia penal—. También debe conocer de los recursos de habeas corpus —para la protección de la libertad personal y de movimiento— y del amparo (jurisdicción de la libertad) diseñado como proceso para la protección del resto de los derechos humanos —contemplados en los instrumentos del derecho internacional— y fundamentales, el que fue diseñado de manera excesivamente abierta, por cuanto no es residual sino principal, ya que puede interponerse un amparo sin haberse discutido la cuestión en sede administrativa o judicial o estando pendiente ante tales instancias; la ley prevé una legitimación vicaria —cualquier persona puede interponer un amparo por otro— y jurisprudencialmente se ha admitido la legitimación por intereses colectivos, rige el principio de la gratuidad y no se precisa de patrocinio letrado para interponerlo —defensa técnica—. V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional", en 20 años de justicia constitucional, 1989-2009, San José, uned, 2009, pp. 231-244.

II. Fuentes del derecho administrativo[3]

1. Fuentes escritas

Se encuentran establecidas, en forma descendente, por razón de su jerarquía, en el artículo 6° de la Ley General de la Administración Pública (lgap).

A) Constitución Política

La Constitución Política es una norma escrita que tiene un valor supremo —principio de supremacía constitucional—, razón por la que vincula fuertemente los poderes públicos, obviamente, más que una simple ley ordinaria, y de eficacia directa e inmediata —por lo que no requiere ser desarrollada por el legislador ordinario para que produzca efectos—. En consecuencia, cualquier manifestación de la función administrativa —actividad formal o actuación material— debe conformarse al bloque o parámetro de constitucionalidad (preceptos, valores y principios constitucionales). En ese sentido, el artículo 10 de nuestra Constitución Política estipula que le corresponde a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las normas y actos sujetos al derecho público. Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 8, inciso 1°, impone a los jueces —incluidos los contencioso-administrativos— el deber de no aplicar leyes, normas o actos de cualquier naturaleza contrarios a la Constitución Política, interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o a la jurisprudencia de la Sala Constitucional. En caso de duda acerca de la constitucionalidad de una norma o acto, el juez debe formular la consulta facultativa de constitucionalidad regulada en la Ley de la Jurisdicción Constitucional.[4] Entre las funciones elementales de todo texto fundamental, que atañen al derecho administrativo, se encuentra la de establecer los controles al ejercicio del poder, consagrar los derechos fundamentales de los administrados frente a las administraciones públicas y las garantías formales para hacerlos efectivos (tutela judicial efectiva acudiendo a la jurisdicción ordinaria de legalidad o de constitucionalidad), y definirla organización y las competencias de cada uno de los entes —por lo menos de los fundamentales— que conforman la administración pública. Desde ese punto de vista, el texto constitucional constituye fuente permanente del derecho administrativo.

B) Tratados internacionales y normas de la comunidad centroamericana

A tenor del artículo 7° de la Constitución Política, los tratados públicos y los convenios internacionales, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen, desde su promulgación o desde la fecha que ellos designen, rango supralegal, esto es, superior a las leyes y, lógicamente, inferior a la Constitución Política.

Existe una serie de tratados y convenios de gran relevancia para el derecho administrativo interno. Así, podemos citar, para el ámbito registral, por ejemplo, en materia de propiedad industrial, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

3 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de derecho administrativo, tomo i*, Parte general, 2ª ed., San José, iusconsultec/Editorial Jurídica Continental, 2009, pp. 247-306.

4 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, tomo i, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 227-242.

del 20 de marzo de 1883 y sus enmiendas (aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley 7484 del 28 de marzo de 1995) o el Convenio Constitutivo del Arreglo de Lisboa, relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional del 31 de octubre de 1958 y sus enmiendas (aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley 7634 del 3 de octubre de 1996).

De igual forma, existe una serie de normas dictadas en el proceso de integración de la Comunidad Centroamericana que cumplen un papel fundamental como fuente del derecho administrativo interno. Así, tenemos, en materia aduanera (tributos, infracciones y sanciones, prendas, recursos, agentes de aduana, etcétera), el Código Aduanero Uniforme Centroamericano (cauca iii), el cual fue aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley 8360 del 24 de junio de 2003.

En materia de propiedad industrial, tuvimos hasta hace poco el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad industrial (marcas de fábrica, comercio y servicios, nombres comerciales, expresiones o señales de propaganda, etcétera) suscrito el 1° de junio de 1968 y aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley 4543 del 18 de marzo de 1970 (actualmente derogado por la Ley 7982 del 14 de enero de 2000).

Es menester indicar que el artículo 48 de la Constitución establece que a través del amparo y del habeas corpus se protegen, también, los derechos contemplados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, siendo que la Sala Constitucional ha indicado que tales convenios pueden, incluso, tener un rango superior a la Constitución cuando ofrecen un mayor grado de tutela.

C) Ley

La ley es el acto normativo dictado por la Asamblea Legislativa en el ejercicio de la función legislativa, mediante la observancia de un procedimiento predeterminado, que requiere la sanción por parte del Poder Ejecutivo y su publicación. Íntimamente ligado a la noción de ley se encuentra el concepto de fuerza de ley, que se refiere a la capacidad de la misma de prevalecer sobre cualquier otro acto del ordenamiento jurídico —salvo la Constitución— y de resistir una derogación o una modificación, si no es por otra ley (artículo 129, párrafo in fine, de la Constitución Política, que señala que "la ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior…").

Podemos identificar cuatro grandes ámbitos donde rige con esplendor la reserva de ley, por lo que sólo por vía de ley se pueden regular las siguientes materias: a) crear los delitos y las penas —tipicidad penal—, artículo 39 de la Constitución Política; b) crear los tributos —impuestos, tasas y contribuciones—, artículos 121, inciso 13, de la Constitución Política, y 5, inciso a, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; c) regular la libertad o los derechos fundamentales de los administrados —artículos 28 de la Constitución Política y 19 de la Ley General de la Administración Pública—, y d) suprimir o limitar el derecho de propiedad —artículo 45 de la Constitución Política—.

D) Actos con valor de ley

Los actos con valor de ley son aquellas normas dictadas por el Poder Ejecutivo en supuestos especiales y que tienen el régimen jurídico formal de una ley (potencia, resistencia y régimen de impugnación). En virtud de lo anterior, pueden derogar y reformar leyes anteriores, ser derogados o modificados, únicamente, por una ley posterior, y atacados por razones de inconstitucionalidad.

En Costa Rica podemos efectuar una clasificación tripartita de los actos con valor de ley. Veamos.

a) Decretos de facto

Son los dictados por un gobierno de facto, esto es, el que se da cuando desaparece el gobierno de derecho o constitucional, o por disolución de los supremos poderes, lo que puede acontecer por guerra civil, revolución, golpe de Estado, cuartelazo, etcétera. Para su validez se requiere la disolución del gobierno constitucional anterior y que el gobierno de facto ejerza el poder de forma pública, pacífica y regularmente, sin que sea desconocido o adversado por una fuerza opuesta. En Costa Rica tenemos la hipótesis de los decretos-leyes dictados después de la revolución de 1948 por la Junta Fundadora de la Segunda República.

b) Decretos de urgencia

Los decretos de urgencia son dictados por el Poder Ejecutivo, ante una situación coyuntural de urgencia o necesidad. En ellos, ese órgano del Estado declara el estado de emergencia y de ese modo consigue la dispensa de la aplicación del ordenamiento jurídico vigente para darle entrada a uno provisional adecuado a las circunstancias, en tanto éstas perduren y existan.

En nuestro ordenamiento jurídico, con fundamento en el artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución Política, se puede hablar de estados de necesidad y de urgencia cuando concurre alguno de los conceptos jurídicos indeterminados señalados en ese numeral: "casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública".

En el ordenamiento jurídico costarricense existen diversos supuestos de urgente necesidad. Veamos.

b.1. Estado de sitio

En tal estado, producto de una declaración del Poder Ejecutivo, aumentan los poderes de policía de la administración pública (vigilancia, intervención y coacción). El artículo 140, inciso 4, de la Constitución, estatuye que es atribución del Poder Ejecutivo, "en caso de evidente necesidad pública", durante los recesos de la Asamblea Legislativa, decretar la suspensión de los derechos y las garantías previstos en el artículo 121, inciso 7, para tomar las medidas necesarias a fin de salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado. Tal suspensión supone una convocatoria automática a la Asamblea Legislativa a sesiones para que confirme o apruebe la medida, y no puede exceder de 30 días.

b.2. Estado de defensa nacional

La declaratoria del Estado de defensa nacional la hace el Consejo de Gobierno, previa autorización legislativa (artículos 121, inciso 6, y 147, inciso 1, de la Constitución Política) cuando media una agresión exterior y habilita al Poder Ejecutivo para ordenar el reclutamiento militar, organizar un ejército y negociar la paz.

c) Decretos de urgencia atípicos

Son aquellos que se dictan para hipótesis imprevistas y no reguladas constitucional y legalmente. El fundamento de estos decretos de urgencia lo encontramos en el principio general de la necesidad que sustituye al de legalidad.

La Ley Nacional de Emergencia, la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Contratación Administrativa prevén el control jurisdiccional de constitucionalidad (por violación del bloque o parámetro de constitucionalidad) y de legalidad ordinaria (para fiscalizar la existencia del motivo —estado de peligro o daño generalizado—, el respeto de los principios de proporcionalidad y racionalidad entre motivo, contenido y fin del decreto de urgencia, y de los límites de la discrecionalidad) de esos actos con valor de ley.

E) Reglamento

a) Titularidad potestad reglamentaria

Sólo los órganos autorizados de forma expresa o razonablemente implícita por la Constitución Política, están dotados de la potestad reglamentaria. La del Poder Ejecutivo deriva del artículo 140, incisos 3° y 18, de la Constitución Política; la de la Asamblea Legislativa está consagrada en el artículo 121, inciso 22, de la Constitución Política. En lo atinente al Poder Judicial y al Tribunal Supremo de Elecciones, su potestad reglamentaria deriva del principio de separación de funciones. Esa potestad reglamentaria abarca su régimen interno y su actividad administrativa externa.

La potestad de los poderes del Estado para dictar reglamentos encuentra fundamento, igualmente, en el artículo 6°, inciso d, de la lgap, puesto que, al determinar los escalones que integran la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, enuncia en cuarto lugar "los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia…"

El inciso e del numeral citado se refiere, en quinto lugar, a los "reglamentos de los entes descentralizados…"

El párrafo 2° del artículo 6° de la Constitución hace referencia explícita a los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y de los entes públicos menores descentralizados.

b) Procedimiento de elaboración

El procedimiento de elaboración de los reglamentos es, en tesis de principio, el mismo sancionado para dictar los actos administrativos, dado que el legislador del 78 dispuso, meridianamente, en el artículo 6, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública, que "en lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos". No obstante, los artículos 361 a 363 de la Ley General de la Administración Pública consagran un procedimiento especial: "De elaboración de las disposiciones de carácter general". Por lo tanto, cuando una disposición general pueda afectar a entidades descentralizadas o representativas de intereses de carácter general o corporativo, se les debe conceder audiencia sobre el proyecto de reglamento para que expongan su parecer. Se prevé, también, la posibilidad de someter a información pública, durante el plazo señalado, "cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje…" (artículo 361.3, lgap). De igual forma, el reglamento debe consignar expresamente las disposiciones anteriores que quedan total o parcialmente reformadas o derogadas (artículo 362, lgap). Finalmente, el artículo 363 de la lgap establece una norma específica para las disposi-

ciones que deben aprobarse por el Consejo de Gobierno (remitir el proyecto con ocho días de antelación a los demás ministros convocados para que formulen observaciones).

Otras leyes sectoriales establecen requisitos específicos para la aprobación de ciertos reglamentos. Así, la Ley de Planificación Urbana (Ley 4240 del 15 de noviembre de 1968 y sus reformas) establece que los planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (reglamentos de zonificación, de fraccionamiento y urbanización, de construcciones), que son competencia de las municipalidades —más concretamente de los concejos municipales— elaborarlos, aprobarlos y promulgarlos (artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana), deben ser sometidos previamente a la convocatoria de una audiencia pública para que todos los munícipes —vecinos del cantón— formulen las objeciones y observaciones escritas o verbales a los proyectos (artículos 17, párrafo 1°, inciso 1°, y 23, de la Ley de Planificación Urbana). Igual formalidad debe observarse cuando se trata de modificar, suspender, derogar —total o parcialmente— el plan o cualquiera de sus reglamentos anexos (artículo 17.2 de la misma ley).

c) Materia reglamentaria

Por vía de reglamento no pueden regularse las materias reservadas a la ley (por ejemplo, el régimen de los derechos fundamentales —artículos 28 de la Constitución Política y 19 de la Ley General de la Administración Pública—; el establecimiento, la modificación y la extinción de tributos —artículos 121, inciso 13, de la Constitución Política, y 124 de la Ley General de la Administración Pública—; la creación de delitos y penas —artículo 39 de la Constitución Política—; las limitaciones a la propiedad privada por razones de interés social —artículo 45 de la Constitución Política—; la creación de órganos para el servicio nacional —artículo 121, inciso 20, de la Constitución Política—; la conformación de nuevos monopolios a favor del Estado o de las municipalidades —artículo 46 de la Constitución Política—, y la formación de nuevas instituciones autónomas —artículo 189 de la Constitución Política—).

d) Inderogabilidad singular del reglamento

El artículo 13 de la lgap dispone lo siguiente:

1) La administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo… sin poder derogarlas ni desaplicarlas para casos concretos.
2) La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.

e) Tipología de reglamentos

e.1. Reglamento ejecutivo

Su fundamento está en la Constitución Política, en la Ley General de la Administración Pública y en la propia ley reglamentada que, en ocasiones, habilita expresamente al Poder Ejecutivo para su dictado o le fija un plazo. La ley ejecutada o reglamentada determina el contenido del reglamento, del cual puede apartarse única y exclusivamente en lo estrictamente necesario. A tenor del artículo 140, inciso 3°, de la Constitución Política, al Poder Ejecutivo le corresponde reglamentar las leyes.

e.2. Reglamentos dictados por los órganos constitucionales y los entes públicos descentralizados en materia de su competencia para ejecutar una ley (tertium genus)

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de ciertas leyes sectoriales y especiales es competencia, por disposición de ley, de alguno de los supremos poderes del la República, de los órganos constitucionales (por ejemplo, la Contraloría General de la República) o de ciertos entes descentralizados; lo anterior en virtud de las particulares competencias que se les asignan a esos órganos o entes públicos menores, lo que provoca que tengan la especialidad técnica, la experiencia y los conocimientos requeridos para la debida ejecución del texto legislativo respectivo.

Esta potestad reglamentaria ejecutiva, desde el prisma del derecho de la Constitución, puede ser discutible, por cuanto el artículo 140, inciso 3°, le atribuye la competencia al Poder Ejecutivo de reglamentar las leyes. No obstante, si se parte de una interpretación sistemática del ordenamiento constitucional, resulta claro que esa competencia no se le confiere de manera exclusiva y excluyente al Poder Ejecutivo, por lo que no puede estimarse que se produce una delegación de funciones inconstitucional (artículo 9° constitucional). De otra parte, esa potestad reglamentaria ejecutiva suele reconocérsele —por el legislador ordinario— a los órganos constitucionales dotados de una clara e inequívoca independencia (artículo 9° de la Constitución) y a los entes públicos descentralizados que cuentan con una autonomía política o de gobierno que se ocupan de ciertos servicios públicos especializados o territorialmente acotados, siendo que el texto fundamental no prohíbe expresamente la atribución de esa potestad reglamentaria ejecutiva. Bajo esa inteligencia, las leyes que habilitan a un supremo poder distinto al Ejecutivo, o a un ente público menor, para reglamentar una ley, no son inconstitucionales.

Puede concluirse, entonces, que este tipo de reglamentos ejecutivos de una ley dictados por otros poderes de la República —distintos al Poder Ejecutivo—, órganos constitucionales y ciertos entes públicos menores, constituye un verdadero tertium genus de los reglamentos en Costa Rica.

La habilitación general para emitir este tipo de reglamento se encuentra en la lgap, cuyo artículo 6°, incisos d y e, al establecer la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, indica, respectivamente, "los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia" y "los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados…" Desde luego que las leyes sectoriales también habilitan expresamente a los otros Supremos Poderes y a los entes públicos menores para reglamentar las leyes. Tenemos así el caso del Poder Judicial —a través de su órgano de gobierno, la Corte Plena—, el cual ha emitido diversos reglamentos para ejecutar la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales (Ley 7637 del 21 de octubre de 1996),[5] siendo que el artículo 3°, párrafo in fine, faculta a la Corte Suprema de Justicia para reglamentar la práctica de determinar notificaciones; lo mismo ha sucedido con la mayoría de los códigos procesales (por ejemplo, el Código Procesal Civil —artículo 952— y el Código Procesal Penal —artículo 469—) que autorizan a la Corte Plena para dictar reglamentos o "normas prácticas" para su debida aplicación o ejecución.

Cabe advertir que esta potestad reglamentaria ejecutiva de los Supremos Poderes de la República, distintos al Ejecutivo, a otros órganos constitucionales como la Contraloría

5 Por ejemplo, reglamentos "para el uso de fax como medio de notificación en los despachos judiciales" (sesión núm. 2796 del 11 de noviembre de 1996), "para el uso de casillero como medio de notificación en el segundo circuito" (sesión núm. 27-96 del 11 de noviembre de 1996), "de notificaciones por medio de notario" (sesión núm. 32-97 del 6 de octubre de 1997).

General de la República y a algunos entes públicos menores en materia de su competencia, no ha sido declarada inconstitucional por la Sala Constitucional; por el contrario, son múltiples los votos a través de los cuales se desprende, indirectamente —al no estimar ese órgano de control de constitucionalidad que los reglamentos sean per se inconstitucionales—, que se trata de una potestad constitucionalmente regular y conforme con el derecho de la Constitución.

e.3. Reglamentos autónomos o independientes

Los reglamentos independientes regulan la organización, las competencias y la distribución interna de éstas en el seno del órgano o ente que los dicta, tanto respecto de éste como de los órganos que se encuentran subordinados o inferiores. Sobre este particular, el artículo 59, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública, establece que "la distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia". Este precepto define los dos ámbitos de regulación por excelencia del reglamento autónomo (organización interna y servicios).

Este tipo de reglamento, a su vez, se puede clasificar en dos grandes sub-categorías: reglamentos autónomos de organización y reglamentos autónomos de servicio.

Reglamentos autónomos de organización. Los reglamentos autónomos de organización encuentran fundamento en la potestad de autoorganización del Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 18, de la Constitución Política). En lo tocante a la Asamblea Legislativa, tal potestad le fue otorgada por el constituyente, según se desprende del ordinal 121, inciso 22, de la Constitución Política. En estos dos supuestos específicos el constituyente le atribuyó, respectivamente, al Poder Ejecutivo y a la Asamblea Legislativa, una suerte de reserva constitucional reglamentaria de autoorganización constitucional —regulación del régimen interno—, la cual no puede ser invadida por el legislador ordinario. Desde esa perspectiva, las leyes orgánicas de los ministerios son inconstitucionales si regulan la organización, las competencias internas y la distribución de éstas de uno de esos órganos del Poder Ejecutivo. En relación con los demás órganos constitucionales del Estado (por ejemplo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República), y entes públicos menores, el artículo 103, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, dispone con claridad meridiana que "el jerarca o superior jerárquico supremo tendrá […] el poder de organizar ésta [administración pública] mediante reglamentos autónomos de organización". En estos casos, por supuesto, no existe la reserva reglamentaria constitucional establecida para los supuestos específicos del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, por lo que sería constitucionalmente admisible una ley que regule tales aspectos.

Sus características principales consisten en que emanan del titular del órgano y no se fundamentan en una ley previa. Su objeto general es la organización administrativa interna y la distribución de las competencias entre los diversos órganos que conforman el ente. Más específicamente, se ocupan de la creación de órganos internos —sin potestades de imperio, esto es, las que se proyectan y repercuten en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado—, dado que la creación de órganos externos que ejercen potestades de imperio, la regulación de las relaciones entre ellos y la forma en que el órgano debe ejercer sus funciones externas es reserva de ley —artículo 121, inciso 20, de la Constitución Política—. La regla general es que su destinatario es un órgano interno que no tiene relación directa con los administrados, en general destinatarios de la actividad, o en particular con los usuarios de los servicios, puesto que, como ya se

indicó, los que tengan relevancia externa o relación directa con ellos deben ser creados, como ya se indicó, por ley expresa.

Se trata de normas de carácter interno que no tienen valor normativo fuera del ámbito en que fueron dictadas; por ende, no pueden oponerse a los administrados o particulares ajenos a la relación de servicio, y su violación por la administración pública no constituye, en tesis de principio, una transgresión del ordenamiento jurídico general. Al respecto, el artículo 122 de la Ley General de la Administración Pública establece que los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del administrado, salvo si le causan un beneficio —en tal caso debe aceptarlos en su totalidad—. Por último, el párrafo 3° de ese ordinal de la lgap dispone que "la violación de los reglamentos internos en perjuicio del particular causará la invalidez del acto y eventualmente la responsabilidad del Estado y del servidor público, en los términos de esta ley". A contrario sensu, el quebranto del reglamento interno en beneficio del administrado no produce invalidez. En suma, la observancia y la aplicación de los reglamentos tiene valor externo para el administrado cuando le benefician; en cualquier caso que los perjudique no tendrán relevancia.

Reglamentos autónomos de servicio. Este tipo de reglamentos tiene dos campos: el del servicio público prestado por las administraciones públicas y el de la relación de servicio (o estatutaria) entre la administración pública respectiva y sus funcionarios o servidores.

En cuanto al servicio público, su fundamento se encuentra en la competencia del jerarca para regular la organización en la prestación del servicio público a su cargo, aún sin necesidad de ley previa. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo encuentra pleno respaldo en el artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública, al establecer que el jerarca podrá organizar la administración a su cargo mediante reglamentos autónomos de servicio "internos o externos, siempre que, en este último caso, la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado". En los casos en que el reglamento regule potestades de imperio —que repercuten en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado—, esto es, que tenga relevancia externa creando relaciones de sujeción especial, restringiendo los derechos de los administrados que se relacionan con la administración prestataria del servicio público o que correlativamente establecen una relación de supremacía especial de la administración frente a los usuarios del servicio público, es preciso una ley.

Estos reglamentos tienen una incidencia externa, que afecta la esfera de los particulares que se relacionan con la administración, por lo que su violación puede ser impugnada. Su fin es la solidaridad y la asistencia al individuo mediante la prestación de servicios públicos. Su objeto es ampliar la esfera jurídica del particular concediéndole derechos y haciendo posible la prestación efectiva de un servicio público.

En lo que respecta a la relación de servicio (o estatutaria), existen reglamentos autónomos o independientes que regulan diversos aspectos de la misma, tales como el régimen disciplinario, los permisos, las vacaciones, las licencias, las becas o la capacitación, etcétera. Al respecto, el artículo 123, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública, establece que tendrán relevancia externa para los servidores "los actos internos de ésta que afecten sus derechos en las relaciones de servicio entre ambos".

Lógicamente, el reglamento autónomo de servicio está subordinado a cualquier ley futura sobre la materia. En lo concerniente a la relación entre los reglamentos autónomos de servicio del Poder Ejecutivo y de otros entes descentralizados, el artículo 6, párrafo 2°, de la lgap, dispone que "los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los

entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia" (coordinación por sepa ración).

F) Circulares e instrucciones[6]

Existe una serie de actos administrativos internos; esto es, que se producen en el seno de las relaciones interorgánicas de un determinado ente que, eventualmente, pueden suponer la creación de derecho administrativo. Al respecto, es menester recordar que el artículo 122 de la lgap establece como regla general que los actos internos carecen de valor ante el ordenamiento jurídico general del Estado en perjuicio del administrado; sin embargo, sí les reconoce efectos jurídicos cuando los beneficie.

El artículo 124 de la lgap reconoce una eficacia general a las circulares y a las instrucciones, al denominarlas "disposiciones administrativas de carácter general"; ese mismo numeral estatuye que no puede regularse por su medio materias que estén reservadas a la ley. Por su parte, el artículo 6° de la lgap reconoce la existencia de normas "subordinadas a los reglamentos", como pueden ser las circulares y las instrucciones.

Las circulares y las instrucciones, en esencia, son actos administrativos internos con una eficacia de carácter general en cuanto dirigidos a una pluralidad indeterminada o determinada de funcionarios o servidores públicos para el cumplimiento de sus deberes y para la prestación eficiente del servicio público. En el caso de la circular, adicionalmente, tiene eficacia normativa para los funcionarios, puesto que establece obligaciones y deberes de acatamiento general; éste no es el caso de las instrucciones que ciertamente se dirigen a una pluralidad de servidores públicos pero que no tienen un carácter normativo. El carácter general de las circulares y las instrucciones internas queda patente cuando el artículo 125 de la lgap dispone que "deberán exponerse en vitrinas o murales en la oficina respectiva durante un periodo mínimo de un mes y compilarse en un repertorio o carpeta que deberá estar permanentemente a disposición de los funcionarios y de los administrados", lo cual supone que deben ser objeto, por lo menos, de una precaria publicidad por sus efectos.

Estos actos internos con efectos generales y eventualmente normativos, pueden constituir fuente de derecho y, sobre todo, ser invocadas por los administrados cuando les beneficie. Lo que sí resulta inadmisible, a todas luces, es que las administraciones públicas establezcan reglas y principios —presuntamente vinculantes para los administrados— a través de circulares e instrucciones, por cuanto se trata de actos con una clara vocación y valor interno con una publicidad limitada. Sobre el particular es menester insistir en que las potestades de imperio que implican una limitación o una restricción de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados son reserva de ley (artículos 12, párrafo 2°, y 103, párrafo 1°, lgap). En las hipótesis en que una administración pública imponga requisitos y condiciones para ejercer un derecho subjetivo, que implique su denegatoria, supresión o modificación, o simplemente imponga obligaciones, resulta claro que no puede hacerlo, válidamente, mediante un reglamento y, menos aún, a través de una circular o una instrucción. En tal supuesto, el administrado puede invocar el artículo 122, párrafo 1°, de la lgap, en el sentido de que tales actos internos, en cuanto le perjudican, carecen de relevancia jurídica externa, así como implican la flagran-

6 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Reglamento, circulares e instrucciones como fuente de derecho administrativo en Costa Rica. El acto administrativo como fuente del derecho administrativo en Iberoamérica*, Panamá, Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009, pp. 287-310.

te infracción de los artículos 12, párrafo 2°, y 103, párrafo 1°, de la lgap, que impide la creación de potestades de imperio por vía de normas infralegales, internas o externas.

2. Fuentes no escritas

A) Funciones

De acuerdo con el artículo 7° de la lgap, las normas no escritas —principios generales del derecho, jurisprudencia y costumbre— sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. Ese mismo numeral, en su párrafo 2°, establece que cuando se trata de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las normas escritas, las fuentes no escritas tendrán rango de ley. Finalmente, el párrafo 3° estatuye que la norma no escrita prevalece sobre la escrita de grado inferior. El ordinal 8° de la lgap establece que el ordenamiento jurídico administrativo debe entenderse integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la administración y la dignidad, la libertad y demás derechos fundamentales del administrado. El artículo 13 de la lgap, al recoger el principio de legalidad, dispone que las administraciones públicas están sujetas "en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo…"

B) Principios generales del derecho

Tales principios se pueden encontrar "positivizados" o incorporados en los textos legales y reglamentarios, recogidos en la jurisprudencia, o bien existir por sí mismos. Lógicamente, conforme va creciendo la producción normativo-administrativa, se van incorporando por escrito los principios generales que han adquirido solidez y generalidad, dejando de tener, en tales situaciones, el carácter de normas no escritas. En ocasiones, el legislador se limita a enunciar los principios, como acontece, por ejemplo, con los artículos 4° y 269 de la Ley General de la Administración Pública, al mencionar, respectivamente, los principios rectores del servicio público (continuidad, eficiencia, adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad que satisfacen, e igualdad) y de la función o actuación administrativa (economía, simplicidad, celeridad y eficiencia), sin desarrollar su contenido y su significado. En otras situaciones, el legislador, además de enunciar el principio, desarrolla su contenido y su significado; así sucede, por ejemplo, en la Ley de Contratación Administrativa, en sus artículos 4°, 5° y 6°, que se refiere exhaustivamente a los principios de eficie cia, igualdad, libre competencia y publicidad.

C) Jurisprudencia

La jurisprudencia no está integrada por el conjunto de sentencias sino de reglas extraídas, puesto que el fallo judicial se dicta en el contexto de un caso concreto y tiene, en tesis de principio, efectos únicamente para las partes contendientes —relatividad de la cosa juzgada—, excepción hecha de una sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa mediante la cual se anula un acto administrativo de alcance general, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas (artículo 130, párrafo 3°, del Código Procesal Contencioso Administrativo, cpca) o de la Sala Constitucional que anula, por inconstitucional, una ley, un reglamento o cualquier otro acto sujeto al derecho público (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), supuestos en que tienen eficacia erga omnes.

Ciertamente, la lgap, en su artículo 7°, al enunciar las fuentes no escritas y su función no establece una jerarquía. No obstante, el artículo 9.2 sí establece un orden de prela-

ción de las mismas al disponer que "caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios".

De esa forma, el legislador le da una discutida preponderancia a la jurisprudencia sobre los principios generales del derecho, cuando es cierto que la primera tiene valor por la decisión de casos concretos con fundamento en la aplicación de los segundos. Adicionalmente, la jurisprudencia puede y debe cambiar, en tanto que los principios generales por su naturaleza abstracta y derivada suelen permanecer incólumes con el transcurso del tiempo. El hecho de haber recogido el legislador del 78 la jurisprudencia como norma no escrita de primer orden y de conferirle carácter vinculante, obedece en buena parte, en nuestro criterio, a razones históricas ajenas a nuestra realidad, y particulares, a un ordenamiento jurídico determinado como el francés. En efecto, la jurisprudencia, en el ámbito del derecho administrativo francés y de los países que se nutrieron de sus bases y sus principios —como España—, tuvo históricamente una función constructiva y creadora, puesto que el edificio de esa disciplina jurídica fue erigido por el Consejo de Estado francés a través de sus resoluciones —concretamente a partir de la etapa de la justicia delegada, 1872—. En efecto, en ese ordenamiento jurídico la jurisdicción contencioso-administrativa precedió al derecho administrativo sustantivo que fue paulatinamente segregado y acuñado por el Consejo de Estado, mediante reglas derogatorias del derecho común ante la ausencia, en el Código Napoleón, de normas que regularan las relaciones entre la administración pública y los administrados.

Al tenor de la Ley General de la Administración Pública, la jurisprudencia, en ausencia de norma escrita, tendrá rango de ley (artículo 7.2), y cuando integra, interpreta o delimita (insuficiencia) una norma constitucional asume el rango de la misma (artículo 7.1).

Evidentemente, de esa forma, la jurisprudencia tiene, en el ámbito del derecho administrativo, carácter vinculante, extremo que resulta reforzado por lo dispuesto en el artículo 5°, párrafo 3°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del 29 de noviembre de 1937 y sus reformas —modificado por la Ley 7333 del 5 de mayo de 1993—, que fue una copia de los párrafos 1° y 2° del artículo 7° de la Ley General de la Administración Pública —con la única particularidad de que excluye los usos y costumbres— y lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que le da eficacia *erga omnes* a los pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En este aspecto particular, obviamente, nuestro ordenamiento jurídico deja de asemejarse a un sistema romano-canónico —en el que no se le otorga carácter vinculante a la jurisprudencia—, para identificarse con los sistemas del *common law* o angloamericanos donde rige la obligatoriedad del precedente —*stare decisis*—. Nótese que en los ordenamientos que pertenecen a la familia de sistemas jurídicos continentales o europeos, como el nuestro, se estima que la soberanía nacional reside y se concentra en la Asamblea Legislativa, expresándose de forma exclusiva a través de leyes generales, con lo que se le niega eficacia normativa al precedente por tratarse de una norma singular y de origen no legislativo.

Una norma diferente es la contenida en el artículo 9° del título preliminar del Código Civil —la que únicamente ofrece problemas en el ámbito del derecho privado por su colisión con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial—, que señala de forma indirecta que la jurisprudencia emanada de las salas de casación no tiene carácter vinculante sino meramente informador del ordenamiento jurídico privado. Desde ese punto de vista, podría argumentarse que la jurisprudencia tiene un valor diferente —como fuente del derecho— en el ámbito del derecho privado y del derecho público.

Un precepto que puede llevar a equívocos importantes es el contenido en el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual establece que "los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la administración pública". A la luz de ese texto normativo, debe distinguirse, entonces, entre jurisprudencia administrativa —dictámenes de la Procuraduría General de la República— y jurisprudencia judicial —sentencias emanadas de las salas de casación y constitucional de la Corte Suprema de Justicia—. A nuestro juicio, la Ley General de la Administración Pública se refiere, única y exclusivamente, en sus ordinales 7°, párrafo 1°, y 9°, párrafo 2°, a las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales indicados, puesto que, según lo dispuesto en los ordinales 154 y 2°, respectivamente, de la Constitución Política y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los tribunales únicamente están sujetos a lo dispuesto en la Constitución y en la ley, siendo que los dictámenes emanados de la Procuraduría General de la República, que es un órgano administrativo consultivo adscrito a la administración —Ministerio de Justicia—, no pueden vincular, en cuanto a la interpretación de una norma determinada, a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia, la interpretación judicial o jurisprudencial es la que llevan a cabo las salas de casación y constitucional de la Corte Suprema de Justicia al dictar una sentencia dentro de un proceso jurisdiccional.

Pese a lo anterior, la Procuraduría General de la República, de forma equívoca, ha sostenido que cuando en los dictámenes o pronunciamientos exista un criterio reiterado de interpretación, delimitación o integración del ordenamiento jurídico —uniforme, no contradictorio y ajustado a la ley—, estamos ante una jurisprudencia administrativa que tiene el rango de la norma que interpreta, integra o delimita; esto es, con el valor que indica el artículo 7° de la lgap (véase C-221-89 del 20 de septiembre de 1989 y C-231-99 del 19 de noviembre de 1999). Se trata de una conclusión errada que se ha extraído de la sentencia de la Corte Plena, en funciones de Tribunal Constitucional, adoptada en la sesión extraordinaria 32 de las 13:30 horas del 3 de mayo de 1984, que fue donde se hizo esa afirmación. Evidentemente, se trata de una tesis incorrecta e inadmisible, puesto que, como ya se indicó, cuando la lgap hace referencia a la jurisprudencia, lo es a la judicial y no a la administrativa.

Para el caso particular de la jurisprudencia constitucional, conviene señalar que la propia Sala Constitucional ha señalado que son vinculantes *erga omnes* tanto los fallos en materia de amparo como de constitucionalidad, al estimar que "se da, eso sí, la particularidad de que los precedentes cubren […] aquellos provenientes de la vía del amparo, primero en el tiempo, y que en realidad determinaron lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad citada". De toda suerte, no importa diferenciar el tipo de precedente o la proveniencia de la jurisprudencia constitucional. Sea en uno u otro caso, se ha ido decantando una doctrina, y no obstante que los efectos de uno u otro difieren, desde que en la primera vía procesal (inconstitucionalidad) la sentencia estimatoria es anulatoria y con carácter retroactivo a la fecha de vigencia de la norma impugnada, y en la segunda (amparo) lo resuelto implica una orden inmediata y directa a la autoridad autora del acto o decisión concreta y particularizada, lo cierto es que el artículo 13 de la ley que rige esta jurisdicción dispone (con carácter general, valedero para toda la jurisprudencia constitucional) que "la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma". No está de más agregar, eso sí, que la situación que se presenta con el tema en discusión no es usual, en el sentido de que normalmente la sala condiciona la decisión de recursos de amparo (acciones individualizadas contra un funcionario en reclamo de actos concretos) a la que de modo

general y abstracto se da en una acción de inconstitucionalidad en la materia de que se trate (voto 927-94 de las 15:30 horas del 15 de febrero de 1994).

Evidentemente, para extender los precedentes vertidos en un proceso de amparo a otros supuestos, debe existir una situación análoga. En este sentido, la Sala Constitucional ha puntualizado que "la jurisprudencia y los precedentes de la sala son vinculantes *erga omnes* salvo para sí misma, de tal forma que quienes se encontraren en la misma situación que los recurrentes en cualquier dependencia de la administración pública, deben ser beneficiados —en acatamiento del fallo y al artículo citado— con lo resuelto en la sentencia" (voto 115-92 de las 12:12 horas del 17 de enero de 1992).

D) Costumbre

El artículo 129, párrafo *in fine*, de la Constitución Política, establece que "la ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario", con lo que queda excluida, categóricamente, la costumbre contra legem. No obstante, debe indicarse, para el caso particular del derecho privado —que no es el del derecho administrativo, puesto que la lgap no distingue entre costumbre *secundum legem y praeter legem*—, que el título preliminar del Código Civil sólo admite la costumbre *praeter legem* —excluyendo la *secundum legem*—, puesto que el artículo 3° establece que "el uso y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable". La exclusión de la costumbre *secundum legem* resulta confirmada por lo dispuesto en el artículo 5°, párrafo 4°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cual establece que "los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del derecho escrito".

E) Derecho privado supletorio

De manera congruente con la declaración contenida en el artículo 9°, párrafo 1°, de la lgap, de la autonomía, independencia y autointegración del derecho administrativo, respecto de otras ramas del derecho, ese mismo ordinal señala que "solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios". De igual forma, el artículo 13, párrafo 1°, de la lgap, establece claramente que el derecho privado tendrá un carácter eminentemente supletorio del ordenamiento jurídico administrativo. El artículo 229 de la lgap —emplazado en el libro segundo relativo al procedimiento administrativo— establece, con igual filosofía, que en ausencia de norma expresa se aplican supletoriamente, en lo que sean compatibles, y en último término, el Código Procesal Civil y el resto del derecho común.

III. Organización administrativa[7]

1. Modelo de organización

La Constitución de 1949 optó por un modelo de centralización administrativa moderada, puesto que previó una descentralización funcional o por servicios, dotando a los entes públicos menores de autonomía política; sin embargo, en 1968 se produce, por una reforma parcial al artículo 188 de la Constitución (Ley 4123 del 31 de mayo de 1968) una recentralización más intensa al otorgarles únicamente autonomía administrativa o

7 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de derecho administrativo, tomo i, Parte general*, pp. 36-180.

de primer grado y reservar a la ley la de gobierno o de segundo grado. En tal sentido, el modelo de organización administrativa ha sido titubeante.

En materia de descentralización territorial (municipios), por una reforma parcial del artículo 170 de la Constitución en 2001 (Ley 8106 del 3 de junio de 2001), se dispuso transferir a las municipalidades, de manera progresiva y mediante siete leyes especiales, una serie de competencias de la administración central, para lo que se les debe asignar una suma no inferior (piso) a 10% de los ingresos ordinarios calculados para el año económico correspondiente. Recientemente fue dictada la primera ley —la general— denominada Ley General de Transferencia de Competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades (Ley 8801) del 28 de abril de 2010.[8]

El artículo 1° de la lgap señala que "la administración pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado".

2. Administración central y tutela administrativa

El Estado costarricense, por su pequeña dimensión territorial, es, en términos de la Sala Constitucional, un "Estado unitario concentrado",[9] de modo que lo que encontramos es una administración central y una descentralizada por razones funcionales o de servicio, territorial y corporativa, compuesta por un número considerable de entes públicos instrumentales.

El Estado o administración central se compone por los órganos constitucionales y de relevancia constitucional como el Poder Ejecutivo —con sus diversos ministerios y órganos desconcentrados—. La lgap, en sus artículos 21 a 48, se ocupa exhaustivamente de las competencias de varios órganos del Poder Ejecutivo, como el presidente de la República, el ministro del sector o ramo, el Consejo de Gobierno y los viceministros.

También la integran los poderes Judicial (artículos 152 a 167 de la Constitución) y Legislativo (artículos 105 a 129 de la Constitución), el Tribunal Supremo de Elecciones (artículos 99 a 104 de la Constitución) y la Contraloría General de la República (artículos 183 a 184 de la Constitución) cuando realizan una función materialmente administrativa.

El Estado o administración central ejerce tutela administrativa o dirección intersubjetiva (artículos 188 de la Constitución; 26, inciso b; 27, párrafo 1°; 98, 99 y 100, de la lgap) para garantizar el modelo centralizado. El contenido de tal tutela administrativa se traduce en las potestades de a) planificación meramente indicativa y no vinculante (Ley de Planificación Nacional, Ley 5525, del 2 de mayo de 1974 y sus reformas); b) dirección a través de la posibilidad del Poder Ejecutivo —presidente y ministro del sector— de emitir directrices o lineamientos de política general (artículo 100, lgap); c) coordinación sectorial y regional que ha provocado el surgimiento, mayoritariamente, a través de normas reglamentarias —y excepcionalmente a través de ley—, de los fenómenos de "sectorización" y "regionalización"; d) control sobre actos a través de autorizaciones,

8 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Desafíos y dilemas jurídicos de la transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las municipalidades", *Revista IVSTITIA*, núm. 185-186, mayo-junio de 2002.

9 Votos 4091-94, 7528-97, 7605-2001, 4022-2002, 6379-2002, 6513-2002, 5606-2006, 9563-2006, 13381-2006, 17600-2006 y 17113-06.

aprobaciones, refrendos y vistos buenos (artículo 330, párrafo 1°, lgap), como el que ejerce la Contraloría General de la República en materia de fiscalización superior de la hacienda pública (por ejemplo, presupuestos y materia de contratación administrativa, ex artículos 183 y 184 de la Constitución), emisión de dictámenes vinculantes como los vertidos por la Procuraduría General de la República (Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley 6815, del 27 de septiembre de 1982 y sus reformas) y las jerarquías impropias (artículos 180 y 181, lgap), siendo significativa la dispuesta por la Constitución (artículo 173) al señalar que los acuerdos de los concejos municipales son recurribles ante el Tribunal Contencioso Administrativo —como jerarca impropio que ejerce una función materialmente administrativa— y el control sobre las personas a través de la designación por el Consejo de Gobierno —órgano colegiado del Estado integrado por el presidente y los ministros con y sin cartera— de los miembros de las juntas directivas y del presidente ejecutivo de ciertos entes públicos descentralizados funcionalmente (Ley 4646 del 20 de octubre de 1970 y Ley 5507 del 19 de abril de 1974) y la figura de la sustitución del titular (artículo 98, lgap) que le permite al Poder Ejecutivo remover una junta directiva de un ente público menor descentralizado funcionalmente cuando desobedezca reiterada, grave e injustificadamente —después de tres intimaciones— las directrices impartidas y nombrar una ad hoc hasta restablecer la normalidad administrativa (artículo 27, párrafo 1°, lgap); e) evaluación de resultados (artículo 2°, inciso e, Ley de Planificación Nacional, Ley 5525, del 2 de mayo de 1974, y la reforma parcial al artículo 11° de la Constitución, Ley 8003, del 8 de junio de 2000) a través de una ley que no se ha dictado aún; sin embargo, actualmente rige un sistema voluntario —y por consiguiente cuestionable— de evaluación y rendimiento institucional establecido mediante normas reglamentarias denominado Sistema Nacional de Evaluación (sine) (decreto ejecutivo 24175-plan del 7 de abril de 1995), complementado por la supervisión y el control de calidad que ejerce sobre los servicios públicos regulados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (aresep), por Ley 7593 del 28 de marzo de 1996, y las Contralorías de Servicios Públicos con que debe contar cada órgano y ente público (decreto ejecutivo 34587 plan del 27 de mayo de 2008).

3. Administración descentralizada y autonomía

En el caso de la administración descentralizada funcionalmente o por servicios, se han utilizado las figuras de "institución autónoma" e "institución semiautónoma" (artículos 49 —en su versión original antes de la reforma de 1963—, 188, 189, 190 de la Constitución). La distinción tuvo pleno sentido entre 1949 y 1968, puesto que las instituciones autónomas eran las que gozaban de autonomía política y debían ser creadas por una ley reforzada, mientras que las instituciones semiautónomas sólo tenían autonomía administrativa y podían ser creadas por ley simple. Después de la reforma de 1968 al artículo 188 de la Constitución de 1949, la distinción perdió vigencia. Actualmente se utiliza la figura de institución semiautónoma para eludir la ley reforzada que el artículo 189, inciso 3, de la Constitución, exige para crear las instituciones autónomas y que debió ser reformado al establecer como principio que todo ente público tendría autonomía de primer grado y sólo excepcionalmente política.

Tratándose de la administración descentralizada territorial (municipalidades), el artículo 170 constitucional les otorga autonomía, la que siempre se ha entendido como política o de gobierno (Sala Constitucional, voto 5445-99). La Constitución les dedica un capítulo (artículos 168 a 175), que es desarrollado por el Código Municipal de 1998.

La Constitución regula de manera específica el caso de las universidades públicas a las que les otorga el tercer grado de autonomía, pudiendo darse su propia organización y gobierno (artículo 84 de la Constitución).

Una serie de leyes sectoriales se ocupan de la administración descentralizada corporativa que la doctrina nacional ha segmentado en profesional (colegios profesionales), productiva o industrial, que, para efectos de armonización y de regulación, aglutina a distintos grupos de un sector productivo, como productores, industriales y comercializadores (por ejemplo, Liga Agroindustrial de la Caña de Azúcar, Instituto Costarricense del Café, Corporación Arrocera Nacional, Corporación Hortícola Nacional, Corporación Ganadera, etcétera), y un tercer grupo residual (por ejemplo, Banco Popular y Desarrollo Comunal, Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, Consejo Nacional de Cooperativas, etcétera). Para denominar a estos entes públicos menores se ha empleado la denominación equívoca y contradictoria de "entes públicos no estatales". Todos tienen una base asociativa, su órgano de gobierno es una asamblea, una parte considerable de sus finanzas provienen del sector privado y están sometidos a controles jurídicos y hacendarios más laxos.

La doctrina nacional ha señalado que existe una relación inversamente proporcional entre el grado de autonomía y la intensidad de la tutela administrativa que puede ejercer el Estado sobre los entes públicos menores, de modo que si la autonomía es de primer grado o administrativa, rigen con todo su esplendor las potestades de la dirección intersubjetiva; cuando se trata de una autonomía política o de gobierno, algunas no operan, como la dirección; mientras que otras sí, con matizaciones, como la planificación —a nivel nacional o global y no en lo local para el caso de las municipalidades, o el servicio transferido para las instituciones con autonomía política—, la coordinación voluntaria o concertada y el control.

Finalmente, en el caso de la autonomía del tercer grado u organizativa (en el caso de las universidades públicas) su tutela administrativa se debilita o se difumina.

En lo relativo a la empresa pública, en Costa Rica se distingue una tipología tripartita: a) empresa pública-ente de derecho público, cuando se trata de un servicio económico o industrial ejercido por una persona de derecho público (por ejemplo, los bancos comerciales del Estado, el Instituto Nacional de Seguros y el Instituto Costarricense de Electricidad); b) empresa pública-órgano público, cuando son algunos órganos especializados de un ente público los que despliegan un giro comercial o industrial (por ejemplo, la Fábrica Nacional de Licores adscrita al Consejo Nacional de la Producción y las Tiendas Libres que pertenecen al Instituto Mixto de Ayuda Social), y c) empresa pública-ente de derecho privado, que se presenta cuando un ente público o varios de éstos son los propietarios mayoritarios del capital social (más de 50%) de una sociedad anónima (por ejemplo, Refinadora Costarricense de Petróleo, S. A.; Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S. A.; Radiográfica de Costa Rica, S. A.; Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S. A.; Correos de Costa Rica, S. A., etcétera).

También se da en Costa Rica el fenómeno del "órgano-persona", o personificación presupuestaria, que es el otorgamiento de personalidad jurídica instrumental (llamada también interorgánica, incompleta o de legitimación separada) a un órgano —generalmente desconcentrado en grado máximo— para un sector de actividad, para el manejo de un presupuesto separado del institucional y para contratar, directamente, recursos humanos, materiales y tecnológicos, todo por razones de eficacia, eficiencia, celeridad y agilidad.

IV. Régimen jurídico de los actos administrativos[10]

La lgap de 1978 dedica buena parte de su articulado a la actividad formal de las administraciones públicas, quizá por la importancia histórica que ha tenido esta vertiente de la función administrativa en un Estado de derecho. Se pueden ubicar tres grandes sectores de normas: las concernientes a los elementos constitutivos del acto administrativo, las relativas a su validez y a su eficacia, y las que atañen a su modificación o extinción.

1. Concepto jurídico-positivo de acto administrativo

El ordenamiento jurídico-administrativo costarricense maneja un concepto amplio de acto administrativo en el cual tienen cabida tanto los actos administrativos de alcance concreto como los de alcance general, sin o con efectos normativos. La amplitud de la noción se puede extraer, con facilidad, de la clasificación contenida en el título sexto ("De los actos administrativos"), capítulo primero, de la lgap, que comprende tanto los concretos como los generales, "según vayan destinados o no a un sujeto identificado" (artículo 120.1). El párrafo 2° del precepto citado distingue entre los actos administrativos de alcance general —denominados por ley decretos— y los de alcance concreto —llamados por ley acuerdos—. Por otra parte, el párrafo 3° del artículo 121 de la lgap prevé otra forma específica de acto concreto que son las denominadas resoluciones, las cuales constituyen los acuerdos que deciden un recurso o reclamo administrativo.

Por último, entre los actos administrativos de alcance general se distinguen dos tipos: a) los que no poseen alcance normativo —decretos— y b) los de alcance normativo —denominados por la ley reglamentos o decretos reglamentarios (artículo 120, párrafo 2°) y que en el Código Procesal Contencioso Administrativo se llaman, imprecisamente, "disposiciones de carácter general" (artículos 12, párrafo 8°, y 37, párrafos 2° y 3°)—. Obviamente, a nuestro juicio, el legislador costarricense del 78 excluyó expresamente de la clasificación de los actos administrativos strictu sensu, los actos bilaterales o plurilaterales, esto es, los contratos administrativos que tienen un régimen jurídico-positivo diferente (Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento general), sin que por ello dejen de ser actos jurídicos de la administración pública, esto es, una de las diversas manifestaciones de la función administrativa.

2. Elementos materiales

A) Competencia

La lgap de 1978 se ocupa ampliamente de la competencia como requisito material subjetivo (artículos 70 y 129), siendo los criterios de determinación por razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado (artículo 60, párrafo 1°).

En relación con los cambios o transferencias de competencias (artículo 70), se prevén la desconcentración máxima y mínima (artículo 83), la delegación (artículos 89 a 90), la avocación (artículos 93 y 94), la sustitución del titular (artículo 98) y la subrogación (artículos 95 y 96).

10 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de derecho administrativo, tomo i, Parte general*, pp. 413-600.

Se contempla una amplia regulación sobre los conflictos negativos y positivos de competencia entre órganos y entes públicos (artículos 71 a 82).

B) Regularidad en la investidura

A tenor del artículo 111 de la lgap, funcionario público es el que presta sus servicios a la administración, a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, "en virtud de un acto válido y eficaz de investidura". No obstante, se prevé la figura del funcionario de hecho cuando carece de investidura o ésta es inválida o ineficaz (artículo 115, lgap).

C) Voluntad

El numeral 130, párrafo 1°, de la lgap, estatuye que el acto administrativo "deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento jurídico", siendo la persecución de un fin distinto del principal desviación de poder (artículo 131, párrafo 3°, lgap).

Se prevén las figuras del acto presunto por silencio administrativo cuando lo disponga expresamente la ley (artículos 139, 261 y 331 de la lgap), tácito expresado a partir de actuaciones materiales de sentido unívoco de la administración (artículo 137, lgap) y del implícito (artículo 138, lgap).

En cuanto a los órganos colegiados se establece una serie de reglas y principios para su funcionamiento (artículos 49 a 58, lgap).

D) Motivo

El artículo 133 de la lgap dispone que el motivo deberá ser legítimo y existir tal como fue tomado en consideración para dictar el acto y proporcionado al contenido.

E) Contenido

El contenido debe abarcar todas las cuestiones de hecho y de derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes y debe ser proporcionado al fin y correspondiente al motivo cuando ambos sean reglados (artículo 132, lgap).

F) Fin

El artículo 131 de la lgap establece que todo acto debe tener uno o varios fines particulares a los que subordinan los demás y que los principales deben ser reglados o fijados por el ordenamiento jurídico; la ausencia de ley no genera discrecionalidad de la administración, puesto que el juez contralor de la legalidad debe determinarlo con fundamento en el resto de los elementos y el ordenamiento jurídico.

La regla es que el fin siempre es reglado; el motivo y el contenido pueden ser discrecionales pero, en todo caso, la discrecionalidad estará limitada por el principio de proporcionalidad, las reglas unívocas o de aplicación exacta de la ciencia y la técnica, los principios elementales de la justicia, la lógica o la conveniencia y los derechos de los administrados (artículos 15, 16, 17, 158 y 160, lgap).

3. Elementos formales

A) Forma de expresión

La lgap establece como regla que el acto administrativo debe expresarse por escrito, salvo que su naturaleza o las circunstancias impongan una forma diferente (artículo 134, párrafo 1°, lgap), razón, por la que se admite su expresión presunta, tácita o implícita, verbal y por signos o símbolos.

B) Procedimiento

La lgap establece que la administración deberá adoptar sus actos administrativos dentro de un procedimiento administrativo (artículo 216, párrafo 1°, lgap). Para tal efecto, se le dedica todo el libro segundo de la lgap.

4. Validez y eficacia

A) Validez e invalidez

La validez radica en la conformidad sustancial del acto administrativo con el ordenamiento jurídico, incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta (artículo 128, lgap). La invalidez, por su parte, surge cuando un elemento constitutivo del acto administrativo falta o tiene un defecto, lo que provoca su disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico, reputándose como tal, incluso, la infracción de normas no escritas (artículo 158, lgap). El artículo 176 de la lgap establece la presunción de validez o legitimidad del acto administrativo relativamente nulo.

La invalidez produce dos consecuencias que son la ausencia o precariedad de efectos jurídicos y la responsabilidad de la administración y del funcionario.

Los límites de la invalidez con el principio del favor acti o principio de conservación del acto (artículo 168, lgap), la presunción de legitimidad, la invalidez parcial (artículo 164, párrafo 2°), el principio de conservación de las actuaciones independientes de la inválida (artículo 164, párrafo 1°), la convalidación (artículo 187, lgap), el saneamiento (artículo 188, lgap) y la conversión (artículo 189, lgap).

B) Sistema bipartito de nulidades

a) Nulidad absoluta y relativa

Nuestra lgap, en su artículo 165, opta por un sistema bipartito de nulidades, por lo que la invalidez puede manifestarse como nulidad absoluta o nulidad relativa, según la gravedad o la intensidad de la violación cometida.

La nulidad absoluta se produce cuando faltan totalmente uno o varios de los elementos constitutivos del acto administrativo o cuando alguno es imperfecto pero impide la realización del fin (artículo 166, lgap). Al respecto, volvemos a aclarar que los elementos constitutivos del acto administrativo no son sólo el motivo, el contenido y el fin, sino también la competencia, la legitimación, la investidura, la voluntad, la motivación, la forma de exteriorización del acto y el procedimiento administrativo. Desde luego que también habrá nulidad absoluta cuando la ley sancione, expresamente, con ese grado de invalidez, determinado acto defectuoso o una omisión, circunstancia que normalmente

acontece respecto de otros de los elementos constitutivos mencionados. Así, a modo de ejemplo, el artículo 82, párrafo 2°, de la lgap, establece la nulidad de la resolución administrativa de fondo dictada por un órgano incompetente (competencia), aun cuando éste se haya considerado competente; el artículo 98, párrafo 2°, establece que el órgano sustituto —en la tutela administrativa— únicamente puede adoptar los actos necesarios para restablecer la armonía de la normalidad administrativa so pena de nulidad (competencia); el artículo 125, párrafo 2°, dispone que el desconocimiento del valor y la jerarquía de los reglamentos, circulares e instrucciones produce una nulidad absoluta; el ordinal 155, párrafo 2°, estatuye que el acto de revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos debe contener el reconocimiento y, si es posible, el cálculo de la indemnización completa so pena de nulidad absoluta; el artículo 173, párrafo 3°, indica que la anulación de oficio de un acto declaratorio de derechos sin observancia de los requisitos establecidos produce la nulidad absoluta de la misma; los artículos 219 y 223 establecen que la omisión de la comparecencia oral y privada que se debe realizar en un procedimiento administrativo para ofrecer y recibir la prueba, producirá indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente (estos numerales representan una excepción al principio de la conservación de actuaciones del artículo 164, párrafo 1°, de la lgap); el artículo 237, párrafos 1° y 2°, señala que la actuación de los funcionarios en los que concurra algún motivo de abstención implicará la nulidad absoluta de los actos en que haya intervenido; el ordinal 247, párrafo 1°, indica que la comunicación del acto efectuada por medio inadecuado, fuera del lugar debido u omisa en cuanto a una parte cualquiera de la disposición del acto, será absolutamente nula; el numeral 268, párrafo 1°, preceptúa que la actuación administrativa debe tener lugar en la sede normal del órgano y en sus límites territoriales, so pena de nulidad absoluta del acto, salvo que por su naturaleza deba realizarse fuera de la sede.

La nulidad relativa se produce cuando uno de los elementos constitutivos del acto administrativo es imperfecto pero no está ausente, salvo que la imperfección impida la realización del fin en cuyo caso se produce una nulidad absoluta (artículo 167, lgap). De igual forma, la ley, en determinados casos, sanciona una omisión o una irregularidad con una nulidad relativa. Así, el artículo 247, párrafo 2°, de la lgap, estipula que la comunicación defectuosa por cualquier otra omisión que no provoque la nulidad absoluta será relativamente nula y se tendrá por válida y bien hecha si la parte o el interesado no gestionan su anulación dentro de los 10 días posteriores a su realización.

b) Criterios de distinción entre la nulidad absoluta y relativa

Los efectos jurídicos materiales y formales de cada categoría o grado de invalidez son diferentes; por esa razón se debe echar mano de algunos criterios objetivos para deslindar sendas figuras.

El artículo 165 de la lgap emplea: a) el criterio de la gravedad de la violación cometida. La gravedad está determinada por la noción de fin público, por lo que la violación grave que origina una nulidad absoluta es la que impide la realización del fin, y la que no provoca lo anterior es una nulidad relativa. El legislador emplea, también, en el artículo 166 de la lgap, b) el criterio de la ausencia de algún elemento constitutivo; ese numeral presume que cuando falta uno o varios de los elementos constitutivos del acto, no se puede realizar el fin público hacia el que se dirige el acto administrativo.

Cuando la utilización de los criterios indicados no permite determinar con certeza en qué tipo de nulidad incurre el acto viciado, por aplicación del principio favor acti recogido en el artículo 168 de la lgap, la invalidez se debe reputar como nulidad relativa.

c) Nulidad absoluta

Habrá nulidad absoluta cuando falta uno de los elementos constitutivos del acto administrativo (competencia, legitimación, investidura, voluntad, motivo, contenido, fin, motivación, forma de exteriorización prescrita y procedimiento administrativo) o cuando existe un defecto en uno de éstos que impide la realización del fin. En términos generales, se produce una nulidad absoluta cuando la gravedad de la infracción al ordenamiento jurídico impide la realización de los fines públicos.

La nulidad absoluta produce efectos sustanciales y formales característicos. Veamos.

1) Efectos sustanciales:

a) El acto absolutamente nulo no se presume legítimo (artículos 169 y 176 de la lgap a contrario sensu).
b) El acto absolutamente nulo no produce, en tesis de principio, efectos jurídicos. Esta afirmación es relativamente cierta, puesto que, aunque un acto administrativo sea absolutamente nulo, siempre genera, en la realidad, determinados efectos; en ocasiones incluso de difícil remoción.
c) El acto absolutamente nulo no puede, en tesis de principio, ejecutarse, lo cual es una conclusión lógica de su ilegitimidad flagrante y de su ineficacia intrínseca. De lo contrario, le acarrea responsabilidad a la administración pública y al funcionario (artículo 146, párrafo 3°, lgap).
d) El acto absolutamente nulo, en tesis de principio, no se puede convalidar o sanear; ése es un principio doctrinal generalmente admitido. El artículo 172 de la lgap establece que "el acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación"; esta norma entra en abierta y flagrante contradicción con el ordinal 175 de la citada ley, al establecer que "el administrado podrá impugnar el acto absolutamente nulo, en la vía administrativa o la judicial, en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a su comunicación. Tratándose de actos de efectos continuados, el plazo se computará a partir del cese de sus efectos", lo que significa, a contrario sensu, que el acto absolutamente nulo se puede arreglar a derecho por el transcurso de ese tiempo. La reforma al ordinal 175 de la lgap por el cpca trató de subsanar el problema disponiendo que tratándose de actos administrativos de efectos continuos en el tiempo se pueden anular en cualquier momento mientras siga surtiendo efectos jurídicos; el problema persiste respecto de los actos que no tienen efectos continuos.

Esta inconsistencia legislativa ha provocado el surgimiento de varias alternativas hermenéuticas tendientes a salvar la antinomia legislativa y a evitar la aplicación del plazo del año —cuatro años antes de la reforma por el cpca— establecido en el artículo 175 de la lgap. Surge así la categoría de la "inexistencia" o del "acto inexistente", para quienes admiten este tercer grado de invalidez, siendo éste aquel que tiene una nulidad absoluta groserísima que justifica la posibilidad de impugnarlo en cualquier momento, aun después de transcurrido el año del artículo 175 de la lgap. De igual forma, se podría sostener que el artículo 175 otorga un plazo de un año en la vía administrativa y otro igual para la vía jurisdiccional, con lo que el administrado cuenta con dos años para impugnar el acto absolutamente nulo —antes de la reforma por el cpca se hablaba de la duplicación de los cuatro años, esto es, ocho años—.

Otra solución podría derivar del artículo 40, párrafo 1°, del cpca, que dispone que son "impugnables los actos administrativos absolutamente nulos, para efectos de su anula-

ción e inaplicabilidad futura […] mientras subsistan sus efectos continuados, pero ello únicamente para su anulación e inaplicabilidad futura". No obstante, esta norma gira en torno al concepto de los actos de efectos continuos, por lo que no se puede aplicar a los actos cuyos efectos jurídicos se agotan con su dictado y aplicación. Adicionalmente, resulta contradictoria con la versión vigente del numeral 175 de la lgap que admite la declaratoria de nulidad absoluta —con efectos retroactivos—, en cualquier momento, de un acto administrativo que produce efectos continuos, no sólo para su anulación e inaplicabilidad prospectiva.

Por último, se ha sostenido que para mantener la armonía y la coherencia lógico-jurídica del ordenamiento debe derogarse el artículo 175 de la lgap.

2) Efectos formales:

a) La declaración de nulidad absoluta del acto administrativo es obligatoria para la administración pública a instancia de parte o de oficio (artículos 162 y 174, párrafo 1°, lgap).
b) La nulidad absoluta es declarable de oficio como en la vía administrativa (artículo 174, párrafo 1°, lgap).
c) La legitimación, por lo menos en vía administrativa, para pretender la declaración de nulidad absoluta ,es muy amplia (artículo 275, lgap).
d) La declaración de nulidad absoluta tiene efectos declarativos, por lo que sus efectos se retrotraen al momento del dictado del acto administrativo anulado —eficacia ex tunc—, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe (artículo 171, lgap).

d) Nulidad relativa

Hay nulidad relativa cuando no faltando los elementos constitutivos existe en alguno de éstos un defecto que impide la realización del fin. La nulidad relativa tiene efectos sustanciales y formales particulares.

1) Efectos sustanciales:

a) El acto relativamente nulo se presume legítimo en tanto no se declare lo contrario en la vía jurisdiccional (artículo 176, párrafo 1°, lgap) o no haya sido anulado en sede administrativa (artículo 174, párrafo 2°, lgap).
b) El acto relativamente nulo produce efectos jurídicos al presumírsele válido. Tales efectos jurídicos son precarios, puesto que subsisten en tanto no venzan los términos de impugnación o sea convalidado.
c) El acto administrativo relativamente nulo puede ejecutarse con responsabilidad para la administración pública y, eventualmente, para el funcionario público cuando haya actuado con dolo o culpa grave (artículos 146, párrafo 1°, y 176, párrafo 1°, lgap).
d) El acto relativamente nulo puede ser convalidado, saneado o convertido.

2) Efectos formales:

a) La nulidad relativa puede ser declarada —en vía administrativa— a instancia de parte o de oficio; en este último caso será discrecional y deberá estar justificada por un motivo de oportunidad específico y actual (artículo 174, párrafo 2°, lgap). Sólo cabe la nulidad relativa si el acto invalidado es de gravamen, puesto que, si es favorable o declaratorio de derechos, la anulación en sede administrativa no está permitida,

siendo necesario que la administración pública respectiva haga uso del proceso de lesividad (artículo 183, párrafo 3°, lgap).

b) La nulidad relativa no puede ser declarada de oficio en vía jurisdiccional.

c) La legitimación en vía administrativa para demandar la nulidad relativa es amplia.

d) La declaratoria de nulidad relativa tiene efectos constitutivos, puesto que hay una nueva actuación que no se limita a declarar el vicio sino que es un nuevo acto que dispone la anulación del acto viciado para el futuro; sus efectos son prospectivos —ex nunc—, excepto cuando es necesario darle un efecto retroactivo para evitar daños al destinatario, a terceros o al interés público (artículo 178, lgap).

5. EFICACIA

A) General

Nuestro ordenamiento jurídico-administrativo asienta, como regla general, que el acto administrativo produce efectos luego de comunicado (artículos 140 y 334, lgap).

El fundamento de tal requisito son la seguridad y la certeza jurídicas del administrado para que pueda conocer los términos que rigen su relación con la administración pública. Así, el ordinal 239 de la lgap estatuye que "todo acto de procedimiento que afecte derechos o intereses de las partes o de un tercero, deberá ser debidamente comunicado al afectado, de conformidad con esta ley". Con este requisito deben cumplir, únicamente, los actos administrativos externos, esto es, que inciden, directa o indirectamente, sobre la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado, resultando innecesario cuando se trata de actos administrativos internos como órdenes, instrucciones o circulares, los que, en tesis de principio, carecen de valor ante el ordenamiento general del Estado cuando perjudican al administrado (artículo 122, párrafo 1º, lgap).[11] Lógicamente, en aras del principio de publicidad que rige todo el actuar administrativo, los actos internos deben exponerse en vitrinas o murales en la oficina respectiva por el plazo mínimo de un mes y compilarse en un repertorio puesto permanentemente a disposición de los servidores públicos y de los administrados (artículo 125, párrafo 1º, lgap).

El acto administrativo puede tener eficacia desde la fecha misma de su adopción, sin necesidad de su comunicación. Así sucede en dos hipótesis: a) cuando el acto concede únicamente derechos —acto favorable o declaratorio de derechos— (artículo 140, lgap) y b) cuando se trata de actos administrativos internos (artículos 120, párrafo 1º, y 122, párrafo 1º, lgap), como un reglamento autónomo de organización o una circular, dado que su principal característica es que no inciden en la esfera del administrado, por lo que no es requisito de eficacia su comunicación a éste (artículo 334, lgap).

La eficacia del acto administrativo puede estar supeditada a la aprobación de otro órgano o ente público, por razones de fiscalización o de tutela administrativa (por ejemplo, aprobaciones o refrendos de la Contraloría General de la República en materia de hacienda pública —presupuesto— y contratación administrativa). Consecuentemente, mientras no se produzca el acto aprobatorio, el acto administrativo fiscalizado no cobra

11 Excepcionalmente tienen relevancia externa ante los administrados cuando los beneficien (artículo 122, párrafo 1º, lgap), estén regulados por ley, por un reglamento o por cualquier otra norma del Estado, o cuando el acto interno afecte la relación de servicio (artículo 123, lgap).

eficacia ni podrá comunicarse, ejecutarse ni impugnarse (artículos 145, párrafo 4º, de la lgap, y 12, párrafo 6º, del opca). El acto aprobatorio hará que los efectos del acto administrativo aprobado o fiscalizado se retrotraigan a la fecha de su adopción, salvo norma expresa en contrario (artículo 145, párrafo 2º, lgap).

Del contenido natural o accidental (por ejemplo, acto que contiene una condición suspensiva por cuya virtud surtirá efectos tres meses después de dictado para tomar las previsiones del caso antes de su ejecución) puede derivar la necesidad de cumplir ciertos requisitos de eficacia (artículo 145, párrafo 1º, lgap).

La lgap reconoce dos formas básicas de comunicación, que son la publicación para los actos administrativos de alcance general y la notificación para los de alcance particular.

B) Publicación

Se practica mediante una publicación en el diario oficial La Gaceta. El numeral 240, párrafo 2º, de la lgap, establece una excepción a la regla señalada de la comunicación de los actos generales, puesto que cuando éstos afectan particularmente a una persona, y el lugar para recibir notificaciones consta en el expediente administrativo o es conocido por la propia administración pública, el acto administrativo debe ser notificado.

Nuestra lgap sienta una regla general sana y relevante para evitar indefensiones de los administrados, que consiste en que la publicación, normalmente, no sustituye a la notificación (artículo 241, párrafo 1º, lgap). Excepcionalmente, la publicación sustituye a la notificación en los supuestos taxativamente indicados por el ordenamiento jurídico (artículo 241, párrafos 2º y 3º), que son los siguientes:

a) Cuando se ignore o esté equivocado, por culpa del administrado, el lugar para recibir notificaciones; en cuyo caso la comunicación se tiene por hecha cinco días después de la publicación.
b) Para la primera notificación en un procedimiento, si no consta en el expediente respectivo el lugar para recibir notificaciones.

En tales casos de sustitución de la notificación por una publicación, debe efectuarse tres veces consecutivas en el diario oficial La Gaceta y los términos se contabilizan a partir de la última (artículos 241, párrafo 4º, y 256, párrafo 4º, lgap).

C) Notificación

Se comunican por notificación los actos administrativos concretos (destinados a un "sujeto identificado") —artículos 120, párrafo 1º, y 240, párrafo 1º, lgap—. La notificación es el acto administrativo que tiene como fin poner en conocimiento de los interesados un acto administrativo anterior que les afecta de manera particular. Como acto de comunicación que es, tiene independencia sustancial respecto del acto administrativo comunicado; en consecuencia, puede adolecer de una nulidad absoluta o relativa y cualquier defecto que padezca no incide sobre la validez del último.

En cuanto a la forma, la notificación puede ser efectuada personalmente, por medio de telegrama o por carta certificada, dirigida al lugar designado por el administrado. De no haber señalamiento, se hace en la residencia, lugar de trabajo o dirección del interesado, si consta en el expediente administrativo por indicación de la propia administración pública o de cualquiera de las partes interesadas (artículo 243, párrafo 1º, lgap).

En el supuesto de la notificación personal, servirá como prueba de la misma la respectiva acta firmada por el interesado, y el notificador (artículo 243, párrafo 2º, lgap). En tratándose de telegrama o carta certificada, la notificación se tiene por hecha con la boleta de retiro o el acta de recibo firmada por quien hace la entrega (artículo 243, párrafo 3º, lgap). El artículo 243, párrafo 4°, de la lgap —después de su reforma por la Ley de Notificaciones Judiciales, Ley 8687, del 11 de diciembre de 2008)—, admite la notificación por correo electrónico, fax o por cualquier otra forma tecnológica que permita la seguridad del acto, siempre que por la naturaleza de la resolución no se requiera su notificación personal.

Cuando el acto administrativo tenga varios destinatarios, debe comunicarse a todos ellos, salvo que actúen unidos bajo una misma representación o si han designado un solo domicilio para recibir notificaciones (artículo 244, párrafo 1, lgap).

En aras de los intereses tutelados con la notificación, el ordenamiento jurídico establece, además de la obligación de efectuarla, su contenido, so pena de nulidad (artículo 247, lgap). El ordinal 245 de esta ley dispone que la notificación debe contener el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, el órgano que los resolverá, ante quién deben interponerse y el plazo para interponerlos. Asimismo, cuando se trata de un acto motivado por referencia debe contener copia de las peticiones, propuestas, decisiones o dictámenes que hayan determinado su adopción (artículos 335 y 136, párrafo 2º, lgap). Finalmente, debe advertirse que la publicación que supla a la notificación debe contener los mismos requisitos de ésta (artículo 246, lgap).

6. EXTINCIÓN

Como causales legislativas de extinción del acto administrativo destacan las siguientes:

A) Revocación

Se puede dar respecto de los actos discrecionales por divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, los derechos creados o la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica que se extingue (artículo 152, lgap). Se admite la revocación originaria por una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que originaron el acto o el interés público afectado como sobrevenida por la aparición de nuevas circunstancias de hecho inexistentes o desconocidas al momento de dictarse el acto (artículo 153 de la misma ley).

B) Anulación a instancia de parte o de oficio

La anulación a instancia de parte cabe mediante la interposición del recurso ordinario procedente (artículo 180) por el administrado interesado. La de oficio, por la propia administración pública, cuando se trate de actos favorables o declaratorios de derechos para el administrado, procede cuando presenta una nulidad evidente y manifiesta así dictaminada por la Procuraduría General de la República y en el marco de un procedimiento administrativo ordinario que garantice el debido proceso y la defensa (artículo 173, lgap). La anulación oficiosa de un acto de gravamen es posible cuando el administrado dejó caducar los recursos administrativos o las acciones procedentes, siempre que se verifique en beneficio de éste y de sus derechos (artículo 183, lgap).

VI. Procedimiento administrativo[12]

1. General

En nuestro ordenamiento jurídico el procedimiento administrativo es objeto de una regulación sistemática y profunda a partir de la lgap de 1978, que tuvo la clara aspiración de establecer un procedimiento uniforme, común y general con el propósito de erradicar la inseguridad jurídica que provocaba la dispersión, la atomización y la asimetría vigente en la legislación anterior con múltiples y diversos procedimientos que eran la delicia del funcionario público arbitrario y autoritario y, desde luego, la desgracia para el administrado honrado y de buena fe. El propósito de uniformidad de la codificación de 1978 fue logrado parcialmente, puesto que, si bien se justificó, razonablemente, la posibilidad de coexistencia de un procedimiento general y común con algunos especiales por razón de la materia, la comedida excepción contemplada por el legislador de 1978 fue desbordada por vía de decretos ejecutivos. En este trabajo nos concentraremos en los procedimientos administrativos generales y comunes, omitiendo el análisis de los especiales por razón de la materia (por ejemplo, tributario, aduanero, migración y extranjería, etcétera), básicamente por razones de espacio.

2. Tipología legal de procedimientos administrativos comunes

A) Procedimiento ordinario

Se encuentra regulado en el capítulo primero del título sexto, "De las diversas clases de procedimientos", del libro segundo de la lgap (artículos 308 a 319).

En este tipo de procedimiento administrativo se trata de garantizar de manera amplia y suficiente el debido proceso, el derecho de defensa y el contradictorio, por la naturaleza, trascendencia y complejidad de las cuestiones que se debaten en el mismo. Se pretende garantizar una discusión plenaria (cognición plena), por lo cual es el rey de los procedimientos administrativos regulados.

Su objeto está predeterminado por la ley; concretamente, por el artículo 308 de la lgap, en cuanto establece que es de observancia preceptiva en tres grandes supuestos, que son los siguientes:

a) Cuando el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos e intereses legítimos y, en general, cuando se le pueda provocar una lesión grave y directa a esas situaciones jurídicas de carácter sustancial (artículo 308, párrafo 1°, inciso a, lgap).

En realidad, el legislador de 1978 emplea una fórmula muy amplia que permite ubicar en tales hipótesis los actos administrativos desfavorables o de gravamen que cercenan la esfera patrimonial o extrapatrimonial del administrado. De modo que, a contrario sensu, podrá afirmarse, apriorísticamente, que el procedimiento sumario puede emplearse cuando el procedimiento administrativo conduzca al dictado de un acto favorable o declaratorio de derechos —en cuanto amplía la esfera del administrado (por ejemplo,

12 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de derecho administrativo, tomo iii, Procedimiento administrativo,* San José, iusconsultec/Editorial Jurídica Continental, 2007, in totum.

otorgamiento de un permiso, concesión, etcétera)—; sin embargo, se debe ser prudente, puesto que formular un juicio de probabilidad de esa índole es harto difícil al incoarse un procedimiento, dado que eventualmente puede concluir con un acto denegatorio, que como tal debe sustanciarse en un procedimiento ordinario.

b) Cuando existe contradicción o concurso de interesados frente a la administración en el expediente (artículo 308, párrafo 1°, inciso b, lgap). La norma está referida a los procedimientos administrativos triangulares, en los que puede existir una pluralidad de interesados en sus diversas modalidades.

c) Cuando se trata de procedimientos disciplinarios cuyo acto final pueda constituir una sanción de suspensión o destitución[13] o cualquiera otra de similar gravedad (artículo 308, párrafo 2°, lgap). La norma resulta suficientemente interpretada, a contrario sensu, puesto que podrán ser objeto de un procedimiento sumario, a modo de ejemplo, las amonestaciones verbales o por escrito, salvo, claro está, que en virtud de la averiguación de la verdad real se logre constatar en el curso del procedimiento que la falta está más gravemente sancionada con suspensión o despido, supuesto en el cual el sumario debe ordinariarse.

Las diferencias del procedimiento ordinario con respecto al sumario consisten, desde una perspectiva esquemática, en las siguientes: a) El procedimiento ordinario debe sustanciarse en el plazo de dos meses (artículo 261, párrafo 1°, lgap). En tanto que el sumario debe concluirse por acto final en un mes (artículo 325 de la misma ley). b) En el ordinario existe una comparecencia oral y privada para admitir y recibir la prueba y los alegatos de las partes (artículo 309, párrafo 1°), la cual también se aprovecha para formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y los resultados de aquélla (artículo 317, párrafo 1°, inciso f, lgap). En el sumario "no habrá debates, defensas ni pruebas ofrecidas por las partes" (artículo 321, párrafo 1°, lgap), siendo que, incluso, "las pruebas deberán tramitarse sin señalamiento, comparecencia ni audiencia de partes" (artículo 321, párrafo 2°, lgap). En este tipo de procedimiento únicamente habrá una audiencia escrita de conclusiones sucintas, una vez instruido el expediente, sobre los hechos alegados, la prueba producida y los fundamentos jurídicos en que apoyan sus pretensiones (artículo 324). c) La tercera y más relevante —desde una perspectiva sustancial u objetiva— de las diferencias estriba en el objeto o en las materias que se conocen y resuelven en sendos tipos de procedimientos, aspecto al que ya se hizo referencia arriba.

B) Procedimiento sumario

Está normado en el capítulo segundo del título sexto, "De las diversas clases de procedimientos", del libro segundo de la lgap (artículos 320 a 326, lgap).

En lo relativo a su naturaleza, este procedimiento está imbuido por los principios de celeridad, economía y sencillez, por lo que supone un acortamiento, reducción y simplificación de los trámites por contraste con el ordinario. En la tensión clásica entre eficiencia y garantía, el procedimiento sumario opta por la primera, razón por la cual las ga-

13 "Así, tratándose de infracciones para las cuales está previsto como sanción el despido o la suspensión del cargo, necesariamente debe seguirse el procedimiento ordinario, mientras que si está en presencia de otro tipo de faltas, el procedimiento a observar sería el sumario…" Procuraduría General de la República, dictamen C-092-98, 19 de mayo de 1998.

rantías del debido proceso y la defensa se ven reducidas. En este tipo de procedimiento existe una cognición sumaria y no plenaria como en el procedimiento ordinario.

En lo tocante al objeto, el artículo 320 de la lgap prescribe que "cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308, la administración seguirá un procedimiento sumario", de modo que la definición de su objeto es negativa o residual —por exclusión—. Bajo esta inteligencia, su objeto puede ser el siguiente: a) cuando se trate del dictado de actos administrativos favorables o declaratorios de derechos; b) en los procedimientos lineales cuyo acto final no sea de gravamen y c) en los procedimientos disciplinarios cuyo fin sea la investigación de una falta leve o levísima que no genere una sanción de suspensión o despido.

Debe advertirse que el artículo 326, párrafo 1°, de la lgap, prevé la posibilidad de convertir el procedimiento sumario en uno ordinario por la "complejidad e importancia" de la materia a tratar. Ésta es una cláusula abierta o una válvula de escape que puede provocar una suerte de confusión en torno al objeto del sumario, puesto que no cabrá observarlo, ya no sólo en las hipótesis del artículo 308 de la lgap, sino cuando la materia que se va a resolver y conocer tenga complejidad e importancia, criterios que, eventualmente, dejan librada a la discrecionalidad de la propia administración pública la determinación de las hipótesis, pese a la audiencia y la aprobación por el superior que prevé el párrafo 2° del artículo 326 de la lgap.

En cuanto a las diferencias formales y sustanciales con el procedimiento ordinario, ya fueron enunciadas arriba, de modo que nos remitimos al epígrafe correspondiente.

C) Procedimiento de revisión o de impugnación

El título octavo, "De los recursos", del libro segundo de la lgap los norma. Este tema será objeto de estudio y análisis más adelante. De momento cabe adelantar que la lgap regula los recursos ordinarios (revocatoria, reposición y apelación, artículos 342 a 352) y el extraordinario de revisión (artículos 353 a 355).

D) Procedimiento de urgencia

En el título primero, "Principios generales", del libro segundo de la lgap, se regula este procedimiento. El artículo 226, párrafo 1°, dispone al efecto lo siguiente: "En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial".

Nuestro ordenamiento jurídico carece de una cláusula general que autorice la suspensión y la sustitución del ordenamiento jurídico vigente por razones de urgencia; empero, existen algunas leyes sectoriales. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional (voto 3410-92 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992 —reiterado en el voto 1369-2001 de las 14:30 horas del 14 de febrero de 2001—), para que exista un estado de necesidad o urgencia administrativo debe concurrir alguna de las hipótesis del ordinal 180, párrafo 3°, de la Constitución Política, esto es, una "guerra", una "conmoción interna" o una "calamidad pública".

El procedimiento administrativo sustitutivo especial o de urgencia previsto en el artículo 226, párrafo 1°, de la lgap, será aplicable, única y exclusivamente, cuando concurra alguna de las circunstancias anormales estipuladas en el numeral 180, párrafo 3°, de la Constitución Política, esto es, por "guerra", por "conmoción interna" o por "calamidad

pública" (por ejemplo, agresión externa, guerra civil, desorden público interno causado por levantamientos de distintos sectores sociales, terremotos, huracanes, inundaciones, etcétera). La norma deja claro cómo el principio de necesidad sustituye al de legalidad, por lo que puede desaplicarse o sustituirse el procedimiento vigente y sus trámites en condiciones normales para aplicar uno nuevo de factura administrativa y no legislativa, temporal y ajustado a las condiciones excepcionales que deben enfrentarse.

E) Procedimientos especiales

La lgap tiene la pretensión de establecer un procedimiento administrativo común o general para todas las administraciones públicas, tal como se desprende de los artículos 229, párrafo 1°, y 367, párrafo 1°, al señalar, respectivamente, lo siguiente: "El presente libro regirá los procedimientos de toda la administración, salvo disposición que se le oponga" y "Se derogan todas las disposiciones anteriores que establezcan o regulen procedimientos administrativos de carácter general, o cuya especialidad no resulte de la índole de la materia que rijan".

De esta forma, la propia lgap admite la existencia de procedimientos especiales por la índole de la materia que rijan, tanto que el artículo 367, párrafo 2°, establece un elenco de los mismos (procedimientos expropiatorios, tributarios, para concursos y licitaciones, etcétera), el cual fue ampliado de manera exorbitada por los decretos ejecutivos 8979-P del 30 de agosto de 1978 y 9469-P del 20 de diciembre de 1978.[14] Incluso, el párrafo 3° del artículo 367 de la lgap establece que "los casos exceptuados en el párrafo anterior continuarán rigiéndose por sus normas de procedimientos especiales". La vigencia o conservación —no derogación—, aunque sea subordinada y complementaria respecto de la lgap, de las leyes que establezcan y regulen procedimientos especiales por razón de la materia, no sólo es dispuesta por el artículo 367, párrafo 1°, sino también por el artículo 368, párrafo 1°, al señalar que "se mantienen vigentes, pero como complementarias o subordinadas a ésta, las demás leyes, reglamentos y otras normas

14 Respecto del artículo 367, párrafo 2°, inciso h, de la lgap, la Sala Constitucional no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el fondo. Así, en el voto 845-95 de las 15:51 horas del 14 de febrero de 1995, se rechazó por el fondo la acción de inconstitucionalidad, puesto que el asunto base —amparo— no era idóneo al entrañar una cuestión de legalidad. En esa ocasión, el accionante sostuvo que el artículo 367, párrafo 2°, inciso h, de la lgap, es inconstitucional por delegar en el Poder Ejecutivo, por vía de decreto ejecutivo, la determinación de otros procedimientos especiales por razón de la materia excluidos del libro segundo de la primera, con violación de los ordinales 49, 105, 121, 123-129 y 140, incisos 3 y 5, de la Constitución Política. La Procuraduría estimó que la garantía del debido proceso quedaba satisfecha con la obligada aplicación supletoria de la lgap a esos procedimientos especiales, según su propio tenor literal y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional a partir del voto 617-90 de las 16:00 horas del 5 de junio de 1990. Posteriormente, en el voto 6686-96 de las 15:45 horas del 10 de diciembre de 1996, nuevamente la sala rechazó de plano la acción de inconstitucionalidad, por no encontrase el asunto base en fase de agotamiento de la vía administrativa. En este caso el gestionante alegaba que el artículo 367, párrafo 2°, inciso h, de la lgap, y los decretos ejecutivos 8979-P del 28 de agosto de 1978 y 9469-P del 18 de diciembre de 1978, eran inconstitucionales por quebrantar los principios de división de poderes, indelegabilidad de las funciones, reserva de ley y proporcionalidad con infracción de los ordinales 9, 121 y 129 de la Constitución Política. Lo anterior por facultar al Poder Ejecutivo para que por medio de decreto ejecutivo desaplique el libro segundo de la lgap; consecuentemente, estimó que tales decretos son leyes delegadas.

de procedimientos existentes para materias especiales, a condición de que sean necesarios por razón de la índole propia de tales materias".

El concepto de leyes complementarias —las que regulan procedimientos especiales— significa que la lgap se mantiene como la principal o fundamental, por su carácter imperativo (ius cogens) o de orden público y derogatorio de todas las que se le opongan —artículo 364, párrafo 1°, lgap—, y las especiales tendrán, por consiguiente, un carácter eminentemente accesorio o complementario, en lo no expresamente dispuesto o en lo que resulte más garantista para los administrados. En lo relativo al concepto de subordinada a la lgap, significa que ésta tiene mayor potencia y resistencia jurídica y, por consiguiente, un mayor grado o valor jerárquico y preeminencia en caso de laguna (ausencia de norma)[15] o antinomia (contradicción de normas) (artículo 364, párrafo 2°, lgap).

A lo anterior debe agregarse que el libro segundo de la lgap en materia hermenéutica, para efectos de aplicación de las leyes que regulen procedimientos especiales en razón de la materia por los diversos operadores jurídicos, servirá como parámetro o criterio de orientación (artículo 364, párrafo 2°, lgap).[16] De modo que los principios generales, institutos y garantías contenidas en la lgap servirán de parámetros de interpretación de todas las leyes que establezcan procedimientos especiales y deberán aplicarse supletoriamente, según se indica en el voto 617-90 de la Sala Constitucional, de las 16 horas del 5 de junio de 1990.[17] En el voto 5653-97 del 16 de septiembre de 1997, la Sala Constitucional estimó que la laguna procesal en que pueda incurrir una determinada legislación en lo que se refiere a cómo se debe tramitar la emisión de un acto que deniegue o revoque derechos a los administrados, debe solventarse —precisamente— a través del procedimiento del libro segundo de la lgap (al respecto, puede consultarse, entre otras, la sentencia 5184-96 de las 16:48 horas del 2 de octubre de 1996).

De la sentencia transcrita de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República, en el dictamen C-274-98 del 16 de diciembre de 1998, indicó:

15 Por ejemplo, la aplicación en materia municipal del artículo 173 de la lgap para efectos de la revisión o anulación de oficio de un acto favorable. Procuraduría General de la República, dictámenes C-093-92 del 23 de junio de 1992, C-119-92 del 3 de agosto de 1992, C-024-94 del 10 de febrero de 1994 y C-079-94 del 11 de mayo de 1994.

16 Procuraduría General de la República, dictámenes C-122-91 del 15 de julio de 1991 y C-173-95 del 7 de agosto de 1995.

17 "ii. Que el artículo 367, inciso 2, de la Ley General, exceptúa de la aplicación de la misma, en lo relativo a procedimiento administrativo, una serie de situaciones señaladas expresamente en ocho incisos, sin que se observe cómo tal exclusión pueda infringir los artículos de la Convención que apunta el accionante. Dichas disposiciones establecen el derecho de acceso al Poder Judicial, el principio de presunción de inocencia y las garantías mínimas a que tiene derecho toda persona dentro de los procesos judiciales (artículo 8), y el derecho a recurrir a la vía del amparo cuando existieren actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 25). Es evidente que la infracción que le imputa el accionante al artículo 367, inciso 2, de la Ley General, no existe frente a los indicados artículos, pues de ninguna manera se refieren a la situación planteada. En todos los procesos administrativos existe la posibilidad de recurrir al Poder Judicial, aun en los excluidos de la aplicación de la Ley General en cuanto al procedimiento administrativo, y la vía del amparo está abierta frente a eventuales violaciones de derechos fundamentales. Las situaciones exceptuadas poseen su propio procedimiento en la ley o el reglamento y, de todos modos, supletoriamente se les aplica la propia Ley General en lo no dispuesto expresamente (artículo 368 de dicha Ley General)."

> Se infiere de lo dicho por el Tribunal Constitucional, que tales exclusiones no son absolutas pues las normas del procedimiento administrativo reguladas en la Ley General de la Administración Pública son aplicables como garantía de respeto de los derechos del administrado, en especial, del debido proceso. A la luz de esta afirmación, dicha ley se aplica en forma supletoria aun en los procedimientos regulados en forma independiente.

Así, en el dictamen C-173-95 del 7 de agosto de 1995, la Procuraduría General de la República estableció los siguientes lineamientos:

> En cuanto a procedimiento debe acudirse al señalado en la Ley General de la Administración Pública en los siguientes casos:
>
> 1) Cuando no se trate de materia expresamente excluida por el artículo 367 y los decretos concordantes.
>
> 2) Cuando se trate de materia excluida, pero sin procedimiento especial regulado.
>
> 3) Cuando se trate de materia excluida pero el procedimiento especial no garantice el debido proceso […]
>
> 4) Como fuente supletoria se aplicará en el caso de materia excluida sobre lo no dispuesto expresamente. En caso de duda prevalece sobre la materia excluida. También en materia de interpretación informa orientando la aplicación […]

A manera de conclusión podemos indicar que la exclusión establecida por el artículo 367.2 de la Ley General de la Administración Pública sólo puede darse cuando los procedimientos excluidos se encuentren regulados. Además, no bastará la simple regulación sino que ella deberá resguardar los principios que informan el debido proceso, pues de lo contrario, como hemos indicado, esta ley se convierte en un instrumento de aplicación supletoria y obligatoria.

3. Principios generales de los procedimientos administrativos

La lgap enuncia varios principios de los procedimientos, así como existen otros que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional;

a) Impulsión de oficio (artículo 222, lgap).
b) Verdad real (artículos 214, párrafo 2°; 221; 297, párrafo 1°, y 321, párrafo 1°, lgap).
c) Instrucción (artículos 221 y 297, párrafo 1°, lgap).
d) Informalismo en favor del administrado (artículo 224, lgap). e) Debido proceso. Ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, comprende la intimación o traslado de cargos, los derechos a formular alegatos y ofrecer pruebas, de acceso al expediente administrativo, de defensa material o técnica, de comunicación de las resoluciones administrativas, de motivación de éstas y de la posibilidad de recurrirlas (artículos 217, 218, 220, 272-274 y 317, lgap).
f) Carácter predominantemente escrito. Deriva de la mediación propia de la distinción entre órgano director —instructor— y órgano decisor, las responsabilidades del jerarca que debe delegar la instrucción, la relación jerárquica de la organización ad-

ministrativa y la exigencia de que los actos administrativos deben manifestarse, en principio, por escrito. Esta tendencia se está revirtiendo parcialmente con los tribunales administrativos especializados —en ciertos procedimientos especiales por razón de la materia—; así, por ejemplo, en materia registral y ambiental, con los respectivos Tribunal Registral Administrativo y Tribunal Ambiental Administrativo; en estos casos es posible implementar la oralidad, por cuanto se trata de órganos administrativos dedicados exclusivamente a resolver conflictos de intereses, por lo que no se ocupan de la administración activa cotidiana.

g) Gratuidad (artículo 328, lgap). Este principio puede provocar un efecto adverso, por cuanto, tratándose de procedimientos administrativos complejos en los que se discuten cuestiones de suma trascendencia, el administrado suele asistirse de patrocinio letrado, siendo que si sale victorioso no existe posibilidad de recuperar las costas.

h) Celeridad, economía, simplicidad, eficacia y eficiencia (artículos 225, párrafo 1°, y 269, párrafo 1°, lgap).

i) Participación. Se ha ido implementando, progresivamente, en ciertas materias, como la elaboración de reglamentos, urbanística, protección al consumidor, ambiental y fijación de tarifas de servicios públicos regulados.

4. Elementos subjetivos y objetivos del procedimiento

En cuanto a las administraciones públicas, la lgap tiene una amplia regulación de la competencia, sus criterios de atribución (artículos 59 a 70), los conflictos de competencia (artículos 71 a 82), las figuras de transferencia o cambios de competencias (artículos 83 a 98), las relaciones interorgánicas y de jerarquía, y el deber de obediencia (artículos 99 a 110), el funcionamiento de los órganos colegiados (49 a 58), la abstención y la recusación (artículos 230 a 238).

En lo que toca al administrado interesado, la lgap norma detalladamente la capacidad para ser parte procedimental, la legitimación (todo el que tenga un interés legítimo personal o colectivo o un derecho subjetivo que pueda ser afectado, lesionado o satisfecho por virtud del acto final; artículo 275, lgap), la representación y la defensa (artículos 220, 282, 283, lgap) y la pluralidad de partes (intervención excluyente de un tercero y adhesiva; artículos 280 y 281, lgap).

Concerniente a los elementos objetivos, la lgap aborda el lugar del procedimiento (sede normal del órgano y dentro de sus límites territoriales de su competencia, so pena de nulidad absoluta, salvo que el acto deba realizarse, por su naturaleza, fuera de su sede; artículo 268, párrafo 1°); el tiempo (fijándose el plazo de dos meses para concluirlo por acto final y de un mes para resolver los recursos ordinarios, artículo 261; tres días para emitir las resoluciones interlocutorias, artículo 262; adicionalmente la regla es que los plazos por días incluyen los inhábiles para la administración y sólo los hábiles para los administrados interesados, artículo 256), previéndose la prórroga, la suspensión, la interrupción, la reducción y la anticipación de los plazos (artículos 258, 259, 260, 263 y 265, lgap).

5. Inicio del procedimiento

La lgap prevé el inicio de oficio o a instancia de parte (artículo 284), y también se ha admitido por denuncia que requerirá de una investigación preliminar para determinar el mérito en la apertura, identificar a los presuntos responsables y recabar elementos de juicio para formular el traslado de cargos.

Cuando se inicia a instancia de parte, el artículo 285, párrafo 1°, establece los requisitos del escrito inicial, siendo unos subsanables y otros no. El artículo 292, párrafo 3°, admite el rechazo ad portas, cuando son peticiones extemporáneas, impertinentes o evidentemente improcedentes.

6. MEDIDAS CAUTELARES

La regla es que los recursos administrativos no tienen efecto suspensivo; sin embargo, por excepción —criticable en cuanto que la Sala Constitucional estableció en el voto 8874-04 que la tutela cautelar es un derecho fundamental en el procedimiento administrativo— se prevé la suspensión de la ejecución del acto impugnado (artículo 148, lgap).

Los artículos 69 y 332 permiten la adopción de medidas cautelares positivas o atípicas por razones de "necesidad o conveniencia".

Adicionalmente, el artículo 229, p. 2°, de la lgap, al admitir la aplicación supletoria del Código Procesal Contencioso Administrativo de 2006, permite adoptar medidas ante causam, inaudita altera parte y provisionalísimas.

7. ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En esta fase se incluyen los actos de tramitación o impulsión —sea de los interesados o de la administración—, de comunicación (notificación y publicación; artículos 239-247, lgap) y de citación (artículos 248-254, lgap). En cuanto a los actos de comunicación, por la cláusula supletoria general que remite a la legislación procesal (artículo 229, párrafo 2°, lgap), se ha admitido la notificación por nuevos medios, como correo electrónico, fax, etcétera.

8. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Durante esta etapa se regulan las alegaciones (artículos 217, 219, 317 y 324), los informes o dictámenes (por regla, facultativos y no vinculantes, artículo 303), el trámite de audiencia e información pública en la elaboración de reglamentos (artículos 361 a 363), la prueba (de oficio o a instancia de parte —artículos 221; 297, párrafo 1°, y 317—, se admiten todos los medios probatorios permitidos por el derecho público aunque no sean admisibles por el derecho común —artículo 298, párrafo 1°— y debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica —artículo 298, párrafo 2°—) y la comparecencia oral o privada en el procedimiento ordinario para formular alegatos y ofrecer la prueba (artículos 218; 309, párrafo 1°, y 317, párrafo 1°), admitiéndose sólo una y excepcionalmente dos (artículo 309).

9. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Se prevé la terminación normal por el dictado del acto final (artículo 327, lgap). Asimismo, se contemplan los modos de terminación anormal o anticipada, como la renuncia (artículo 337, párrafo 2°), el desistimiento (artículo 337, párrafo 1°), la caducidad (artículo 340, párrafo 1°) y el silencio negativo o positivo (artículos 261, 330 y 331). Algunas leyes sectoriales prevén la terminación por conciliación o arbitraje (por ejemplo en materia de protección al consumidor y de expropiación).

10. Agotamiento facultativo de la vía administrativa y recursos administrativos

La Sala Constitucional, en el voto 3669-2006, declaró inconstitucional el agotamiento preceptivo de la vía administrativa dispuesto en la lrjca de 1966, al considerarlo un privilegio injustificado de las administraciones públicas que lesionaba el principio de igualdad y el derecho de acceso a la jurisdicción, por lo que se dispuso que el agotamiento sea facultativo u optativo. Quedaron a salvo los agotamientos dispuestos por norma constitucional específica (materias de contratación administrativa y municipal). El cpca de 2006 recogió parcialmente (artículo 31) la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional al consagrar como regla el agotamiento facultativo —con algunas matizaciones o excepciones que hemos denominado "cuasi agotamiento preceptivo" —.

La lgap prevé los recursos ordinarios de revocatoria y de apelación, así como el de reconsideración cuando quien resuelve es el jerarca en única instancia (artículo 343). Dentro de su régimen común debe destacarse que cabe recurrir tanto los actos finales como los de trámites de efectos jurídicos propios (artículos 163, párrafo 2°; 342, y 345, párrafo 3°), su uso potestativo (artículo 347) y que no requieren de una redacción o pretensión especial por el informalismo a favor del administrado (artículo 348).

En materia de apelación, se introducen matizaciones como la reformatio in pejus, cuando se trate de una nulidad absoluta (artículo 351, párrafo 2°) y una única instancia de alzada cualquiera que sea la procedencia del acto (artículo 350, párrafo 1°). Asimismo, se prevé la jerarquía propia o natural, y la impropia —para revisar únicamente la legalidad, artículo 181— de conocimiento de un órgano administrativo que no es el superior jerárquico (monofásica) o, incluso, de un órgano judicial que ejerce una función materialmente administrativa (bifásica) —esta última se ha estimado, salvo si hay disposición constitucional expresa, inconstitucional en cuanto lesiona los principios de reserva de jurisdicción y separación de funciones en el voto 68662005 de la Sala Constitucional—.

Finalmente, se prevé el recurso extraordinario de revisión en sede administrativa, por las causales expresamente tasadas en el artículo 353 de la lgap (esto es, manifiesto error de hecho, aparición sobrevenida de documentos de valor esencial para resolver el asunto, que se desconocían al dictar el acto final o de imposible aportación en ese momento, documentos o testimonios declarados falsos con posterioridad, dictado del acto final como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, y así se haya declarado en sentencia judicial).

VII. Responsabilidad administrativa[18]

1. Evolución histórica

En lo relativo al desarrollo de la responsabilidad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico, durante el siglo pasado y en el presente podemos identificar dos grandes etapas.

La primera fase estuvo marcada por la promulgación de la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, que contiene una serie de principios, valores y preceptos que

18 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de derecho administrativo, tomo ii, Responsabilidad administrativa*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2005, in totum.

le dan fuerte asidero constitucional a la responsabilidad administrativa o de los poderes públicos frente a los administrados (entre otros, principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas —artículos 18 y 33—, derecho resarcitorio y acceso a la jurisdicción para hacerlo efectivo —artículo 41— y principio de la intangibilidad del patrimonio —artículo 45—). Desde esa fecha y hasta 1978, esto es, durante más de 29 años, pese a los vanos intentos y a las contribuciones doctrinales que abogaron, en su momento, por una aplicación directa e inmediata de la Constitución, en la práctica judicial la responsabilidad administrativa permaneció fuertemente anclada en las categorías dogmáticas propias de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana contenidas en el Código Civil de 1886. Por supuesto que durante este periodo se produjeron serios problemas hermenéuticos y de aplicación al resolverse las reclamaciones por responsabilidad planteadas por los administrados contra las administraciones públicas, puesto que el carácter predominantemente subjetivo de la responsabilidad del derecho común prácticamente volvía irresponsables e inmunes a los poderes públicos, a pesar de haberle causado una lesión antijurídica a un particular al desplegar su función administrativa. Lo anterior, pese a que en el interregno se dictaron leyes de especial importancia en el ámbito del derecho administrativo formal o adjetivo, como la reforma parcial al ordinal 49 de la Constitución Política por medio de la Ley 3124 del 25 de junio de 1963, que propugna por un control plenario y universal de legalidad de la función administrativa y la creación de la jurisdicción especializada contencioso-administrativa, con la ley reguladora de ese orden jurisdiccional, Ley 3667, del 12 de marzo de 1966, la cual, en su artículo 2°, inciso b, dispuso claramente que serían del conocimiento de esa jurisdicción "las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y demás entidades de la administración pública"; adicionalmente, indicó en su ordinal 4°, inciso b, que los actos políticos o de gobierno (relativos a las relaciones entre los poderes del Estado o relaciones internacionales), si bien estarían exentos de la fiscalización de su legalidad y validez, las indemnizaciones que fueran procedentes, como consecuencia de su adopción, sí serían de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Empero, a pesar de tales avances formales en materia de responsabilidad administrativa, se requeriría de 12 largos años más para un desarrollo sustantivo de esta institución, siendo que durante ese periodo los jueces que integraron en sus diversas instancias la jurisdicción contencioso-administrativa no asumieron el reto y la aventura intelectual de acuñar pretorianamente la responsabilidad administrativa para propiciar su plena efectividad ante la carencia de textos legales que procuraran su desarrollo. Podemos afirmar que durante esta etapa se acarició el sueño de una responsabilidad administrativa autónoma e independiente, cuya negación fue una realidad que se tradujo en una jurisprudencia fuertemente anquilosada en los criterios de imputación subjetivos y en las limitaciones propias de la responsabilidad extracontractual del derecho civil.

La segunda etapa deviene con la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, Ley 6227, del 2 de mayo de 1978, que supuso un giro copernicano al codificar de forma clara y coherente las reglas y los principios propios de la responsabilidad administrativa ex-tracontractual, en el título séptimo del libro primero, "Responsabilidad de la administración y del servidor público" (artículos 190 a 211).

La Ley General de la Administración Pública de 1978 tiene la virtud de recoger los más significativos avances en materia de responsabilidad fraguados durante centurias por la legislación y la jurisprudencia de países europeos como Francia, España, Italia y Alemania. Este instrumento legislativo, con alguna que otra laguna o antinomia normativa, perfectamente salvable por vía de interpretación, plasmó un sistema de responsabilidad absolutamente objetivo y completo. En efecto, según la mejor tradición doctrinal y legislativa, la Ley General de la Administración Pública contiene unas disposiciones

generales (sección primera, capítulo primero, título séptimo del libro primero) y un régimen común (sección cuarta) que le brindan coherencia, plenitud y autonomía a la responsabilidad administrativa. De otra parte, regula de manera prolija los dos grandes sistemas de responsabilidad administrativa. Así, la sección segunda está referida al régimen de responsabilidad por falta de servicio por conducta ilícita (actividad formal) o funcionamiento anormal (actuaciones materiales) de las administraciones públicas. La sección tercera se ocupa del sistema de responsabilidad sin falta o por sacrificio especial, esto es, por conducta lícita (actividad formal) y funcionamiento normal (actuaciones materiales). De esa manera, todas las lesiones antijurídicas causadas a los administrados y que no tengan la obligación de soportar, derivadas de las distintas y múltiples formas de manifestación de la función administrativa, son eventualmente resarcibles, superándose la inmunidad y la irresponsabilidad administrativa. Debe indicarse que los dos sistemas concebidos en la Ley General de la Administración Pública tienen fuerte fundamento en criterios de imputación de carácter objetivo, como el recientemente reconocido por la Sala Constitucional derecho fundamental de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos y la noción correlativa de falta de servicio (incumplimiento de una obligación administrativa preexistente) y el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas.

A lo anterior debe agregarse que la Ley General de la Administración Pública dedica una sección (primera del capítulo segundo) a la responsabilidad por falta personal del funcionario, único supuesto en que se toman en consideración criterios de imputación subjetivos (dolo o culpa grave), estableciendo una clara solidaridad entre éste y el ente público para el cual sirve. Incluso, en esa hipótesis la ley acude a criterios eminentemente objetivos para vincular la falta personal con el servicio público, como son los criterios de conexión instrumental, circunstancial —tiempo y lugar— y teleológico. Finalmente, en la sección segunda del capítulo segundo está contemplada la acción de regreso o de recuperación de lo pagado, indispensable en un sistema de responsabilidad basado en la solidaridad frente a la víctima del ente con el funcionario, para efectos de moralidad administrativa, de evitar cualquier empobrecimiento ilícito de la administración y la eventual distribución interna de responsabilidades entre la propia administración y sus funcionarios, o entre éstos cuando concurren en la causación del daño.

Pese a la regulación de avanzada, suficiente y completa contenida en la Ley General de la Administración Pública de 1978, se puede identificar en la jurisprudencia una etapa de transición o, quizá, de confusión, entre la aplicación de los principios y criterios hermenéuticos propios del derecho ordinario y los del derecho administrativo contenidos en ese instrumento legal. Hubo que esperar varios años para que los conceptos de la ley de 1978 se asentaran y se asimilaran en la práctica judicial, siendo que, por una suerte de inercia, algunos órganos jurisdiccionales continuaron anclados en ciertas categorías del derecho civil. Actualmente se persiste, en menor medida, en ciertos equívocos y desenfoques en el abordaje y en la solución casuísticade los asuntos de responsabilidad administrativa, situación probablemente atribuible al desconocimiento y a la falta de capacitación de algunos jueces, más que a una intención acomodaticia de privatizar la responsabilidad administrativa.

Como se ve, en nuestro ordenamiento jurídico, durante la primera etapa, se produjo una suerte de irresponsabilidad o de responsabilidad administrativa desteñida o desnaturalizada, propiciada por el indebido empeño judicial de aplicar los criterios de imputación subjetivos a las organizaciones colectivas del derecho público, con las consiguientes dificultades por el carácter normalmente anónimo de las lesiones producidas a los administrados. Durante esta época, los jueces centraron su atención en el autor del daño, con

lo cual la responsabilidad administrativa asumió un claro contorno sancionador cuyo efecto principal fue que el no encontrar un responsable equivalía a declarar responsable al damnificado. A partir de la segunda fase surge un concepto de responsabilidad administrativa reparadora fuertemente asido a criterios de imputación objetivos, que le permiten a la víctima o al damnificado, quien no tiene la culpa de que el funcionario público no haya incurrido en alguna falta, exigir y obtener una indemnización efectiva de la lesión antijurídica irrogada por un ente o funcionario público.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

En general, la responsabilidad administrativa tiene fundamento directo o indirecto en una serie de preceptos, valores y principios constitucionales. Destacan el artículo 9°, que indica que el gobierno de la República es responsable; el 11, en cuanto conmina a los funcionarios públicos a cumplir con los deberes que les impone la ley e introduce la evaluación y la rendición de cuentas en el sector público; el 18 y el 33, en cuanto establecen el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas; el 41, que contempla el derecho a acceder a una justicia pronta y cumplida, y a obtener reparación o resarcimiento ante una lesión antijurídica; el 45, al contemplar el principio de la intangibilidad relativa del patrimonio; el 49, que establece la jurisdicción contencioso administrativa para garantizar la legalidad de la función administrativa; el 50, que consagra la responsabilidad pública por daños al ambiente, el principio de solidaridad nacional proclamado en el artículo 74, las obligaciones constitucionales de los poderes públicos a la eficacia y a la eficiencia y el correlativo derecho de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos (artículos 140.8, 139.4 y 191), y otras normas que indican la responsabilidad de ciertos órganos y entes públicos (artículos 148, 149, 150, 154, 188).

Finalmente, la Sala Constitucional, en el voto 5207-2004, al recoger y hacer mención de los preceptos, valores y principios ya indicados, enunció el "principio constitucional de la responsabilidad administrativa" y la imposibilidad para el legislador ordinario de eximir o exonerar de responsabilidad a un poder público por alguna lesión antijurídica que le cause su funcionamiento normal o anormal, conducta lícita o ilícita, a la esfera patrimonial o extrapatrimonial de los administrados.

3. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

A) Sujeto activo

La lgap prevé tanto la responsabilidad del ente público como del funcionario público, pudiendo ser demanda de manera solidaria (artículo 201).

El funcionario será responsable, por falta personal, en cuanto se trate de una falta firmada o identificada y haya actuado con dolo o culpa grave (artículos 111, 199 y 201, lgap). Incluso, el funcionario de hecho puede generar responsabilidad administrativa, por cuanto su conducta obliga o favorece ante terceros a los entes públicos (artículos 116.2 y 118, lgap).

La lgap no contiene una regulación específica sobre la concurrencia de responsabilidad entre sujetos de derecho público o éstos y otros del derecho privado; son normas específicas las que contemplan, excepcionalmente, el tema (Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley 7762, del 14 de abril de 1998, para el caso de la responsabilidad del concesionario y la administración concedente).

B) Sujeto pasivo

En lo relativo al administrado damnificado o víctima, la lgap no contiene mayores regulaciones, por lo que es menester acudir a la normativa de los códigos civil, penal, procesal civil y procesal penal.

C) Elementos objetivos

A partir del artículo 41 constitucional (acceso a una justicia pronta y cumplida para encontrar reparación a las lesiones antijurídicas) se ha identificado un derecho fundamental resarcitorio y la correlativa obligación resarcitoria (voto 5207-2004 de la Sala Constitucional).

El artículo 190.1 de la lgap dispone que "la administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal".

El daño debe ser "efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo" (artículo 196).

Se admite la responsabilidad por lesión antijurídica de bienes materiales o morales, "lo mismo que por el padecimiento moral y el dolor físico causados por la muerte o por la lesión inferida" (artículo 197).

En relación a las causas de exclusión del nexo causal, el artículo 190.1 establece la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, excluyendo el caso fortuito como no puede ser menos en un sistema de responsabilidad eminentemente objetivo.

En relación con la extinción de la responsabilidad administrativa por prescripción, el artículo 198 dispone que el derecho de reclamar la indemnización a la administración prescribe en cuatro años contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad; el mismo plazo es establecido para las reclamaciones de la administración contra sus servidores públicos. En este caso el plazo corre a partir del conocimiento del hecho dañoso.

4. Sistema de responsabilidad sin falta o por sacrificio especial

A) General

Este sistema tiene su antecedente en el artículo 45 constitucional, que distingue entre la expropiación por causa de utilidad pública como un sacrificio o una carga especial o singular y, por ende, que el administrado no tiene el deber de tolerar o soportar, siendo, por tal circunstancia, indemnizable —previamente, en el caso de la expropiación—, y las cargas generales, llamadas limitaciones de la propiedad por razones de interés social, que deben ser toleradas por los administrados sin indemnización alguna (servidumbres urbanísticas, forestales, ambientales, aeronáuticas, etcétera).

B) Caracteres

El fundamento de este sistema de responsabilidad es el principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, contenido en los artículos 18 y 33 de la Constitución, que proscribe cualquier carga o sacrificio singular o especial. Así, el artículo 194.1 de la lgap establece que la administración será responsable "por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad ex-

cepcional de la lesión"; se exige así la especialidad de la lesión antijurídica, por afectar a una categoría o a una subcategoría de administrados y la anormalidad marcada por la intensidad o ausencia de la obligación de tolerarla o soportarla. A tenor del artículo 194.2, en este supuesto sólo se indemniza el daño emergente y no el lucro cesante o la ganancia razonablemente esperable de no haberse producido la lesión antijurídica. Finalmente, el artículo 195 de la lgap excluye la responsabilidad cuando "el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aun si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso".

Cabe agregar que el artículo 194.3 contempla la responsabilidad del Estado-legislador, cuando la lesión reúna las características de especialidad y anormalidad.

5. Sistema de responsabilidad por falta de servicio

El sustento de este régimen de responsabilidad administrativa es el derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos enunciado por la Sala Constitucional en el voto 5207-2004 y precisado en el voto 7532-2004.

La definición de falta de servicio como el incumplimiento de una obligación administrativa preexistente y su tipología (prestación tardía, defectuosa, omisiones materiales o formales, y el dictado de actos ilícitos o, como indica el artículo 192 de la lgap, la supresión o limitación de derechos subjetivos utilizando ilegalmente potestades) ha sido establecida en la doctrina, así como el elenco genérico de las obligaciones administrativas existentes a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

6. Responsabilidad del funcionario público por falta personal

El artículo 191 de la lgap preceptúa que la administración debe reparar todo daño causado a los derechos subjetivos de terceros "por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o los medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades extraños a dicha misión". Esta norma recoge todos los criterios de conexión de la falta personal con el servicio (instrumental, circunstancial y teleológico).

El artículo 199 de la lgap, al precisar la falta personal, indica que el funcionario público será personalmente responsable ante terceros cuando "haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo".

El damnificado, pese a la responsabilidad solidaria del ente público y el servidor (artículo 201, lgap), no puede obtener más de una indemnización plenaria por la lesión, y la administración o el funcionario público podrán rebajar de su obligación lo pagado por el otro para evitar un doble cobro o el enriquecimiento ilícito (artículo 202.1, lgap).

Los artículos 203 y siguientes de la lgap prevén la distribución interna de responsabilidad entre el ente y los servidores que contribuyeron con su falta personal a provocar una lesión antijurídica a un tercero, tomando en cuenta su "grado de participación", "naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas", así como una acción de regreso a favor del primero. El artículo 210 prevé la responsabilidad del funcionario público ante el ente público por los daños que le cause a éste por dolo o culpa grave, aunque no exista lesión a un tercero.

VIII. Contratación administrativa[19]

1. Fundamento constitucional

La contratación administrativa tiene asidero en una serie de normas constitucionales que mencionan algunos contratos administrativos y, en particular, en el artículo 182 constitucional, que prescribe el procedimiento de licitación, de acuerdo con el monto que establezca la ley, para ciertos tipos contractuales. Hemos sostenido que nuestro derecho constitucional recoge el principio de la libre contratación administrativa, siendo la licitación necesaria —sin calificación de pública o privada— la excepción.[20]

El régimen infraconstitucional de la contratación administrativa se encuentra establecido, de modo general, en la Ley de Contratación Administrativa (lca), Ley 7494, del 2 de mayo de 1995, en sus reformas y en su respectivo reglamento.

2. Cobertura subjetiva y excepciones al régimen de la contratación administrativa

En principio, la Ley de Contratación Administrativa rige toda la actividad de contratación de los entes públicos —administración central y descentralizada— (artículo 1.1). Se excluyen los entes públicos descentralizados corporativos —base asociativa— cuyos ingresos provengan en más de 50% de los agremiados, así como las empresas públicas que asumen una forma de organización colectiva del derecho privado cuyo capital social pertenece mayoritariamente a sujetos privados (artículo 2, párrafo in fine).

Cuando se trata del uso total o parcial de fondos públicos por sujetos de derecho privado, se deben aplicar los principios de la contratación administrativa (artículo 1°, párrafo 2°).

La lca y su reglamento tienen una serie de supuestos excluidos, por lo que podemos hablar en tales casos de "contratación directa" o "libre de procedimientos de contratación", que son los siguientes:

a) Excepciones bajo la responsabilidad de la administración pública contratista (artículo 2°): 1) actividad ordinaria; 2) convenios y tratados del derecho internacional público; 3) contratos interadministrativos; 4) actividad contractual que no pueda o no convenga ser sometida a procedimientos de contratación al existir un único proveedor, por razones especiales de seguridad u otras igualmente calificadas; 5) compras realizadas con fondos de caja chica; 6) contrataciones para construcciones, instalaciones o provisión de oficinas o servicios en el exterior; 7) actividades contractuales que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica; 8) actividad contractual de escasa cuantía.
b) Excepciones bajo el control preventivo de la Contraloría General de la República a través de la autorización respectiva (artículo 2 bis): 1) número limitado de proveedores por la complejidad o el carácter especializado del bien, servicio u obra; 2) nor-

19 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Tratado de derecho administrativo*, tomo iv, Contratación administrativa, San José, iusconsultec/Editorial Guayacán, 2010, *in totum*.

20 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "El principio constitucional de la libre contratación administrativa: desmitificación del voto de la Sala Constitucional No. 998-98", *Revista IVSTITIA*, año 24, núm. 277-278, enero-febrero de 2010, pp. 5-16.

malización o necesidad de compatibilidad en la adquisición de equipo tecnológico por adquisiciones anteriores, y 3) otros casos en que sea indispensable para alcanzar la satisfacción del interés general o evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

c) Actividades contractuales excluidas de la aplicación de la lca al estar sometidas a un régimen jurídico específico (por ejemplo, empleo público y empréstitos públicos, artículo 2°).

d) Contratación administrativa en estados de necesidad o urgencia (artículo 80).

3. Prohibiciones

Las prohibiciones para participar como oferente de la lca cubren a diversos funcionarios públicos que pueden tener un poder de influencia directo o indirecto, y personas físicas o jurídicas en las que éstos tienen injerencia, para un manejo transparente y sano de los recursos públicos. Así, se encuentran incursos en prohibición las siguientes personas (artículo 22 bis): a) miembros de Supremos Poderes y titulares de órganos de control, consulta y de influencia en la contratación administrativa; b) miembros de juntas directivas, presidentes ejecutivos, gerentes y subgerentes de instituciones descentralizadas y empresas públicas, regidores propietarios y alcalde municipal; c) funcionarios de proveedurías y asesorías legales; d) funcionarios públicos con influencia o poder de decisión en el procedimiento de contratación; e) asesores de funcionarios incursos en prohibición; f) personas jurídicas en cuyo capital social participe, tenga cargos de dirección o representación, un funcionario incurso en prohibición; g) funcionarios incursos en prohibición que participan en personas jurídicas sin fines de lucro; h) cónyuge, compañero de hecho o parientes del funcionario incurso en prohibición; i) personas jurídicas en las que el cónyuge, compañero de hecho o parientes del funcionario público incurso en prohibición, sean titulares del capital social o ejercen puestos de dirección o representación; j) personas físicas o jurídicas asesoras en procedimientos de contratación o que hayan participado en elaboración de especificaciones, diseños o planos.

La prohibición se extiende a todas las fases contractuales; puede ser originaria o sobrevenida. Se prevén limitaciones (por ejemplo, proveedor único, actividad ordinaria o interés manifiesto de colaborar con la administración) y su eventual levantamiento (artículos 22 bis y 23).

4. Principios

La lca recoge explícitamente varios principios que rigen tanto los procedimientos de contratación como la ejecución y la extinción del contrato administrativo, como los de eficacia y eficiencia, primacía de la sustancia sobre la forma, conservación de los actos y las actuaciones, igualdad, libre concurrencia o competencia, publicidad y transparencia (artículos 4, 5 y 6).

5. Preparación y formación del contrato: procedimientos de contratación

En relación con los requisitos previos se precisa de una resolución de inicio, de disponibilidad presupuestaria y de previsión de verificación (artículos 7°, 8° y 9°).

El tipo de procedimiento de contratación a seguir dependerá de lo que paute el legislador y, en su defecto, se determinará en función de dos criterios cuantitativos, que son el

monto del presupuesto destinado al periodo respectivo para la compra de bienes y servicios no personales, y el monto del contrato administrativo (artículo 27.1).

Los procedimientos de contratación son los siguientes: a) licitación pública para los contratos que cumplen con los dos criterios cuantitativos indicados, la venta de bienes del dominio público, la concesión de instalaciones públicas, los contratos de cuantía inestimable, el suministro de bienes de elevada cuantía o cuando se emplea la modalidad según demanda y ejecución por consignación y los convenios marco (artículos 27, 41a, 63); b) licitación abreviada para los contratos que se ajustan a los parámetros cuantitativos mencionados, con un ámbito de participación limitada, puesto que se invita a participar a un mínimo de cinco proveedores inscritos en el Registro de Proveedores (artículos 44, 45 y 46); c) remate para la venta o el arrendamiento de bienes del dominio público, cuando sea el medio más apropiado para satisfacer el interés de la administración (artículo 49), y d) subasta a la baja para la adquisición de productos genéricos (artículo 54).

La licitación admite varias modalidades; así, la pública puede ser con invitación o publicación internacional (artículo 43), con financiamiento (artículo 52) o con precalificación (artículos 41 y 51).

Se prevé el agravamiento de los procedimientos de contratación con la utilización de uno más riguroso cuando convenga más a la satisfacción del fin público (artículo 28), así como su degradación por uno más flexible cuando el más riguroso ha sido infructuoso (artículo 30). Finalmente, se prevé la prohibición de fragmentar la adquisición de bienes y servicios con la finalidad de variar o eludir un procedimiento de contratación (artículo 37).

6. Formación del contrato administrativo

En esta fase tiene gran importancia el cartel o pliego de condiciones y su contenido, el sistema o las bases de evaluación o calificación de las ofertas como requisito indispensable para escoger la que mejor satisfaga el interés público, sus modificaciones, prórrogas o aclaraciones, y la invitación pública a participar (artículo 42).

En garantía de los eventuales oferentes se prevé el recurso de objeción al cartel cuando existen vicios en el procedimiento, se infringen principios fundamentales de los procedimientos de contratación o se comete cualquier quebranto del ordenamiento jurídico (artículo 82.1).

La oferta tiene un régimen prolijo, en cuanto a su plazo de presentación, formalidades, contenido, requisitos, documentos adjuntos, subsanación de defectos formales, vigencia, modalidades (en consorcio y conjuntas), apertura, aclaración, estudio y calificación de las elegibles.

Se regula la garantía de participación y sus múltiples vertientes como el monto, las formas de rendirla, la insuficiente, su sustitución, su vigencia, su ejecución y su devolución.

7. Perfección y formalización del contrato administrativo

El contrato administrativo se perfecciona con el acto firme de adjudicación y la garantía de cumplimiento (artículo 32.2). En relación con la adjudicación, se regula una serie de vicisitudes, como el plazo para dictarla y comunicarla, su revocación y su anulación, y

su impugnación, tanto en sede administrativa como jurisdiccional. Por razones de eficacia y eficiencia, se admite un solo recurso administrativo, según el monto de la adjudicación, sea el de revocatoria —ante la administración contratista, artículo 91— o el de apelación —ante la Contraloría General de la República, artículo 84—; en ambos casos se agota la vía administrativa. El proceso contencioso-administrativo debe ser interpuesto dentro de los tres días posteriores a la comunicación de la resolución que resuelve el recurso administrativo (artículos 90.2 y 92e) y no se admite la suspensión de la ejecución del acto de adjudicación, lo que resulta cuestionable a la luz del derecho a la tutela cautelar enunciado por la Sala Constitucional en los votos 6224-2005 y 17306-2008.

Se prevé la declaratoria de concurso infructuoso o desierto (artículos 29 y 30), que permite la variación del procedimiento de contratación.

La garantía de cumplimiento es regulada de manera completa en cuanto a su monto (artículo 34.1), formas, sustitución, ajuste, vigencia, ejecución y devolución.

La formalización del contrato es un requisito ad solemnitatem o de validez cuando el contrato se debe inscribir en el Registro Nacional o la ley así lo imponga (artículo 32.3); para el resto de los contratos es un requerimiento ad probationem (artículo 32.4).

Finalmente, en cuanto a la eficacia, se prevé, según el monto del contrato o el carácter inestimable de su objeto, una aprobación interna por la administración contratista o un refrendo por la Contraloría General de la República (artículos 184 de la Constitución y 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley 7428), del 7 de septiembre de 1994).

8. EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La fase de ejecución contractual arranca con la orden de inicio del contrato (artículo 32, párrafo in fine) y comprende el conjunto de derechos y obligaciones de la administración contratista y del contratante.

A) Derechos de la administración

Entre los derechos de la administración contratante figuran los siguientes: a) la rescisión unilateral (artículo 11.1); b) la resolución unilateral (artículo 11.1); c) la modificación unilateral (artículo 12), cuyo límite es 50% del objeto originalmente pactado, sea en aumento o en disminución; d) la actualización del objeto contractual (artículo 12.2); e) la celebración de un nuevo contrato con el mismo contratista (artículo 12 bis); f) la fiscalización para la ejecución cabal del contrato (artículo 13); g) la ejecución de la garantía de cumplimiento (artículos 14 y 34.2); h) la suspensión del contrato, e i) el acudir a los mecanismos de resolución alterna de conflictos.

B) Derechos de la administración

En el elenco de obligaciones a cargo del ente público figuran las siguientes: a) cumplimiento de lo pactado y colaboración con el contratista (artículo 15); b) tramitación célere y eficiente de las gestiones del contratista (artículo 16); c) pago del precio, y d) verificación de la legalidad de los procedimientos.

D) Derechos del contratista

El contratista cuenta con derechos como los siguientes: a) ejecución íntegra del contrato (artículo 17); b) equilibrio económico del contrato y reajuste de precios (artículo 18); c) reconocimiento de intereses por atrasos de la administración en el pago de sus obligaciones (artículo 19); d) cesión del contrato y del cobro de su precio, y e) subcontratación (artículo 62).

E) Obligaciones del contratista

Como obligaciones fundamentales figuran el cumplimiento de lo pactado (artículo 20) y verificar la corrección o la regularidad del procedimiento de contratación y la ejecución del contrato (artículo 21.1).

9. Extinción del contrato administrativo

La lca prevé causales de extinción normal (recepción provisional y definitiva del objeto contractual) y anormal o anticipada (rescisión unilateral y resolución).

10. Contratos administrativos típicos y atípicos

La lca contiene una regulación explícita de algunos contratos administrativos, como los siguientes: a) obra pública (artículos 57 a 62); b) suministro de bienes con varias modalidades, como cantidad definida, entrega según demanda y ejecución por consignación (artículo 63); c) contratación de servicios técnicos o profesionales (artículos 64 a 67); d) venta de bienes inmuebles (artículos 68 a 70); e) compra de bienes inmuebles (artículo 71); f) concesión de instalaciones públicas (artículos 72 a 73); g) concesión de gestión de servicios públicos (artículos 74 a 75); h) arrendamiento de bienes inmuebles (artículos 76 a 77); i) arrendamiento con opción de compra de equipo o maquinaria (artículos 78 a 79).

La lca prevé, también, la utilización instrumental de los contratos típicos del derecho privado para la satisfacción del fin público, como ha sucedido con el fideicomiso celebrado por los entes públicos (artículo 3.2).

Finalmente, el artículo 55 habilita a las administraciones públicas para emplear contratos administrativos atípicos o abiertos, requiriendo una reglamentación previa; de este modo se ha utilizado, hasta el momento, la gestión interesada de servicios aeroportuarios y el contrato de concierto con empresas privadas.

IX. Dominio público

En materia de dominio público la regulación es absolutamente fragmentada y sectorial —tanto en la Constitución como en leyes especiales—, sin que exista un cuerpo normativo que establezca un régimen común o general, lo que constituye una tarea pendiente en nuestro sistema jurídico.

Grosso modo, es posible distinguir entre un dominio público constitucional y uno legal. El primero se refiere a ciertos bienes de carácter estratégico, como la plataforma continental, el zócalo insular, el mar territorial (12 millas a partir de la línea de bajamar a lo largo de sus costas), la zona económicamente exclusiva (200 millas a partir de la mis-

ma línea), el espacio aéreo (artículos 5° y 6° de la Constitución), así como ciertos bienes de la nación que existen en el territorio nacional, que son intransferibles o no enajenables como las fuerzas que se obtengan de las aguas del dominio público en el territorio nacional, los yacimientos de carbón, fuentes y depósitos de petróleo, cualquier sustancia hidrocarburada, los depósitos de materiales radioactivos, los servicios inalámbricos —espectro radioeléctrico—, ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales en servicio (artículo 121.14 de la Constitución), siendo que en tales supuestos se admite una concesión legislativa especial o una concesión administrativa, con fundamento en una ley general, para su explotación por los particulares.

El dominio público en la esfera legal se encuentra regulado en un conjunto disperso de códigos y leyes especiales, como la Ley de Aguas, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, la Ley de Mercados Municipales, el Código de Minería, la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley Forestal, etcétera. Las únicas normas generales se encuentran establecidas en el Código Civil de 1886; concretamente en los ordinales 261.1 y 262, que disponen, respectivamente, lo siguiente: "Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público" y "Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas". De esta manera se contemplan categorías importantes como el dominio público natural y artificial, la afectación y la desafectación, etcétera.

X. Servicio público

La regulación del servicio público es escasa y poco sistemática. La lcap de 1978 establece en su artículo 4° los principios fundamentales del servicio público, tales como "su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios". La Sala Constitucional, como se indicó arriba, en una línea jurisprudencial reiterada, a partir de los votos 5207-2004 y 7532-2004, acuñó el "derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos", que es inducido a partir de una serie de preceptos, principios y valores constitucionales, como la eficacia y la eficiencia impuesta a los poderes públicos (artículos 139.4, 140.8 y 191 de la Constitución de 1949).

Por su parte, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (laresep), Ley 7593, del 9 de agosto de 1996, contiene una serie de controles sobre los llamados servicios públicos regulados, básicamente en cuanto a la calidad y a las tarifas. Asimismo, existe una serie de leyes especiales o sectoriales para normar ciertos servicios públicos, como la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en la Modalidad de Taxi y Buses, Ley 7969, del 22 de diciembre de 1999, y la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social para el tema de la seguridad social como servicio social o asistencial. También resultan de trascendencia la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley 7762, del 14 de abril de 1998, y la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494, del 2 de mayo de 1995, en lo que se refiere a la gestión indirecta de servicios públicos por particulares.

XI. Función pública

En lo tocante a este instituto del derecho administrativo, en Costa Rica no existe una ley general sobre el particular, y la regulación resulta dispersa y fragmentada. La Constitución de 1949 establece en su artículo 191 que un "estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración"; por su parte, el artículo 192 constitucional dispone que con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

El "estatuto de servicio civil" al que se refieren tales preceptos constitucionales no se ha dictado; lo que existe es una grave dispersión de "estatutos" que regulan las relaciones de empleo público entre los servidores y ciertos órganos públicos. Así, sólo para los diversos órganos constitucionales o de relevancia constitucional de la administración central, encontramos un estatuto diferente; por ejemplo, tenemos el Estatuto de Servicio Civil, Ley 1581, del 30 de mayo de 1953, para el Poder Ejecutivo; la Ley de Personal de la Asamblea Legislativa, Ley 4556, del 29 de abril de 1970; el Estatuto de Servicio Judicial, Ley 5155, del 10 de enero de 1973; la Ley de Salarios y Régimen de Méritos del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, Ley 4519, del 24 de diciembre de 1969; la Ley de Salarios y Régimen de Méritos de la Contraloría General de la República, Ley 3724, del 8 de agosto de 1966. Encontramos, también, estatutos para ciertas profesiones u oficios que se ejercen en determinados órganos del Estado, como la Ley del Estatuto de Servicios Médicos, Ley 3671, del 18 de abril de 1966, y el Estatuto de Servicios de Enfermería, Ley 7085, del 20 de octubre de 1987. En lo que se refiere a la administración descentralizada institucional, funcional o por servicios (instituciones autónomas o semiautónomas), generalmente la relación estatutaria se encuentra regulada por un "reglamento interno de trabajo" o un "reglamento autónomo de servicio". En el caso de la administración descentralizada territorial (municipalidades), el Código Municipal de 1998 (Ley 7794, del 30 de abril) introdujo en el título v la "carrera administrativa municipal" (artículos 115 a 150) donde se regulan aspectos como el ingreso a la carrera, la selección del personal, los incentivos y los beneficios, la evaluación y la calificación del servicio, la capacitación, los permisos, los derechos y los deberes de los servidores municipales, las prohibiciones, el procedimiento sancionador y las sanciones.

La lgap de 1978 contiene algunas normas de carácter general como la definición de servidor público ("persona que presta servicios a la administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva", artículo 111.1). De la misma manera, la lgap dispone qué personal no debe tenerse como servidores públicos ("empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común", artículo 111.3; "obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración", artículo 112.2).

El artículo 112.1 de la lgap zanja cualquier discusión sobre la naturaleza de la relación estatutaria al disponer que "el derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la administración y sus servidores públicos".

El artículo 113.1 de la lgap establece que el servidor público debe desempeñar sus funciones de modo que satisfaga primordialmente el interés público, y el numeral 114.1 dispone que el servidor público "será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña". El artículo 114.2 considera irregular desempeño de su función "todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados".

Los artículos 115 a 119 de la lgap regulan lo concerniente al funcionario de hecho, desde su concepto ("el que hace lo que el servidor público regular, pero sin investidura o con una investidura inválida o ineficaz, aun fuera de situaciones de urgencia o de cambios ilegítimos de gobierno", siempre que no se haya declarado —administrativa o jurisdiccionalmente— la ausencia o la irregularidad de la investidura y que la conducta sea desarrollada en forma pública, pacífica, continua y normalmente acomodada a derecho, artículo 115).

Incluso se establecen las consecuencias o efectos jurídicos de la conducta desplegada por el funcionario de hecho al indicarse que los actos de éste "serán válidos aunque perjudiquen al administrado y aunque éste tenga conocimiento de la irregularidad de la investidura de aquél", y al disponerse que "la administración quedará obligada o favorecida ante terceros por virtud de los mismos" (artículo 116). Finalmente, el artículo 118 establece que el funcionario de hecho será responsable ante la administración y ante los administrados por los daños que cause su conducta y que la administración será responsable por su conducta ante los administrados.

XII. Jurisdicción contencioso-administrativa[21]

Introducción

En Costa Rica se aprobó el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo (cpca) (Ley 8508, del 24 de abril de 2006), el cual entró en vigor el 1° de enero de 2008, por virtud de la vacatio legis establecida en el artículo 222 de ese cuerpo normativo.

Este nuevo código procesal supone un giro copernicano respecto de la justicia administrativa concebida y regulada en la ahora derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966, la cual establecía un proceso contencioso-administrativo revisor u objetivo o meramente anulatorio que se enfocaba en la fiscalización de la actividad formal de las administraciones públicas, esto es, los actos administrativos manifestados por escrito previo procedimiento. El nuevo código de 2006 establece una jurisdicción predominantemente subjetiva, plenaria y universal que pretende controlar todas las formas de manifestación de la función o conducta administrativa, tanto la actividad formal como las actuaciones materiales, las omisiones formales y materia-

21 V. Jinesta Lobo, Ernesto, *Manual del proceso contencioso administrativo*, 1ª reimp., San José, iusconsultec/Editorial Jurídica Continental, 2009; V. Jinesta Lobo, Ernesto, et al., *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José, Departamento de Publicaciones, Poder Judicial, 2006;V. Jinesta Lobo, Ernesto, et al., *El nuevo proceso contencioso-administrativo, tomo i*, 2ª ed., San José, Editorial Jurídica Continental, 2008, y V. Jinesta Lobo, Ernesto, "La nueva justicia administrativa en Costa Rica", *Revista de Administración Pública*, núm. 179, Madrid, mayo-agosto de 2009.

les, en sus diversas y heterogéneas expresiones, y, en general, las relaciones jurídico-administrativas y cualquier conducta sujeta al derecho administrativo —aunque provengan de un sujeto de derecho privado—.

El cpca introduce una serie de figuras novedosas, desde el punto de vista del derecho administrativo adjetivo, con el propósito de actuar los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a un proceso en un plazo razonable. Dentro del arsenal de institutos o instrumentos procesales para asegurar una justicia administrativa célere, expedita, transparente, democrática y sencilla, figuran el acortamiento de los plazos para la realización de los diversos actos procesales y el establecimiento de máximos, la ampliación del ámbito de fiscalización o de control y de la capacidad procesal a los menores de edad y a ciertos grupos, la protección de los intereses colectivos —corporativos y difusos—, el reconocimiento de la acción popular cuando la establezca la ley, las medidas cautelares positivas —innovativas o anticipatorias—, el agotamiento facultativo de la vía administrativa, un elenco abierto (numerus apertus) de pretensiones —incluidas la meramente declarativa y la de condena o prestacional—, el proceso oral por au-diencias, la única instancia con apelación en casos expresamente tasados, la conciliación intraprocesal con un cuerpo de jueces conciliadores, el proceso unificado, el proceso de trámite preferente, los procesos sin juicio oral y público, por ser de puro derecho, sin hechos controvertidos o cuando las partes acuerdan prescindir de éste, resoluciones jurisdiccionales dictadas verbalmente, nuevas medidas de ejecución (multas coercitivas, ejecución sustitutiva o comisarial, embargos de bienes del dominio fiscal, participaciones accionarias, transferencias presupuestarias y de algunos del dominio público —no destinados a la prestación de servicios públicos esenciales—, reajuste o indexación de las obligaciones pecuniarias), anulación en fase de ejecución de la conducta ilegítima reiterada, un cuerpo de jueces de ejecución con amplios poderes, la extensión y la adaptación de los efectos de la jurisprudencia a terceros, la extensión de lo resuelto en vía administrativa a favor de terceros para las partes del proceso, etcétera.

Ese instrumental adjetivo ha permitido que la justicia administrativa en Costa Rica haya recuperado su honor y su prestigio, por cuanto los lentos y burocráticos procesos sustanciados conforme a la vieja Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966 tardaban en tramitarse de siete a 10 años y ahora en única instancia quedan fallados en un año o poco más.

En este artículo nos ocuparemos de reseñar las principales innovaciones de la nueva legislación procesal costarricense.

1. Adecuación de la justicia administrativa al paradigma constitucional[22]

En la redacción del nuevo cpca la preocupación imperante entre la comisión de redactores —de la que formé parte— fue adecuar la justicia administrativa al parámetro constitucional, por cuanto la lrjca de 1966 desarrolló de manera parcial e incompleta el bloque de constitucionalidad. Al asumir el paradigma constitucional de la justicia administrativa, el resultado debía ser —como en efecto lo fue— un proceso garantista, esto es, que sirviera no sólo para atender la función objetiva de la justicia administrativa que se

22 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista de Derecho Público*, núm. 6 (Asociación Costarricense de Derecho Administrativo), julio-diciembre de 2007.

traduce en el control de legalidad de la conducta administrativa, sino que garantizara el pleno goce y ejercicio, durante la sustanciación del proceso y ante la emisión de la sentencia de mérito, de los derechos fundamentales de los administrados, con lo cual se satisfacía, también, la concepción subjetiva de la justicia administrativa. En cualquier caso, el nuevo proceso pretende adecuarse plenamente a las exigencias impuestas por el constituyente, en el artículo 49 constitucional, de una justicia administrativa mixta,[23] esto es, que cumpla un papel objetivo de sometimiento de la función administrativa al ordenamiento jurídico —"garantizar la legalidad de la función administrativa"— y subjetiva de tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados —protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos—.

Además del desarrollo del artículo 49 constitucional, la nueva legislación adjetiva desarrolla y actúa una serie de valores, principios y preceptos de carácter constitucional —expresamente contemplados en la Constitución o desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional—, como el derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 constitucional), a la tutela cautelar, al buen funcionamiento de los servicios públicos, el valor de la dignidad humana (artículo 33) y un conjunto de principios como el de igualdad (artículo 33), la intangibilidad relativa del patrimonio (artículo 45), la responsabilidad administrativa, de legalidad (artículo 11) y de interdicción de la arbitrariedad.

2. Ampliación de la esfera de control: supresión de reductos exentos

La fiscalización plenaria o universal de las administraciones públicas se logra en el cpca empleando conceptos jurídicos indeterminados como el de "conducta administrativa" (artículo 1.1). Se dispone que los motivos de ilegalidad comprenden "cualquier infracción, por acción u omisión del ordenamiento jurídico" (artículo 1.2).

El artículo 2, inciso e, contiene una cláusula residual de suma trascendencia al indicar que serán de conocimiento y resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa "las conductas o relaciones regidas por el derecho público, aunque provengan de personas privadas o sean éstas sus partes", con lo cual, incluso, la conducta de los sujetos del derecho privado que ejercen transitoriamente potestades o competencias públicas deben residenciarse ante la justicia administrativa.

El ordinal 36 —emplazado en el capítulo ii, "Conducta administrativa objeto del proceso" — especifica que la pretensión administrativa será posible respecto de "las relaciones sujetas al ordenamiento jurídico-administrativo, así como a su existencia, inexistencia o contenido" (inciso a), las "actuaciones materiales" (inciso d), las "conductas omisivas" (inciso e) y "cualquier otra conducta sujeta al derecho administrativo" (inciso f).

Quizá los dos únicos defectos de la nueva legislación formal, en el propósito manifiesto de lograr un control de amplio espectro, es haber excluido los actos políticos o de gobierno —no así sus consecuencias ni sus efectos— (artículo 3°, inciso b). El inciso a del artículo 3° excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa las pretensiones "relacionadas con la conducta de la administración pública en materia de relaciones de empleo público, las cuales serán de conocimiento de la jurisdicción laboral"; sin embargo, recientemente la Sala Constitucional, en la sentencia 9928-2010 de

23 Así lo confirmó la Sala Constitucional en el voto 9928-2010 de las 15 horas del 9 de junio de 2010.

las 15 horas del 9 de junio de 2010 declaró inconstitucional ese inciso y estimó que la jurisdicción contencioso-administrativa puede conocer de ciertas pretensiones surgidas en el contexto de una relación de empleo público —típica relación jurídico-administrativa— cuando por su "naturaleza sustancial y el régimen jurídico aplicable" se rige por el derecho administrativo.

3. Control y reducción de la discrecionalidad

El cpca es fiel a la tradición costarricense de controlar y reducir a la mínima expresión las potestades discrecionales, la que arranca con la Ley General de la Administración Pública de 1978 que dispuso que el juez contencioso-administrativo ejercerá contralor de legalidad sobre los límites de la discrecionalidad (artículo 15, párrafo 2°), por lo que en su numeral 16 establece la prohibición de dictar actos contrarios "a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia"; de igual modo, el artículo 160 estatuye que "el acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso". Por su parte, el artículo 17 dispone que "la discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario". De modo que desde la Ley General de la Administración Pública de 1978, el juez contencioso-administrativo ejerce contralor de legalidad sobre los límites jurídicos y no jurídicos de la discrecionalidad administrativa, al haberse convertido los segundos en derecho positivo.

El cpca contiene varias normas que ponen de manifiesto esa tendencia de reducir a cero la discrecionalidad. Así, el artículo 42, inciso f, al enunciar las pretensiones que se pueden deducir, indica: "La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa"; por su parte, el artículo 122, incisos c y f, establece que la sentencia estimatoria podrá contener los siguientes pronunciamientos: "Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso" y "Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la administración pública". El ordinal 127 señala que "cuando la conducta declarada ilegítima sea reglada o cuando la discrecionalidad de alguno de los elementos desparezca durante el transcurso del proceso, la sentencia impondrá la conducta debida".

Especialmente significativo resulta el artículo 128 al indicar que

> cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente. En caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que impongan el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución.

Cabe advertir que este precepto se aplica en materia de medidas cautelares al señalar el artículo 20, párrafo in fine, que "si la medida involucra conductas administrativas ac-

tivas u omisiones con elementos discrecionales, o vicios en el ejercicio de su discrecionalidad, estará sujeta a lo dispuesto en el numeral 128 de este código".

4. Ampliación de la capacidad y la legitimación, reconocimiento de la acción popular

El nuevo cpca otorga capacidad procesal a los menores de edad (artículo 9, inciso a) para que puedan ser parte en un proceso sin necesidad de que concurra su representante, todo de manera consonante con los imperativos impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos,[24] la jurisprudencia constitucional[25] y algunos instrumentos legislativos internos.[26]

También el cpca reconoce capacidad procesal a "los grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos, afectados en sus intereses legítimos, sin necesidad de estar integrados en estructuras formales de personas jurídicas" (artículo 9, inciso b).

En relación con la legitimación, se amplía para la protección de los intereses colectivos, en su versión corporativa y difusa. Así, el artículo 10, párrafo 1°, inciso b, del cpca, establece que tendrán legitimación para demandar "las entidades, las corporaciones y las instituciones de derecho público, y cuantas ostenten la representación y defensa de intereses o derechos de carácter general, gremial o corporativo, en cuanto afecten tales intereses o derechos, y los grupos regidos por algún estatuto, en tanto defiendan intereses colectivos". Por su parte, el artículo 10, párrafo 1°, inciso c, otorga legitimación activa a "quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos".

Finalmente, en lo relativo a la acción popular, el artículo 10, párrafo 1°, inciso d, del cpca, otorga legitimación para demandar a "todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley", supuesto que cubre una serie de habilitaciones expresas de leyes sectoriales en materia ambiental y cumple con el imperativo constitucional (artículo 49) de la reserva de ley para establecer una acción popular.

5. Medidas cautelares positivas

Los artículos 19, párrafos 1° y 2°, 26, y 155, párrafo 3°, admiten la adopción de medidas cautelares ante causam, lite pendente o en fase de ejecución. El numeral 19.1 establece una cláusula residual que le otorga al juez contencioso-administrativo un poder de cautela general, al indicar que podrá "ordenar […] las medidas cautelares adecuadas y necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia", con lo que su contenido es numerus apertus, pudiendo decretar provisionales positivas, anticipatorias o innovativas y no sólo meramente conservativas.

24 El interés superior del niño consagrado en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002.

25 Sentencia 15869-05 de la Sala Constitucional, de las 15:55 horas del 22 de noviembre de 2005.

26 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7739, del 6 de enero de 1998.

El artículo 21 establece los presupuestos para la procedencia de la medida cautelar, que son el fumus boni iuris o apariencia de buen derecho que se traduce en un juicio de probabilidad acerca de la seriedad y consistencia de la pretensión, y el periculum in mora para evitar que la duración del proceso no produzca daños o perjuicios actuales o potenciales a la situación jurídico-sustancial invocada.

El artículo 23 admite la adopción de medidas cautelares provisionalísimas al señalar que "una vez solicitada la medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo, de oficio o a gestión de parte, podrá adoptar y ordenar medidas provisionalísimas de manera inmediata y prima facie, a fin de garantizar la efectividad de la que se adopte finalmente. Tales medidas deberán guardar el vínculo necesario con el objeto del proceso y la medida cautelar requerida".

De su parte, el ordinal 25 admite la adopción de medidas cautelares inaudita altera parte, al preceptuar lo siguiente:

1) En casos de extrema urgencia, el tribunal o el juez respectivo, a solicitud de parte, podrá disponer las medidas cautelares, sin necesidad de conceder audiencia. Para tal efecto, el tribunal o el respectivo juez podrán fijar caución o adoptar cualquier otra clase de contracautela, en los términos dispuestos en el artículo 28 de este código.
2) Habiéndose adoptado la medida cautelar en las condiciones señaladas en el apartado anterior, se dará audiencia por tres días a las partes del proceso, sin efectos suspensivos para la ejecución de la medida cautelar ya dispuesta. Una vez transcurrido el plazo indicado, el juez podrá hacer una valoración de los alegatos y las pruebas aportados, para mantener, modificar o revocar lo dispuesto.

6. Agotamiento facultativo de la vía administrativa

El cpca establece en su artículo 31, párrafo 1°, como regla general, el agotamiento facultativo de la vía administrativa,[27] haciendo salvedad expresa de los supuestos en que la propia Constitución así lo establece (materias municipal y de contratación administrativa). Cuando el justiciable decide acudir directamente a la vía jurisdiccional, el juez tramitador, en el mismo auto en que da traslado de la demanda, concede, sin suspensión del proceso, un plazo para que el superior jerárquico supremo del órgano o la entidad demandada decida si confirma, modifica, anula, revoca o cesa la conducta administrativa impugnada en beneficio del administrado (párrafos 3° y 4° del artículo 31).

Lo criticable de la norma es que si la administración revierte su conducta el proceso concluye sin especial condenatoria en costas, lo cual puede ser, eventualmente, confiscatorio, y convertirse en un instrumento para disuadir al administrado de acudir a la justicia administrativa en defensa de sus situaciones jurídicas sustanciales.

27 El Tribunal Constitucional, por sentencia 3669-06, de las 15 horas del 15 de marzo de 2006, declaró inconstitucional las normas de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966, que establecían el carácter preceptivo u obligatorio del agotamiento de la vía administrativa, por estimarlo un privilegio indebido e injustificado de las administraciones públicas que atentaba contra el derecho a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 constitucional), al principio de igualdad (artículo 33 constitucional) y al derecho al control de legalidad de la función administrativa (artículo 49 constitucional). V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Consecuencias de la inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Comentarios al voto No. 3669-06 de la Sala Constitucional", *Revista IVSTITIA*, año 20, núm. 232-233, abril-mayo de 2006, pp. 4-12.

7. Requerimiento previo en la impugnación de las omisiones

En lo relativo a la impugnación de las omisiones formales y materiales de las administraciones públicas, el artículo 35 estatuye que la parte interesada podrá requerir al órgano o ente público, en sede administrativa, antes de acudir ante la jurisdicción, para que en el plazo de 15 días realice la conducta omitida. Cuando opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, el órgano jurisdiccional debe conceder al jerarca de la entidad un plazo máximo de 15 días hábiles, con suspensión del proceso, para que cumpla la conducta omitida. En este supuesto, si la administración cumple, el proceso concluye sin especial condenatoria en costas, con lo que resulta aplicable la crítica efectuada en el apartado anterior.

8. Plazos abiertos para impugnar las diversas manifestaciones de la función administrativa

A diferencia del proceso revisor de 1966, que establecía un plazo fugaz de caducidad fatal de dos meses para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo amplia la regla a un año, contado a partir de la comunicación, cuando se impugna la actividad formal o a partir de la cesación de la eficacia cuando se ataca una actuación material (artículo 39, incisos a, b, y c). Por otra parte, el artículo 40, inciso 1, dispuso que los actos administrativos absolutamente nulos y las omisiones son impugnables "mientras subsistan sus efectos continuados, pero ello únicamente para su anulación e inaplicabilidad futura", siendo que el año se puede contar a partir del día siguiente al cese de los efectos (artículo 40, inciso 2).

9. Pretensiones

De manera congruente con la ampliación de la extensión del ámbito de control de la nueva justicia administrativa, el cpca prevé un amplio espectro de pretensiones, elenco que es numerus apertus. Así, el artículo 42.1 dispone que "el demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias".

Lo anterior queda confirmado por el tenor del artículo 43 que preceptúa lo siguiente: "En la demanda pueden deducirse de manera conjunta cualesquiera de las pretensiones contenidas en el presente capítulo, siempre que se dirijan contra el mismo demandado y sean compatibles entre sí, aunque sean de conocimiento de otra jurisdicción, salvo la penal".

Una de las grandes innovaciones del cpca la constituye la pretensión prestacional o de condena para impugnar las actuaciones materiales ilegítimas y las omisiones formales y materiales.

Específicamente, el artículo 42 establece el siguiente elenco:

1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.
2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar:
   a) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas.
   b) La anulación total o parcial de la conducta administrativa.

c) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa.

d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.

f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa.

g) Que se condene a la administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d de este artículo.

i) Que se ordene, a la administración pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

j) La condena al pago de daños y perjuicios.

10. Proceso unificado

El proceso unificado del artículo 48 es una novedad del Código Procesal Contencioso Administrativo, diseñado por razones de economía, agilidad, celeridad y seguridad procesales en aras de una justicia pronta y cumplida y de evitar la reiteración de trámites en los procesos en masa. La figura tiene sus antecedentes en el procedimiento tipo (Musterverfahren) del parágrafo 93a de la Ley de Justicia Administrativa alemana del 21 de enero de 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung oVwGO)[28] y en el trámite preferente de un proceso cuando existe una pluralidad con idéntico objeto del artículo 37, párrafo 2°, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, después de la reforma por la Ley 29/1998, del 13 de julio,[29] obviamente con mejoras sustanciales.

En la legislación procesal alemana este proceso está diseñado, exclusivamente, para cuando una medida administrativa es objeto de más de 20 procesos; esto es, para los actos administrativos en masa, cuyo motivo, contenido y fin está predeterminado y es igual para un grupo de administrados (por ejemplo en materia tributaria —contribuyentes en una misma situación— y de función pública —funcionarios que se encuentran en una situación prácticamente idéntica—).

El nuevo cpca, en realidad, va mucho más allá, puesto que no lo reduce a la actividad formal —actos administrativos expresados por escrito—, sino que es concebido para cualquier manifestación de la conducta o de la función administrativa en tanto se afec-

28 Ley de Justicia Administrativa alemana del 21 de enero de 1960 y sus modificaciones. En *Ley de la Justicia Administrativa alemana. Análisis comparado y traducción*, a cargo de Aberastury, Blanke, Gottschau y Sommermann, Buenos Aires, Abeledo Perrot y Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 123-206.

29 V. Blanco Esteve, Avelino, "Artículo 37. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998", Civitas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, octubre-diciembre de 1998, pp. 362-366.

ten intereses de grupo, colectivos, corporativos o difusos, de modo que no se excluye la hipótesis para la cual fue concebido en el derecho procesal administrativo alemán, puesto que los actos en masa pueden afectar estos intereses —sobre todo grupales— y, eventualmente, en virtud de la máxima del que puede lo más puede lo menos, también está diseñado para los actos administrativos en masa —con un motivo, un contenido y un fin predeterminados e idénticos— que son comunicados individualmente a un grupo considerable de administrados.

Desde el punto de vista del trámite, el cpca es diferente al proceso tipo regulado en la legislación procesal administrativa alemana, puesto que, desde la contestación de la demanda y hasta antes de ser concluido el juicio oral y público, el juez tramitador o el tribunal, de oficio o a instancia de parte, insta a los actores de diversos procesos con identidad de objeto —de pretensión, pero específicamente del petitium, puesto que la fundamentación jurídica puede variar— y causa, concediéndoles una audiencia de cinco días hábiles para que se unan en un solo proceso, todo sin perjuicio de la facultad de actuar bajo una sola representación. En la legislación alemana, previa audiencia a las partes, el tribunal toma uno de los procesos como el tipo o modelo y suspende el resto, siendo que sólo ése se instruye. El cpca plantea, más bien, una suerte de acumulación de procesos, con lo cual la sentencia produce cosa juzgada material para todas las partes que han decidido continuar con un solo proceso, evitándose sentencias contradictorias y asimetrías temporales en la resolución de asuntos idénticos o muy similares. De esta forma se supera la compleja tarea, propia de la legislación alemana, de ponderar, una vez resuelto el proceso modelo, si resulta aplicable la sentencia a los suspendidos.

El artículo 48 del cpca supera las críticas que ha efectuado la doctrina española al trámite preferente a uno o varios procesos —tipo o modelo— sin acumulación del artículo 37, párrafo 2°, de la lrjca, de ese país después de la reforma de 1998, en el sentido de que violenta la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad y la defensa.

El cpca dispone que de no existir oposición se puede tramitar un solo proceso, y que cuando exista esta oposición, el proceso se tramitará individualmente, por lo que habrá que entender que se sustanciarán de manera separada aquellos procesos en los que la parte se opuso, no así en los que existió aquiescencia de la parte.

11. Proceso de trámite preferente

Por razones de celeridad y prontitud, el artículo 60 del cpca introduce la figura del proceso de trámite preferente. Ese numeral dispone lo siguiente:

1) En caso de que el juez tramitador, de oficio o a gestión de cualquiera de las partes, estime que el asunto bajo su instrucción reviste urgencia o necesidad, o es de gran trascendencia para el interés público, directamente lo remitirá al conocimiento del tribunal de juicio al que por turno le corresponda, para que éste decida si se le da trámite preferente, en los términos de este artículo, mediante resolución motivada que no tendrá recurso alguno.
2) Si el tribunal estima que el trámite preferente no procede, devolverá el proceso al juez tramitador, para que lo curse por el procedimiento común.
3) De dársele trámite preferente, se dará traslado de la demanda y se concederá un plazo perentorio de cinco días hábiles para su contestación.

   Cuando resulte necesario, el tribunal dispondrá celebrar una única audiencia en la que se entrará a conocer y resolver sobre los extremos a que alude el artículo 90 de

este código, se evacuará la prueba y se oirán conclusiones de las partes. De no haber pruebas por evacuar se prescindirá de la audiencia oral y pública.

Únicamente cuando surjan hechos nuevos o deba completarse la prueba a juicio del tribunal, podrá celebrarse una nueva audiencia.

4) El señalamiento de la audiencia tendrá prioridad en la agenda del tribunal.
5) Si la conversión del proceso se produce en una oportunidad procesal posterior a la regulada en el párrafo tercero de este artículo, el tribunal dispondrá el ajuste correspondiente a las reglas de dicho párrafo.
6) La sentencia deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se decidió darle trámite preferente al proceso o, en su caso, a partir de la celebración de la última audiencia.
7) En caso de ser planteado, la resolución del recurso de casación tendrá prioridad en la agenda del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo o de la primera sala de la Corte Suprema de Justicia, según corresponda. El recurso deberá resolverse en un plazo de 10 días hábiles.

En este tipo de procesos, la sustanciación y la resolución tienen prioridad frente a cualquier otro proceso por razones de urgencia o necesidad (estado de necesidad) o de gran trascendencia para el interés público (por ejemplo, en materia de contratación administrativa para la construcción de obras públicas de gran importancia, o de omisiones en ciertos servicios públicos esenciales como en materia de seguridad social: provisión de medicamentos, tratamientos, equipo tecnológico, infraestructura, etcétera). La tramitación preferente, supone, en esencia, el acortamiento de ciertos plazos procesales en aras de la celeridad, prontitud y urgencia impuestas por la naturaleza de la cuestión debatida.

La ponderación de los conceptos jurídicos indeterminados señalados le corresponde a cualquiera de las partes interesadas —incluida la propia administración pública— o de oficio al juez tramitador (artículo 60, párrafo 1°). Este proceso preferente está diseñado, por su emplazamiento sistemático, para que desde el inicio del proceso así se sustancie, evitando dilaciones indebidas o retardos innecesarios.

12. Conciliación intraprocesal

Como un instrumento de resolución alternativa de conflictos, el cpca introduce la figura de la conciliación intraprocesal, tanto que existe un cuerpo de jueces conciliadores encargados de llevarla a cabo. El artículo 72.1 dispone que "la administración pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada". Se prevé la posibilidad de las partes de manifestar, en cualquier momento, antes de la realización de la audiencia, su negativa expresa o tácita a conciliar (artículo 75, párrafo 1°).

El numeral 74 faculta al juez conciliador para convocar a tantas audiencias como estime necesarias y lo habilita para reunirse con las partes de manera conjunta o separada.

En caso de arribarse a un acuerdo conciliatorio, el juez lo homologará y dará por terminado el proceso "siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico, ni lesivo al interés público" (artículo 76).

13. Oralidad y proceso por audiencias

Una de las innovaciones más importantes de la nueva legislación procesal la constituye el proceso por audiencias, lo que ha contribuido a humanizarlo. La oralidad ha dotado al nuevo proceso de una significativa celeridad que resulta congruente con el derecho a un proceso en un plazo razonable, o una "justicia pronta" (artículos 8, párrafo 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 41 de la Constitución Política). En promedio, el proceso en única instancia tarda en ser conocido y resuelto en seis meses y 20 días, a lo que se debe agregar el plazo que insume la casación.

El nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo obliga a los órganos jurisdiccionales a observar y actuar los subprincipios de la oralidad (inmediación, concentración, celeridad, publicidad, identidad física del juez), de modo que su infracción puede provocar un vicio pasible de la casación (artículo 85, párrafo 1°). De igual modo, se habilita a los órganos jurisdiccionales para el dictado de resoluciones orales durante las audiencias (artículo 88), contra las cuales cabe el recurso revocatorio, que debe interponerse y sustentarse verbalmente en ese mismo momento procesal para ser conocido, evitándose, consecuentemente, la fragmentación del proceso (artículo 89).

En cuanto a la audiencia preliminar, el cpca recoge dos de sus tres funciones clásicas: a) la saneadora o depuradora del proceso, que resuelve en una sola audiencia todas las cuestiones que puedan obstaculizar el conocimiento del mérito del asunto —meritum causae— (por ejemplo, incidentes, nulidades, recursos, excepciones previas, cuestiones concernientes a la admisibilidad y la validez del proceso, competencia, jurisdicción, capacidad, legitimación, representación, conexidad, litispendencia y cosa juzgada, integración de la litis, etcétera), con lo que se abrevia el proceso; y b) la esclarecedora de la causa petenti (hechos), de la petitium (pretensión), del thema decidendum (puntos controvertidos) y de la prueba que debe ser admitida y evacuada.[30] En lo relativo a la función conciliadora, el cpca establece una audiencia de conciliación separada de la preliminar.

La audiencia preliminar pone de manifiesto el carácter atenuado del principio dispositivo, por cuanto el juez tramitador ejerce de oficio una serie de competencias importantes para depurar el proceso de cara a un eventual juicio oral y público. En esta audiencia se concentra el conocimiento y la resolución de una serie de cuestiones de forma, de modo que la preliminar prepara el juicio oral y público en la que se concentra el conocimiento de las cuestiones de fondo. Los extremos que resuelve el juez tramitador en la audiencia preliminar (artículo 90) son los siguientes:

30 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "La oralidad en el proceso contencioso-administrativo", *Revista IVSTITIA*, año 13, núm. 155-156, noviembre-diciembre de 1999, pp. 23-31. V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Particularidades de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo", en *La gran reforma procesal*, San José, Editorial Guayacán, 2000, pp. 121-122; Zeledón Zeledón, Ricardo, "El proceso por audiencias orales en el Código Procesal General", en *La gran reforma procesal*, San José, Editorial Guayacán, 2000, pp. 9-31; Artavia Barrantes, Sergio, "El proceso civil por audiencias y la oralidad. El proyecto del Código Procesal General para Costa Rica", ibid., pp. 31-49; Zeledón Zeledón, Ricardo, *¡Salvemos la justicia! Humanización y oralidad para el siglo XXI*, San José, Editorial Guayacán, pp. 99 y ss. Artavia Barrantes, Sergio, *Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el derecho procesal. Consideraciones para una reforma del proceso civil*, San José, Poder Judicial-conama, 1999, pp. 36-42; Vescovi, Enrique, *La reforma de la justicia civil en Latinoamérica*, Bogotá, Editorial Temis, 1996, pp. 48-51; Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamerica. Historia, antecedentes, exposición de motivos*, 2ª ed., Montevideo, 1997, pp. 25-38.

1) Saneamiento del proceso. Cuando es necesario para su depuración, resolviendo de oficio o a instancia de parte todo tipo de nulidades procesales por vicios esenciales en la ritualidad del proceso y en toda cuestión no atinente al mérito del asunto, esto es, interlocutoria.
2) Aclaración y ajuste de los extremos de la demanda, la contrademanda, la réplica y la dúplica. Esta precisión o afinamiento de los extremos de la demanda y la contrademanda es de suma importancia, por cuanto puede comprender cualquiera de sus extremos, es decir, desde el objeto o la pretensión, hasta los hechos y el fundamento de derecho. El ejercicio de esta competencia por el juez tramitador, de oficio o a instancia de parte, procede cuando los extremos indicados resultan oscuros o imprecisos. En lo relativo a los hechos, se admite que en la propia audiencia las partes ofrezcan otros medios de prueba que en criterio del juez tramitador sean de interés para resolver el litigio, únicamente si se refieren a hechos nuevos o rectificaciones efectuadas en la audiencia. El artículo 95.1 le permite al juez tramitador o al Tribunal de Juicio, de oficio o a instancia de parte, además de ajustar o aclarar la pretensión o los fundamentos alegados, ampliarlos o adaptarlos, con lo que va más allá del artículo 90, párrafo 1°, inciso b; en este supuesto se prevé la suspensión de la audiencia, por un plazo que no puede exceder los cinco días hábiles, para garantizar el debido proceso y la defensa de la contraparte.
3) Intervención adhesiva de terceros. El juez tramitador debe resolver en la audiencia preliminar si un tercero tiene interés indirecto en el objeto del proceso para tenerlo como coadyuvante activo o pasivo.
4) Defensas previas. En la audiencia preliminar el juez tramitador conoce y resuelve las defensas previas que afectan la válida constitución del proceso o sus presupuestos, así como aquellas de carácter formal o material que pueden oponerse como tales y que de ser acreditadas provocan la terminación anticipada del proceso.
5) Determinación de los hechos trascendentes controvertidos. Esta competencia ex officio del juez tramitador es de suma importancia, por cuanto permite definir o determinar claramente y de manera anticipada, de cara al juicio oral y público, el thema decidendi y el thema probandi. Es una definición anticipada del elenco de los hechos de trascendencia y controvertidos para resolver el asunto que pueden llegar a ser demostrados o no.
6) Admisión o rechazo de los elementos probatorios. El juez tramitador resolverá si admite los medios de convicción ofrecidos por las partes, en cuanto se refieran a los hechos trascendentes y controvertidos para ser evacuados en el juicio oral y público. Tiene facultad suficiente para rechazar los medios de prueba evidentemente impertinentes o inconducentes. El artículo 93, párrafo 3°, habilita al juez tramitador para que cuando resulte indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad real de los hechos controvertidos, ordene, de oficio, la recepción de cualquier medio de prueba no ofrecido por la partes.

En lo relativo al juicio oral y público tiene por objeto tres actos procesales claramente delimitados que son los siguientes: a) la evacuación de la prueba; b) la formulación de las conclusiones sobre los aspectos fácticos y jurídicos, y c) el dictado inmediato o diferido de la sentencia.[31]

31 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "La oralidad en el proceso contencioso-administrativo", en op. cit., p. 30.V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Particularidades de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo", en op. cit., pp. 121-122. Artavia Barrantes, Sergio, *Sugerencias para introdu-*

La regla establece que es una audiencia pública, salvo si el tribunal dispone lo contrario por resolución motivada (artículo 99, párrafo 1°). En aras de garantizar la concentración, el artículo 100, párrafo 1°, dispone que se realizará sin interrupciones, durante las sesiones consecutivas que sean necesarias para su terminación, siendo que se admite la suspensión bajo circunstancias excepcionales —artículo 100, párrafo 1°, incisos a, b, c, d y e— (por ejemplo, deber resolver una gestión que, por su naturaleza, no se pueda decidir inmediatamente; cuando sea necesario practicar fuera del lugar de la audiencia algún acto que no puede cumplirse en el intervalo entre una sesión y otra; si no comparecen testigos, peritos o intérpretes cuya intervención es indispensable; cuando algún juez, las partes, sus representantes o los abogados estén impedidos por justa causa, salvo posibilidad de reemplazo en el último supuesto; cuando alguna manifestación o circunstancia inesperada produzca alteraciones sustanciales en el proceso y se haga indispensable una prueba extraordinaria).

La suspensión debe ser por un plazo máximo de cinco días, salvo que en criterio del tribunal exista motivo suficiente para una mayor (artículo 100, párrafo 3°); en todo caso, cuando exceda los 15 días, todo lo actuado y resuelto será nulo de pleno derecho, salvo los actos y las actuaciones irreproductibles (artículo 100, párrafo 5°).

El artículo 110 prevé que si durante la deliberación el tribunal estima absolutamente necesario recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, puede reabrir el debate, siendo que el respectivo medio de convicción debe ser evacuado y valorado aunque una de las partes o ambas no asistan.

Se prevé el dictado de la sentencia después de concluida la audiencia y de haber deliberado el tribunal, siendo que para casos complejos se puede notificar en un plazo máximo de 15 días hábiles siguientes a la terminación del juicio (artículo 111, párrafo 1°). Si se incumple con lo anterior, lo actuado y resuelto será nulo, debiéndose repetir ante otro tribunal el juicio, con la salvedad de los actos y las actuaciones irreproductibles que conservarán su validez (artículo 111, párrafo 2°). Cabe anotar que la valentía y el compromiso de los jueces contencioso-administrativos con la nueva legislación los ha llevado, en la práctica, a dictar todas las sentencias oralmente, una vez concluido el juicio oral y público, quedando ésta respaldada a través de los medios tecnológicos audiovisuales del caso para efectos de su revisión, con lo cual la judicatura ha logrado mayores niveles de celeridad, concentración y oralidad que los propuestos por el propio cpca.

14. Procesos excepcionales sin juicio oral y público o sin audiencia

Excepcionalmente, tratándose de asuntos de puro derecho o en los que no existe prueba que evacuar, por razones de economía procesal y de celeridad, se prescinde del juicio oral y público, debiendo el juez tramitador, antes de finalizar la preliminar, conceder a las partes oportunidad para que formulen conclusiones (artículo 98, párrafo 2°). Adicionalmente, el artículo 69 del cpca admite, por las razones ya apuntadas, que el actor o reconventor pueda solicitar que, una vez contestada la demanda o la contrademanda, el proceso se falle, con prescindencia de la recepción de pruebas, las audiencias y la conciliación, debiendo estar la contraparte de acuerdo.

cir la oralidad y otras instituciones procesales en el derecho procesal. Consideraciones para una reforma del proceso civil, op. cit., p. 42.

15. Extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros

Dentro de los modos anormales o anticipados de terminación del proceso, el artículo 116 prevé la "extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros".

La figura consiste en solicitar al órgano jurisdiccional que lo que se resolvió en sede administrativa de manera favorable para otro sujeto de derecho se extienda o reconozca judicialmente al que lo solicita. Es evidente que si lo impugnado en la vía jurisdiccional es revertido por una conducta administrativa en la sede administrativa, aunque sus destinatarios sean otros sujetos, de lograr extenderse judicialmente a los sujetos de la relación jurídico-procesal, provocará la terminación anticipada del proceso. Es necesario advertir que la extensión judicial de lo resuelto en firme y favorablemente para terceros en vía administrativa, resulta aplicable no sólo respecto de la actividad formal, sino también de actuaciones materiales u omisiones.

Cualquiera de las partes principales puede solicitar, durante el transcurso del litigio, esto es, hasta antes del dictado de la sentencia en única instancia por el tribunal, que se equipare en lo judicial, total o parcialmente, los efectos de una resolución administrativa firme; es decir, que no quepan recursos administrativos en su contra, y favorable. El requisito indispensable es que haya recaído sobre la misma o idéntica conducta o relación jurídico-administrativa a la que se discute en el proceso; lo anterior, aunque quien solicita la extensión o la equiparación judicial no haya sido destinataria de sus efectos, se trate de partes diferentes o no haya intervenido en el procedimiento administrativo en el que se produjo el acto firme y favorable (artículo 116.1). Cualquiera de las partes, antes o durante las audiencias, puede poner en conocimiento del juez tramitador o del tribunal de juicio lo actuado o resuelto en vía administrativa de manera firme y favorable (artículo 116.2). En todo caso, la administración pública respectiva, una vez adoptada la conducta en vía administrativa que incide en las pretensiones del proceso, tiene la carga de comunicarle al órgano jurisdiccional competente en un plazo máximo de ocho días hábiles, contado a partir de la adopción del acto firme (artículo 116.3).

Cualquiera que sea la forma en que el órgano jurisdiccional se imponga de lo resuelto en firme y favorablemente para terceros en vía administrativa, debe conceder audiencia inmediata a las partes por un plazo de cinco días hábiles para que aleguen lo que estimen conveniente (artículo 116.4). Esta audiencia resulta muy importante, por cuanto que a partir de ahí puede empezar a discutirse si efectivamente se trata de una misma o una idéntica conducta o relación jurídica o no, si la extensión debe ser parcial o total, etcétera.

En los ocho días hábiles posteriores a la conclusión de la audiencia, el órgano jurisdiccional resolverá si acoge o no la equiparación o la extensión, todo previa comprobación de lo exactamente resuelto por la administración pública. Si no versa sobre la misma o idéntica conducta o relación jurídico-administrativa, o lo dispuesto en vía administrativa es sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, se denegará motivadamente la extensión o equiparación, sin que lo resuelto prejuzgue la validez de la conducta cuya eficacia se pretendía extender, puesto que, para anularla, se debe acudir al procedimiento de revisión de oficio (artículo 173, lgap) o a otro proceso de lesividad, cauces en los que las partes principales serán otras (artículo 116.5 de la misma ley).

16. Cumplimiento de la conducta omitida

Este modo de terminación anticipado o anormal del proceso contencioso-administrativo (artículo 118) es verdaderamente novedoso y obedece al carácter plenario y universal de la nueva justicia administrativa, que ahora fiscaliza, también, las omisiones formales y materiales de las administraciones públicas.

El juez tramitador, de oficio o a instancia de parte, debe valorar interlocutoriamente la demanda ponderando su probable fundamento —juicio de verosimilitud de carácter prima facie—; en caso de que goce de una apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), podrá instar a la administración omisa para que cumpla con la conducta requerida en la demanda, para lo cual le confiere un plazo de cinco días para que alegue lo que estime oportuno (artículo 118.1).

Si el ente público manifiesta su voluntad de cumplir con la conducta debida, el juez tramitador debe trasladar los autos al tribunal para que, sin más trámite, dicte sentencia conforme a las pretensiones de la parte actora, sin especial condenatoria en costas, salvo que tal pronunciamiento estimatorio implique una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso debe dictar sentencia conforme a derecho.

El tribunal podrá, en casos de especial complejidad para el cumplimiento de la obligación o en los que sea previsible la ausencia de recursos financieros y materiales necesarios para cumplirla, dimensionar en el tiempo su cumplimiento por la administración pública, otorgando un plazo prudencial para que se cumpla la conducta, el que no puede exceder del ejercicio presupuestario siguiente (artículo 118.2).

Si dentro del plazo otorgado para que la administración pública formule alegaciones no contesta o se manifiesta reacia a cumplir con su obligación, el proceso continúa su trámite normal (artículo 118.3).

17. Tipología de las sentencias estimatorias

Al superarse el carácter revisor u objetivo de la jurisdicción contencioso-administrativa, la tipología de las sentencias resulta congruente con un control plenario y universal de la función administrativa y con el carácter *numerus apertus* de las pretensiones. Así, el artículo 122 del cpca dispone que la sentencia estimatoria —total o parcial— podrá contener los siguientes pronunciamientos:

a) Declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexos.

b) Anular, total o parcialmente, la conducta administrativa.

c) Modificar o adaptar, según corresponda, la conducta administrativa a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico, de acuerdo con los hechos probados en el proceso.

d) Reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.

e) Declarar la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo.

f) Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la administración pública.

g) Condenar a la administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

h) En los casos excepcionales en los que la administración sea parte actora, se podrá imponer a un sujeto de derecho privado, público o mixto, una condena de hacer, de no hacer o de dar.

i) Declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico y hacer cesar la actuación material constitutiva de la vía de hecho, sin perjuicio de la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el inciso d de este artículo.

j) Ordenar a la administración pública que se abstenga de adoptar o ejecutar cualquier conducta administrativa, que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona.

k) Suprimir, aun de oficio, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida a proceso, cuando sea disconforme con el ordenamiento jurídico.

l) Hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima.

m) Condenar al pago de los daños y perjuicios, en los siguientes términos: i) pronunciamiento sobre su existencia y cuantía, siempre que consten probados en autos al dictarse la sentencia; ii) pronunciamiento en abstracto, cuando conste su existencia, pero no su cuantía; iii) pronunciamiento en abstracto, cuando no conste su existencia y cuantía, siempre que sean consecuencia de la conducta administrativa o relación jurídico-administrativa objeto de la demanda.

18. Actualización o indexación de las obligaciones pecuniarias

El artículo 123 del cpca confiere habilitación legislativa expresa al tribunal para que proceda a reajustar las obligaciones pecuniarias a cuyo pago condene la sentencia. Se indica que el fin del reajuste es compensar la variación en el poder adquisitivo de la moneda ocurrido en el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago efectivo. Incluso, se indica que cuando le sea posible al tribunal liquidar o fijar el quantum exacto de la obligación en sentencia, debe contener pronunciamiento sobre su debida actualización. En los supuestos de la condenatoria en abstracto a una obligación de valor (indemnización de daños y perjuicios), al quedar la cuantificación o la traducción en dinerario diferida para la ejecución de sentencia, se le confiere al juez ejecutor la competencia de conocer y resolver, en ese caso, la liquidación y su debido reajuste (artículo 123.1).

Dentro de los diversos parámetros que pudo adoptar el legislador ordinario para el reajuste de las obligaciones pecuniarias, optó por el índice de precios al consumidor emitido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos para las obligaciones en colones y la tasa primerate establecida para los bancos internacionales de primer orden para las obligaciones en moneda extranjera. Se trata de parámetros muy acertados en cuanto tienen una fluidez y un dinamismo constantes, determinados por cambios en las economías y en los mercados nacionales e internacionales, lo que los hace inherentemente justos y equitativos (artículo 123.2).

En caso de que las partes del proceso hayan pactado previamente un parámetro de compensación de la obligación dineraria, distinto de los fijados en el párrafo 2° (ipc y tasa prime rate), el órgano jurisdiccional competente debe reconocer en sentencia el mecanismo pactado, y actualizar y liquidar la obligación correspondiente hasta su pago efectivo (artículo 123.3).

19. Efectos de la nulidad de un acto administrativo de alcance general y "dimensionamiento" de los efectos de la sentencia

El artículo 130, párrafo 3°, dispone que la anulación de un acto administrativo de efectos generales produce efectos *erga omnes*, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas, en cuyo caso la sentencia firme debe ser publicada íntegramente en el diario oficial a cargo de la administración que lo dictó.

Por su parte, el artículo 131, párrafo 3°, establece que cuando sea necesario para la estabilidad social y la seguridad jurídica, la sentencia debe graduar y dimensionar sus efectos en el tiempo, el espacio o la materia, norma de suma importancia cuando se trata de la impugnación de normas reglamentarias.

20. Apelación tasada

Con el fin de lograr una mayor celeridad procesal y evitar las dilaciones injustificadas que atentan contra el derecho a un proceso en un plazo razonable, el cpca establece un elenco taxativo de resoluciones impugnables en apelación (artículos 132 y 133).[32]

21. Flexibilización de la casación y casación en interés del ordenamiento jurídico

En aras del *indubio pro actione*, la casación ha sido flexibilizada, suprimiendo una serie de requisitos de carácter meramente formal y admitiendo su interposición cuando la sentencia incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (artículo 134, cpca).

Por otra parte, el artículo 153 del cpca, como novedad, introduce la casación en interés del ordenamiento jurídico. Este recurso cabe cuando las sentencias del Tribunal de Casación o del Tribunal Contencioso Administrativo, que producen cosa juzgada material, se estimen violatorias del ordenamiento jurídico. El conocimiento y la resolución de este recurso se le reservó, en exclusiva, a la primera sala de la Corte Suprema de Justicia, al ser el órgano jurisdiccional que ocupa la cúspide de la organización judicial contencioso-administrativa y, por consiguiente, del control de legalidad de la función administrativa.

32 El cpca prevé, únicamente, cinco supuestos de autos apelables que son los siguientes: a) el que resuelve sobre la caución u otra contracautela (artículo 28.2); b) el que se pronuncia sobre las medidas cautelares (artículo 30); c) el que acuerda el archivo de la demanda defectuosa (artículo 61.2); d) el que resuelve sobre la integración de la litis (artículo 71.4), y e) el que resuelve el embargo de bienes (artículo 178). En materia de diligencias de expropiación, los artículos 41 de la Ley de Expropiaciones (7495, del 3 de mayo de 1995) y 21 de la Ley de Adquisiciones, Expropiaciones y Constitución de Servidumbres del ice (6313, del 4 de enero de 1979), disponen que cabe el recurso de apelación, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación, ante el Tribunal de Casación, contra la resolución final que fije el monto de la indemnización. Finalmente, el artículo 45 de la Ley de Expropiaciones indica que son apelables, en el plazo de tres días hábiles y en efecto devolutivo, ante el Tribunal de Casación, los autos dictados en el transcurso del proceso —diligencias de expropiación— que versen sobre los siguientes extremos: a) la entrada en posesión del bien expropiado; b) la designación de los peritos; c) la fijación de los honorarios de los peritos; d) lo concerniente al retiro, el monto y la distribución del avalúo; e) los que resuelvan sobre nulidades de actuaciones y resoluciones, y f) los que resuelvan los incidentes de nulidad de las actuaciones periciales.

Por su carácter objetivo se prevé una legitimación institucional a favor del procurador general de la República, el contralor general, el defensor de los habitantes y el fiscal general.

La sentencia que sea dictada por la primera sala no podrá afectar ninguna situación jurídica sustancial subjetiva consolidada, de manera que cuando sea estimatoria se limita a fijar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, razón por la cual la sentencia se debe publicar en una sección especial del diario oficial La Gaceta para que sea de conocimiento público.

22. Cuerpo de jueces de ejecución

Para fortalecer la tutela judicial efectiva o la "justicia cumplida" (artículo 41 constitucional), el cpca dispuso la creación de un cuerpo especializado de jueces de ejecución con amplios poderes y facultades para lograr el cumplimiento integral y efectivo de lo establecido en sentencia (artículo 155).

Al juez ejecutor se le otorga un poder general de ejecución, puesto que se estatuye que "tendrá todos los poderes y deberes necesarios para su plena efectividad y eficacia" (artículo 155.2). Ésta es una cláusula general que otorga amplios poderes cuyo único límite lo constituye el principio de proporcionalidad, en el sentido de que sus actuaciones sean necesarias e idóneas —al incumplimiento y a la necesidad de cumplir con las órdenes o condenas contenidas en la resolución— y exista una proporción entre la medida de ejecución adoptada y los fines propuestos de efectividad y eficacia de la sentencia o la resolución. Lo anterior resulta ratificado cuando se indica que firme la sentencia, de oficio o a instancia de parte, el juez ejecutor podrá adoptar, dictar o disponer las "medidas adecuadas y necesarias para su pronta y debida ejecución" (artículo 155.3).

23. Multas coercitivas

Como un medio para conminar el cumplimiento de lo dispuesto en sentencia, el cpca introduce las multas coercitivas (artículo 159) para el funcionario público condenado en sentencia o responsable de la ejecución de la sentencia o resolución que incumple, sin justa causa, cualquier requerimiento del juez ejecutor. La multa a imponer puede oscilar entre uno o cinco salarios base. Previamente a imponer la multa coercitiva, se debe dar audiencia en lo personal, por tres días hábiles, al servidor público para que formule alegatos o se oponga; de igual manera, la resolución que le imponga la multa debe ser comunicada de forma personal.

Después de transcurridos cinco días a partir de la firmeza de la multa correctiva sin ser pagada, el servidor público debe pagar intereses moratorios al tipo legal por todo el lapso que no cancele, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y administrativa del caso.

24. Ejecución sustitutiva de la sentencia por el juez de ejecución

El artículo 161 del cpca dispone una serie de mecanismos para lograr la ejecución, después de haber aplicado las multas coercitivas del artículo 159. Habrá que entender estos instrumentos como de utilización sucesiva y escalonada, de modo que si falla el anterior, el juez ejecutor debe emplear el siguiente, y así sucesivamente. Se establecen las siguientes herramientas de ejecución: a) requerir colaboración de las autoridades y los agentes de la administración condenada, o de otros entes públicos, mediante una eje-

cución sustitutiva; b) adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia equivalente a la conducta omitida, incluyendo la ejecución subsidiara con cargo al ente público condenado; c) para todo efecto legal el juez o la autoridad pública requerida por éste se reputa como el competente para efectuar todas las conductas necesarias para la debida y oportuna ejecución de la sentencia, todo a cargo del presupuesto del ente condenado, siendo que el juez ejecutor puede, de conformidad con las reglas y los procedimientos presupuestarios, allegar los fondos indispensables para la plena ejecución.

En caso de haberse empleado los instrumentos señalados y persiste la renuencia del ente público en cumplir, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento, con lo cual se produce una ejecución sustitutiva o sustitución comisarial de las autoridades administrativas.

25. Sentencia estimatoria y presupuestos públicos

En los supuestos en que un ente público resulta condenado al pago de una obligación pecuniaria, debe acordarlo y verificarlo inmediatamente de haber contenido económico suficiente y debidamente presupuestado. La sentencia firme produce, automáticamente, el compromiso presupuestario de los fondos pertinentes para el ejercicio fiscal en que se produzca la firmeza del fallo (artículo 166).

La certificación emitida por el juez ejecutor remitida al Departamento de Presupuesto o al superior jerárquico supremo encargado de la ejecución presupuestaria, constituye título suficiente y único para el pago respectivo y esos funcionarios deben incluir el contenido presupuestario necesario para el debido cumplimiento de la sentencia en el presupuesto inmediato siguiente; la omisión de estos funcionarios se presume falta grave de servicio —presupuesto generador de responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal— y causal de responsabilidad disciplinaria y penal (artículo 167).

En tratándose de la administración pública descentralizada, se admite el ajuste o la modificación de un presupuesto en ejecución o la confección de uno extraordinario para dar cabal cumplimiento a lo resuelto, en cuyo caso los trámites necesarios deben realizarse en los tres meses siguientes a la firmeza del fallo. En caso de sobrepasarse ese plazo, el juez ejecutor le comunica a la Contraloría General de la República para que no ejecute ningún trámite de aprobación o modificación presupuestaria del ente incumplidor, todo hasta en tanto no se incluya la partida presupuestaria pertinente. Esa paralización presupuestaria podrá ser dimensionada por el juez ejecutor para no afectar la gestión sustantiva de la entidad o las situaciones jurídicas sustanciales de terceros (artículo 168).

El artículo 172, párrafo 1°, habilita a la administración pública condenada al pago de una cantidad líquida, cuando el cumplimiento de la sentencia signifique la provisión de fondos para los cuales no es posible allegar recursos sin afectar seriamente el interés público o sin provocar trastornos graves a sus situación patrimonial, para solicitar el pago fraccionado en un máximo de tres anualidades, consignándose en el respectivo presupuesto el principal más los intereses.

26. Embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público

Como una poderosa herramienta para garantizar el cumplimiento efectivo de lo establecido en sentencia, el cpca admite el embargo de bienes del dominio fiscal y de algunos del público.

El embargo será procedente, a petición de parte y según el criterio del juez ejecutor, respecto de los bienes siguientes (artículo 169):

a) Los del dominio privado de los entes públicos, en cuanto no se encuentran afectados a un fin público.
b) La participación accionaria o económica del ente público condenado en una empresa pública —50% o más de capital público— o privada, siempre que la totalidad del embargo no supere 25% del total participativo.
c) Los ingresos percibidos por transferencias presupuestarias previstas en la ley a favor del ente público condenado, siempre que no superen 25% del total de la transferencia correspondiente a ese periodo presupuestario.

Constituye una carga procesal del ejecutante identificar, con precisión, los bienes, fondos o rubros presupuestarios que serán objeto de embargo, so pena de un rechazo de plano de la solicitud. Para evitar el impacto nocivo sobre la gestión administrativa, se prevé la posibilidad de que el ente público identifique los bienes, en sustitución de los propuestos por la parte interesada, que deben ser objeto de embargo, cambio que deberá ser aprobado por el juez ejecutor según su prudente arbitrio.

El cpca, en su artículo 170, rompe con el viejo dogma de la inembargabilidad de los bienes del dominio público, en aras del imperativo constitucional de una justicia cumplida. De este modo el artículo 209 del cpca deroga expresamente varias leyes preconstitucionales que establecían la inembargabilidad de los bienes del dominio público (Ley 12, del 26 de septiembre de 1918 y sus reformas, y Ley 70, del 8 de febrero de 1925). El artículo 170 enuncia cuáles bienes del dominio público no pueden ser objeto de embargo; así se indica que no lo pueden ser los de titularidad pública destinados al uso y el aprovechamiento común, esto es, los que están sujetos a los usos generales o comunes —por ejemplo, área pública en la zona marítimo-terrestre, parques, plazas, ríos, lagos, caminos públicos, mercados, etcétera—, como tampoco los que están vinculados directamente con la prestación de servicios públicos de salud, educación o seguridad, o cualquier otro que sea considerado y calificado, por el juez ejecutor, de naturaleza esencial, calificativo que debe obedecer a razones objetivas y claramente justificadas.

Tampoco se admite el embargo sobre bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares bajo cualquier título o modalidad de gestión; esto es, los que están sometidos a un uso privativo de un particular, por virtud de ley, un permiso de uso o una concesión.

Se descarta, también, para evitar una paralización absoluta de la gestión administrativa, el embargo sobre cuentas corrientes y cuentas clientes, fondos, valores o bienes indispensables o insustituibles para el cumplimiento de fines o servicios públicos de las administraciones públicas, los destinos específicos dispuestos por ley —admitidos por la jurisprudencia constitucional—, el servicio de la deuda pública —tanto de intereses como de amortización—, el pago de servicios personales, los fondos destinados para atender estados de necesidad o urgencia, para dar efectividad al sufragio, los destinados al pago de pensiones, las transferencias del fondo especial para la educación superior y los fondos otorgados en garantía, aval o reserva en un proceso judicial.

27. Disconformidad con el ordenamiento jurídico de toda conducta administrativa que no se ajuste a la sentencia y su impugnación en fase de ejecución

El numeral 175 del cpca, en su párrafo primero, califica contraria al ordenamiento jurídico cualquier conducta administrativa que no se ajuste a lo establecido en la sentencia firme. Lo novedoso de la norma es su párrafo 2°, que habilita a la parte ejecutante para requerirle al juez ejecutor, en la fase de ejecución, que declare su nulidad, sin necesidad de incoar un nuevo proceso. Es una norma congruente con ciertos principios de relevancia como la celeridad, la economía procesales y la justicia pronta.

28. Reiteración de la conducta administrativa ilegítima en contra de una condenatoria

Por razones de economía procesal, el artículo 177 del cpca dispone que, en caso de que la administración pública condenada por sentencia firme reitere la conducta administrativa declarada ilegítima, estando en curso la ejecución, podrá impugnarse, en esa fase, la reiteración y obtener su anulación. En caso de haber concluido el proceso de ejecución, sumariamente y en el mismo expediente, podrá gestionarse, en cualquier momento, la ilegitimidad de su conducta.

29. Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros

Para que proceda la extensión y la adaptación de la jurisprudencia a terceros (artículo 185, párrafo 1°), es preciso la existencia, al menos, de dos fallos de casación —de la primera sala o del Tribunal de Casación— que hayan reconocido una situación jurídica sustancial a los sujetos que fueron parte de esos procesos, siempre que exista identidad de objeto y causa, entre la pretensión de los procesos ya fallados y el que está en trámite.

El cpca (artículo 185, párrafo 2) prevé que la solicitud de extensión y adaptación se haga en la propia vía administrativa, en cuyo caso la solicitud se dirige a la propia administración pública activa demandada, en escrito razonado y con copia de la jurisprudencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la firmeza del segundo fallo. Si la administración activa no resuelve la solicitud en el plazo de 15 días hábiles, o la desestima expresamente, la parte interesada acudirá directamente ante el Tribunal de Casación o a la primera sala, según corresponda.

El artículo 186 prevé la solicitud formulada en la sede jurisdiccional —ante el Tribunal de Casación o a la primera sala de la Corte Suprema de Justicia—, en cuyo caso, si el órgano jurisdiccional lo estima procedente, emite resolución ordenando la extensión y la adaptación de los efectos de los fallos y se hará efectiva a través del proceso de ejecución de sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

Jinesta Lobo, Ernesto, et al., El nuevo proceso contencioso-administrativo, San José, Publicaciones Poder Judicial, 2006.

———, Tratado de derecho administrativo, tomo i, Parte general, 2ª ed., San José, iusconsultec/Editorial Jurídica Continental, 2009.

———, Tratado de derecho administrativo, tomo ii, Responsabilidad administrativa, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2005.

———, de derecho administrativo, tomo iii, Procedimiento administrativo, San José, iusconsultec /Editorial Jurídica Continental, 2007.

———, Tratado de derecho administrativo, tomo iv, Contratación administrativa, San José, iusconsultec/Editorial Guayacán, 2010.

———, Manual del proceso contencioso-administrativo, 1ª ed., San José, iusconsultec/Editorial Jurídica Continental, 2009.

———, "La nueva justicia administrativa en Costa Rica", Revista de Administración Pública, núm. 179, Madrid, mayo-agosto de 2009.

———, "Reforma del derecho administrativo codificado frente a la globalización y la sociedad del conocimiento: a 30 años de la promulgación de la lgap", Revista de Derecho Público, núm. 7-8, enero-diciembre de, 2008.

Murillo Arias, Mauro, Ensayos de derecho público, vol. i, San José, euned, 1988.

———, Ensayos de derecho público, vol. ii, San José, Editorial Juritexto, 1995.

———, Ensayos de derecho público, vol. iii, San José, Investigaciones Jurídicas, 2001.

———, Ensayos de derecho público, vol. iv, San José, Editorial Juricentro, 2008.

Ortiz Ortiz, Eduardo, "Derecho administrativo i", tesis, San José, Editorial Stradtmann, 1998.

Ortiz Ortiz, Eduardo, "Derecho administrativo ii", tesis, San José, Editorial Stradtmann, 2000.

———, "Derecho administrativo iii", tesis, San José-Bogotá, Editorial Stradtmann/Biblioteca Jurídica Diké, 2004.

Rojas Franco, Enrique, Derecho administrativo de Costa Rica, México, Editorial Porrúa/unam, 2006.

Panorama general del derecho administrativo en Panamá

Carlos Gasnell Acuña[1]

Introducción

Este panorama general del derecho administrativo panameño, responde a la oportunidad brindada a mi persona por el coordinador de este proyecto, el doctor Karlos Navarro, de reseñar en unas cuantas líneas, sujetas a parámetros aportados por la coordinación, los antecedentes del derecho administrativo en Panamá y la realidad actual sobre ciertas materias importantes para esta disciplina.

La tarea descriptiva resulta relativamente sencilla; sin embargo, el análisis de las normas, ante la falta en Panamá de una tradición doctrinal en materia de derecho administrativo, no lo es.

El desarrollo de temas de derecho administrativo en tratados, manuales o revistas especializadas en Panamá es nulo en algunas materias y escaso y desactualizado en otras, pudiendo rescatarse obras puntuales, como la de Eduardo Morgan Jr., publicada en 1961 y reeditada en 1982 sobre el tema de los recursos contencioso-administrativos, aún con plena vigencia, y obras como la de Javier Sheffer Tuñón (miembro de la comisión redactora de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobada en 2000), El procedimiento administrativo en Panamá. También es necesario resaltar las obras, los trabajos y las monografías de César Quintero, Arturo Hoyos, Rigoberto González, Edgardo Molino Mola, Feliciano Sanjur, Adán Arnulfo Arjona, Víctor Benavides, Janina

Small, Jaime Franco, José Antonio Carrasco, Arturo Hoyos, Roy Arosemena, Ernesto Cedeño, Heriberto Araúz, Carlos Ayala Montero, Maruja Galvis y Marelissa Abrego, así como las compilaciones de Jorge Fábrega Ponce, entre otros juristas que han contribuido en las últimas décadas a que tengamos una incipiente doctrina en materia de derecho administrativo, aunque con una marcada tendencia hacia la parte procesal.

Ruego me disculpen si se me ha escapado alguna obra o persona que haya realizado escritos o hecho algún aporte importante sobre temas del derecho administrativo panameño.

1 Licenciado en derecho y ciencias políticas por la Universidad de Panamá. Posee un posgrado en derecho administrativo otorgado por la Universidad de Salamanca, una maestría en derecho administrativo y tributario por la Universidad Complu- tense de Madrid y un diploma de estudios avanzados de doctorado otorgado por esta universidad. Actualmente se encuentra preparando su tesis doctoral. A nivel académico, es profesor de derecho administrativo en la licenciatura y en el posgra- do en la Universidad Latina de Panamá.

De igual manera son destacables algunos artículos publicados en revistas jurídicas como Lex del Colegio Nacional de Abogados, Iustitia et Pulchritudo de la Universidad Santa María la Antigua, el Semanario Jurídico y Empresarial de Sistemas Jurídicos, la revista Administración Pública al Día, la revista Gestión Pública de la Procuraduría de la Administración junto con sus Cuadernos Administrativos, y en revistas editadas en la Universidad de Panamá por estudiantes, como Novum Ius.

En consecuencia, nuestra jurisprudencia en materia administrativa, ante la escasez de las fuentes nacionales, se alimenta en gran medida de la doctrina proveniente de España, Colombia, Argentina, Francia e Italia. Solamente hay que analizar las sentencias de la tercera sala de la Corte Suprema de Justicia para observar la alusión a la doctrina extranjera, lo cual hace necesario que los administrativistas panameños nos esforcemos, a pesar de la falta de apoyo e incentivos para la investigación, en realizar aportes a la doctrina que sirvan de base para el debate sobre los diferentes temas del derecho administrativo, tan necesario para avanzar en materia de organización administrativa, y para contar con mejores procedimientos administrativos, mayor responsabilidad de la administración por la mala prestación de los servicios públicos, sanciones administrativas que respeten criterios de proporcionalidad, contrataciones públicas más eficientes y transparentes, en fin, una administración pública que se maneje de acuerdo con los parámetros que señala la ley, pero que se vaya modernizando de acuerdo con las más modernas tendencias relacionadas con la buena gestión pública.

1. Base constitucional, concepto de derecho administrativo y fuentes

A) Evolución y modelo regulativo de la administración pública

Reconocidos autores han sostenido que si alguna rama del derecho tuvo un desarrollo particular e importante en el siglo xx en Europa, es el derecho administrativo; afirmación que puede entenderse por la gran cantidad de normas que se dictaron en la mayoría de los países de Europa de una u otra manera impregnando con normas de carácter administrativo casi la totalidad de las actuaciones de los particulares.

Latinoamérica no escapa a esta realidad, produciéndose en el siglo xx un gran desarrollo normativo en materia administrativa y, específicamente a partir de la década de 1970, una proliferación de leyes de procedimiento administrativo, la mayoría por influencia de la Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958, algunas modificando o compilando las normas existentes, y otras creando una nueva Ley de Procedimiento Administrativo, tal como lo ha documentado Brewer Carías.[2] Panamá se subió a este tren al expirar el siglo xx, cuando aprobó por primera vez, en julio de 2000, su primera Ley de Procedimiento Administrativo.

Durante los primeros años de la República, luego de nuestra separación de Colombia en 1903 y una vez aprobada la Constitución en 1904, se adoptó el modelo de administración centralista con independencia de poderes y autonomía provincial y municipal muy limitada.

2 Brewer-Carías, Allan R., *Principios del derecho administrativo en América Latina*, Bógotá, Legis Ediciones, 2003, p. ixl.

La Ley 37 de 1904 autorizó al Poder Ejecutivo el nombramiento de una comisión permanente para la aprobación de los códigos nacionales. Sin embargo, esta iniciativa no prosperó hasta 1913. En este lapso se aplicaron en Panamá leyes de carácter administrativo, aunque en concordancia con la Constitución de 1904, heredadas de la tradición jurídica colombiana, entre otras leyes aprobadas por la Asamblea Nacional.

En 1913, luego de 10 años de vida republicana, bajo el gobierno de Belisario Porras, se designaron las comisiones codificadoras, una de las cuales dio nacimiento al Código Administrativo. Resulta pertinente transcribir parte del mensaje del presidente Belisario Porras, dirigido a los señores diputados con motivo de la presentación del informe de la comisión codificadora, en 1916:

Una nacionalidad naciente tiene, pues, la obligación primordial de definir y garantizar los derechos y deberes de los ciudadanos, y para ello es preciso emprender la labor legislativa, para cristalizarla luego en una legislación que responda satisfactoriamente a las necesidades individuales y colectivas.

[…]

No era posible proseguir aferrados al tradicionalismo jurídico colombiano y pretender administrar justicia por medio de cartabones antiguos, mohosos y de prácticas ineficaces, dilatorias o contraproducentes. Era preciso iniciar nuevas tareas y vaciar nuestra legislación sobre nuestras propias costumbres y sobre nuestras legítimas necesidades.

En la exposición de motivos del Código Administrativo Panameño de 1916, se destaca lo siguiente:

No hay leyes cuya codificación se haga más imperiosa que las leyes administrativas. Son éstas las que más generalmente necesitan conocer empleados públicos y particulares, poco familiarizados con el derecho, y por tanto, cuando esas leyes se hallan diseminadas en distintos volúmenes y unas han sido derogadas y otras reformadas, se hace imposible su aplicación.

Desde 1870 no se ha hecho en el istmo ninguna codificación de las leyes administrativas, y por consiguiente las dificultades que dejamos apuntadas existen en el país con grave perjuicio para los asociados.

Con estas declaraciones fue aprobado el primer Código Administrativo de la República de Panamá, que entró en vigor en noviembre de 1918. El código está dividido en cuatro libros.

El libro primero contiene los “asuntos fundamentales” y está dividido en títulos, destinados a regular las siguientes materias: división territorial, censo de población y estadística, nacionalidad y ciudadanía, extranjería y naturalización, elecciones, instrucción pública e imprenta nacional. El libro segundo regula el régimen político y municipal. Ellibro tercero regula el tema de la policía y el libro cuarto regula “asuntos varios”, entre los que figuraban: personal en el servicio diplomático y consular, correos, inmigración, patentes de invención y marcas de fábrica, fomento, cuerpo de bomberos y servicio civil.

La mayoría de las materias contenidas en estos títulos ha sido actualizada a través de las diferentes constituciones que se han aprobado en la República de Panamá y por medio de leyes especiales y complementarias. El título sobre policía es uno de los que contiene mayor cantidad de normas vigentes dentro del Código Administrativo.

B) Base constitucional del derecho administrativo

Panamá se separó de Colombia el 3 de noviembre de 1903. La primera ley colombiana de lo contencioso-administrativo fue aprobada en 1904 (Ley 27), por lo que puede sostenerse que Panamá, durante su periodo de unión a Colombia (1821-1903), no conoció el control jurisdiccional de la administración y éste no fue contemplado en la Constitución de 1904. Este dato es importante, porque nuestro país, ante la falta de una tutela contra los actos y las arbitrariedades de la administración, tiene que crear su propia solución jurídica a partir de su realidad como república independiente.

El Código Administrativo aprobado en 1916 no estableció normas claras ni detalladas sobre administración pública y procedimiento administrativo. Se limitó, en el título vi (administración pública) del libro ii (régimen político y municipal), a establecer principios básicos, pero a pesar de la falta de normas de procedimiento administrativo y de una jurisdicción contencioso-administrativa, tal como lo señala Eduardo Morgan Jr., "en un régimen liberal no podían quedar los ciudadanos sujetos a las decisiones arbitrarias del órgano o poder administrador, so pretexto de la irresponsabilidad jurídica del Estado".[3]

En consecuencia, tal como lo documenta este autor, en ciertas materias los tribunales ordinarios tenían competencia especial atribuida expresamente en la ley, como ocurría con los acuerdos de los consejos municipales atacables de ilegalidad ante esta instancia. En cuanto a los actos de la administración pública en general, la Corte Suprema de Justicia consideró que, en ausencia de tribunales especiales de lo contencioso-administrativo, correspondía a ella el conocimiento de las acciones que se interpusieran contra dichos actos.

Esta doctrina fue cambiada en una sentencia de 1924. La Corte Suprema de Justicia, en defensa del principio de separación de poderes, sostuvo que mientras no se estableciera la jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales de justicia carecen de competencia para conocer de la legalidad de los actos del Poder Ejecutivo; sin embargo, la Corte Suprema, en sentencias anteriores y posteriores, estableció claramente que el Estado es responsable por los daños que causare a los particulares con sus actuaciones y que éstos podían demandar la indemnización correspondiente a través de un juicio ordinario.[4]

En la Constitución de 1941, en el título xv relativo a las instituciones de garantía, se establecen los principios que sirven de base a la Ley 135 de 1943, que regula por primera vez en Panamá el contencioso-administrativo y a la vez crea un Tribunal de lo Contencioso Administrativo independiente del Poder Judicial. Este tribunal independiente tuvo su influencia en el derecho administrativo francés, donde el control de la legalidad de los actos de la administración lo ejerce el Consejo de Estado, que pertenece a la propia administración.

La Constitución de 1946, tal como lo plantea Morgan Jr., salva los errores de apreciación de la institución del contencioso, incurridos por la Constitución de 1941, cambiando el término decidir por revisar e incluyendo la acción de nulidad como la garantía que pue-

3 Morgan Jr., Eduardo, *Los recursos contencioso-administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño*, Editorial Talleres Gráficos, 1982, p. 29.

4 Ibid., pp. 31-45.

de ejercer cualquier persona contra el acto o norma con inferior jerarquía a la ley que un particular considere que contraviene una norma con rango legal.[5]

En 1956 se reforma la Constitución de 1946 y el control de la legalidad de los actos administrativos ya no será ejercido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cual será eliminado, adscribiéndose sus funciones a la Corte Suprema de Justicia. Esta transformación obedeció a la cada vez mayor injerencia del Poder Ejecutivo en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que trastocó su independencia.

La Constitución de 1972 recoge, en su artículo 188, el contenido de la reforma de 1956 a la Constitución de 1946, manteniendo como una atribución constitucional y legal de la Corte Suprema de Justicia el ejercicio sobre actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los servidores públicos y las autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, otorgándole amplísimas facultades, lo cual no solamente le permite conocer o revisar los actos provenientes de los funcionarios de la administración, sino los de cualquier autoridad pública, en ejercicio de funciones administrativas; incluso las de la propia Corte Suprema de Justicia, lo cual es considerado por algunos sectores como una falla técnica del sistema.

La Constitución Política de 1972, con todas las reformas adoptadas hasta 2004, sigue manteniendo el espíritu del artículo 188; no obstante, hay una ampliación de las garantías del administrado, incluyéndose dentro del control jurisdiccional de la tercera sala de la Corte Suprema de Justicia no sólo los actos, las resoluciones y las disposiciones, sino también las omisiones y la prestación deficiente o defectuosa de los servicios públicos. De igual modo se sustituye el concepto de acción popular por acción pública, como sustento para interponer la acción de nulidad (recurso objetivo).

C) Concepto de derecho administrativo y sistema de fuentes del derecho administrativo en Panamá

El derecho administrativo en Panamá nació de la necesidad de regular la actuación del Estado, representado por la administración o las administraciones, en lo interno y en lo externo de sus relaciones jurídicoadministrativas con los administrados. El Código Administrativo de 1916 y todas las normas posteriores que regulan la organización interna de las administraciones públicas como entes distintos del Poder Ejecutivo y del Estado como persona jurídica, diferenciación defendida por García de Enterría,[6] y las relaciones con los particulares, surgieron como consecuencia de la sujeción de todas las personas, incluido el Estado y las administraciones públicas, al Estado de derecho.

De este modo, el derecho administrativo en Panamá podría conceptualizarse como el conjunto de normas que regula la relación entre los órganos del Estado, las dependencias del Poder Ejecutivo, los organismos descentralizados y demás entes delegatarios de competencias administrativas, en ejercicio de su función administrativa, tanto en su dimensión interna como en las relaciones jurídicas que producen efectos jurídicos

5 Ibid., p. 49.

6 García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo, tomo i*, 12ª ed., Civitas Ediciones, 2004, pp. 44-52.

de carácter favorable, o desfavorable para los terceros, con la consecuente tutela de estos actos y disposiciones por parte de entes distintos de las administraciones públicas.

En cuanto a las fuentes del derecho administrativo, si seguimos el criterio desarrollado por un gran sector de la doctrina administrativa que reconoce el derecho administrativo como el derecho de las administraciones públicas en ejercicio de la función administrativa, independientemente del órgano u organismo que la preste, la Constitución siempre será la base de la cual debe partir el estudio de nuestra disciplina.

Las fuentes del derecho administrativo se encuentran en la Constitución Política, en las distintas leyes que dicta el Poder Legislativo, en los decretos-leyes y en los reglamentos del Poder Ejecutivo contenidos en decretos ejecutivos (dictados por el presidente y el ministro relacionado con el tema por reglamentar), en las resoluciones, tanto de carácter general en forma de reglamento, como particular en forma de actos administrativos, y a nivel interno, resueltos, órdenes y circulares.

Un papel determinante como fuente de derecho administrativo, ante la falta de positivización del procedimiento, lo desempeñaba la jurisprudencia de la tercera sala de lo contencioso-administrativo, la costumbre y los principios generales del derecho invocados por esta sala, como informadores del derecho administrativo, teniendo como base el Código Civil panameño. Igual solución integradora plantea Ramón Parada respecto al derecho español, frente a la negación del reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho administrativo en Alemania y en Francia, y ante el reconocimiento de los principios generales del derecho como fuentes que se han positivizado con el tiempo por el legislador, animado por una doctrina científica muy pendiente del derecho comparado.[7]

La Ley 38 de 2000, ley panameña de procedimiento administrativo, establece la jerarquía de las normas en materia administrativa, indicando expresamente que en las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos; de igual manera establece expresamente la jerarquía normativa en el ámbito municipal y a nivel de las juntas comunales y locales.

2. Organización administrativa

Respecto a la administración pública, la Constitución Política panameña dota al Estado de su esquema organizativo, reconoce que el poder emana del pueblo y lo ejerce el Estado a través de tres poderes, estableciendo las funciones privativas que le corresponden a cada uno, y los que requieren de colaboración y coordinación.

La propia Constitución establece expresamente cuáles serán las funciones legislativas, judiciales y administrativas de la Asamblea Nacional. Las legislativas consisten en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en la Constitución. Además de expedir, modificar, reformar o derogar los códigos nacionales y aprobar todo tipo de leyes, a propuesta de quienes

7 Parada, Ramón, *Derecho administrativo, tomo i*, Parte general, 14ª ed., Editorial Marcial Pons, 2003, pp. 72-80.

tengan iniciativa legislativa. La Constitución, en su artículo 159, establece funciones legislativas específicas sobre temas de administración pública; entre éstas:

Determinar, a propuesta del Órgano Ejecutivo, la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, entidades autónomas, semiautónomas, empresas estatales y demás establecimientos públicos, y distribuir entre ellos las funciones y negocios de la administración, con el fin de asegurar la eficacia de las funciones administrativas.

Las legislativas están contempladas en el artículo 160 y se reducen básicamente a conocer de las acusaciones o denuncias que se presenten contra el presidente de la República y los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y juzgarlos, si a ello diere lugar, por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de esta Constitución o las leyes.

Las administrativas van desde examinar las credenciales de sus propios miembros, dar votos de censura contra los ministros de Estado cuando éstos, a juicio de la Asamblea Nacional, sean responsables de actos atentatorios o ilegales, o de errores graves que hayan causado perjuicio a los intereses del Estado; e incluso aprobar, reformar o derogar el decreto de estado de urgencia y la suspensión de las garantías constitucionales, conforme a lo dispuesto en esta Constitución.

De igual modo, los poderes Ejecutivo y Judicial tienen funciones que no son exclusivamente de ejecución o de administración de justicia. Estas funciones administrativas que tienen su amparo en la Constitución se desarrollan a través de normas de derecho administrativo y son reguladas por éste.

La Constitución Política panameña regula la nacionalidad y la extranjería, los derechos fundamentales y sociales, la familia, el trabajo, el régimen ecológico y agrario, los derechos políticos, el régimen municipal y provincial, la hacienda pública, la economía nacional, el régimen de los servidores públicos. Además, establece los organismos de control y garantía de la mayoría de los derechos y las funciones.

El Manual de organización del sector público de la República de Panamá, publicado por la Dirección de Desarrollo Institucional del Estado del Ministerio de Economía y Finanzas, actualizado a 2009, señala que además de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el poder público cuenta con nueve organismos independientes, la mayoría desempañando tareas de fiscalización: la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Procuraduría de la Administración e Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses), la Fiscalía General Electoral, el Tribunal Electoral, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, el Tribunal de Cuentas, la Fiscalía de Cuenta, y la Superintendencia de Bancos, así como la Superintendencia de Seguros y Reaseguros (la cual no es mencionada en dicho manual, pero forma parte de los entes de fiscalización que cumplen funciones similares a las de la Superintendencia de Bancos, pero en el área de los seguros).

Además existen 24 instituciones descentralizadas y tres empresas públicas: Agencia del Área Económica Especial Panamá-Pacífico, Autoridad Aeronáutica Civil, Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, Autoridad del Transporte y Tránsito Terrestre, Autoridad Marítima de Panamá, Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos, Comisión Nacional de Valores, Consejo de Administración del Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos, Instituto Conmemorativo Gorgas de Estudios de la Salud,

Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano, Sistema Estatal de Radio y Televisión, Universidad Marítima Internacional de Panamá, Zona Franca del Barú, Empresa de Generación Eléctrica, Dirección General de Contrataciones Públicas, Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá, Secretaría Nacional de Discapacidad, Sistema Único de Manejo de Emergencias 911, Instituto Panameño de Deportes, Autoridad Nacional de Aduanas, Autoridad de Turismo de Panamá, Instituto Nacional de la Mujer, y Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. En 2010 se crearon adicionalmente la Empresa Nacional de Autopistas y la Autoridad Nacional de Aseo, y algunas secretarías elevaron su rango a autoridad, como ocurrió con la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental.

El derecho administrativo tiene que regular el conjunto de relaciones que se originan a partir de todas las instituciones que realizan funciones administrativas y debe garantizar el ejercicio de los derechos, el control del ejercicio del poder y las relaciones que nazcan entre las diferentes instituciones y los administrados, así como de las instituciones entre sí.

3. Acto administrativo, su ejecución y el principio de autotutela

A) Acto administrativo

El concepto de acto administrativo, antes de la aprobación de la Ley 38, del 31 de julio de 2000, no se encontraba en ningún cuerpo normativo. Obedecía a una construcción jurisprudencial sobre la base de los actos recurribles y de los no recurribles ante la tercera sala de lo contencioso-administrativo.

En consecuencia, para determinar cuándo nos encontrábamos frente a un acto administrativo, había que escudriñar en la doctrina contenida en la jurisprudencia de dicha sala, en el texto de alguna consulta absuelta por la Procuraduría de la Administración como asesora legal de la administración pública, así como en la doctrina contenida en textos de derecho administrativo.

Definir el acto administrativo en la doctrina jurisprudencial, como ya sostuvimos, era muy importante, principalmente para efecto de determinar qué actos administrativos eran susceptibles de ser revisados en la vía contencioso-administrativa.

Ante la jurisdicción contencioso-administrativa sólo son recurribles los actos definitivos o que causen estado. El artículo 42 de la Ley 135 de 1943, del capítulo ii, del título ii, desarrolla lo referente al procedimiento ante el tribunal. Analicémoslo con detenimiento.

> Artículo 42. Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33, 38, 39 y 41 [derogados por el artículo 206 de la Ley 38 de 2000], o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.

Esta norma y la jurisprudencia que contenía conceptos, sobre todo de la doctrina colombiana, argentina y española, venían a informar a la administración sobre el término

de acto administrativo, tanto en su dimensión conformadora de una relación jurídica positiva o favorable como negativa o de gravamen.

En Latinoamérica, algunas leyes de procedimiento administrativo definen el acto administrativo en su articulado; otras no lo hacen expresamente. La ley uruguaya y la venezolana lo definen desde el punto de vista orgánico, referido a la administración; otras, como la colombiana, no lo definen expresamente. Sin embargo, el articulado de las normas que regulan la materia da pie para identificar una definición funcional del mismo vinculada a la función administrativa.

Brewer Carías considera que las definiciones orgánicas son totalmente inconvenientes porque conducen a pensar que la Ley de Procedimiento Administrativo sólo se aplica a la administración pública como organización que ejerce el Poder Ejecutivo, por lo que se inclina por las definiciones funcionales, aunque no sean expresas, que permiten identificar el acto administrativo como las manifestaciones o las declaraciones de las entidades, emitidas en ejercicio de funciones administrativas.[8]

La Ley de Procedimiento Administrativo Común española, Ley 30/1992, tampoco contiene un concepto como tal, pero dentro de su articulado se puede extraer cuál es la teoría sobre el acto administrativo que respalda la normativa (sus elementos y sus efectos).

La Ley 38 de 2000, además de desarrollar a través de su articulado, tal vez a nivel inconsciente, una suerte de teoría del acto administrativo, desarrolla un concepto de acto administrativo que incluye hasta los elementos del mismo.

El artículo 201, numeral 1, del título denominado "Glosario", indica lo siguiente:

> Artículo 201. Los siguientes términos, utilizados en esta ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:
>
> 1. Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el derecho administrativo.
>
> Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; *finalidad,* que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; I, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión, y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite. [Las cursivas son nuestras.]

8 Ibid., p. 185.

Esta definición tan abarcadora, de carácter funcional, siguiendo a Brewer Carías, para no caer en equívocos y pensar que toda declaración que no siga al pie de la letra el contenido propuesto por la definición deja de ser un acto administrativo con efectos jurídicos desde que nace y cumple con las formalidades mínimas o es imperfecto y por lo tanto susceptible de ser declarado nulo, debe leerse en conjunto con el título de la ley que desarrolla lo referente a la invalidez de los actos administrativos.

Cómo se puede observar, la norma que contiene los requisitos para que un acto pueda ser recurrido ante el Contencioso Administrativo requiere de la existencia formal de un acto, o en su defecto, del silencio administrativo de la administración. Las actuaciones materiales de la administración tienen que ser demandadas mediante el procedimiento de reparación directa, y resulta algo dificultoso demandar situaciones que constituyen simple inactividad de la administración, ya sea formal o material. El Contencioso Administrativo en Panamá sigue siendo revisor de la actuación de la administración a pesar de la apertura que ha manifestado la jurisprudencia al adoptar el principio de tutela judicial efectiva cuando exista una violación de los derechos subjetivos del demandante, a pesar de que el mencionado principio ha sido más utilizado por la jurisprudencia para flexibilizar el excesivo formalismo de la normativa contencioso-administrativa.

En sentencia del 15 de junio de 2010, la tercera sala de lo contencioso-administrativo, reiterando la jurisprudencia sobre esta materia, respecto a la apelación de la Procuraduría de la Administración de una demanda cuya corrección se presentó fuera del plazo otorgado por la ley para la presentación de la demanda de plena jurisdicción, una vez ejecutoriado el acto administrativo (dos meses), señaló lo siguiente:

> A juicio del resto de los magistrados que integran la sala tercera, la acción promovida se ajusta a lo que la doctrina denomina "tutela judicial efectiva".
>
> En este orden de ideas y en vista de que el demandante persigue el acceso al proceso, a este tribunal le parece relevante citar lo expresado por el jurista Francisco Chamorro Bernal, en su obra La tutela judicial efectiva en relación a la situación planteada: "Una vez reconocido el acceso a la jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la tutela judicial efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de la tutela en general, es un derecho de configuración legal.
>
> "Cuando las exigencias formales obstaculizan de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o si en el caso concreto esos requisitos han perdido su finalidad o su incumplimiento puede convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego" (Chamorro Bernal, Francisco, La tutela judicial efectiva, Barcelona, Bosch, 1994, p. 49).

B) Ejecución de los actos administrativos y principio de autotutela

Los actos administrativos en el derecho panameño gozan de presunción de validez. El artículo 46 de la Ley 38 de 2000 señala expresamente que las órdenes y demás actos administrativos en firme, del gobierno central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata y serán aplicados mientras sus

efectos no sean suspendidos, y no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales, por parte de los tribunales competentes.

Un acto administrativo se considerará firme cuando, luego de notificados los afectados, ha transcurrido el plazo que señala el procedimiento general o especial, sin que se hayan interpuesto los recursos ordinarios en vía administrativa, o éstos han sido resueltos favorable o desfavorablemente. Los recursos de reconsideración y apelación interpuestos en debida forma suspenden la ejecución del acto administrativo sin necesidad de entrega de caución por parte del recurrente, lo cual puede operar en contra de la administración en caso de recursos abiertamente dilatorios, interpuestos con el ánimo de afectar a un tercero o a la propia administración que requiere celeridad y fluidez en el ejercicio de sus funciones. La Ley 22 de 2006 creó la figura del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y el recurso de impugnación ante este tribunal, para cuya interposición se requiere la consignación de una fianza de 15% del valor de la propuesta, exigencia que fue demandada ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia y está pendiente de resolución por parte de este tribunal colegiado.

La Ley 38 de 2000 recoge en su articulado el principio de autotutela de los actos administrativos, lo que se traduce en que la administración no requiere autorizaciones externas para lograr la ejecución forzosa de sus actos. De esta forma, ajustándose a la ley y al procedimiento administrativo, al igual que otorga una licencia, puede fijar sanciones de ejecución directa sin necesidad de autorización judicial. En Panamá, una gran cantidad de entidades públicas incluso cuentan con una jurisdicción coactiva que les permite dictar medidas cautelares para garantizar la correcta aplicación de los actos administrativos sancionatorios.

Dentro de la propia Ley de Procedimiento Administrativo se incluyen limitaciones al principio de autotutela, como la contenida en el artículo 62 que restringe a las entidades públicas la posibilidad de revocación o anulación de oficio de una resolución en firme, en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, salvo cuatro excepciones bien definidas en la ley:

1) Si ha sido emitida sin competencia.
2) Cuando el beneficiario haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla.
3) Si el afectado consiente en la revocatoria.
4) Cuando así lo disponga una norma especial.

La Ley de Procedimiento Administrativo originalmente condicionaba el ejercicio de la revocación de los actos administrativos a la opinión de otras instancias (Procuraduría de la Administración, si el acto había sido dictado por una autoridad con competencia en toda la República); sin embargo, esta norma fue derogada eliminándose esta obligación por parte de la entidad que revoca el acto.

La Ley de Procedimiento Administrativo no contempla la declaración de lesividad, desarrollada en la legislación española para la anulabilidad de los actos favorables a los particulares, por lo que en caso de existencia de alguna causal que haga anulable un acto en firme, debe procederse a demandar el acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin declaración previa.

C) La discrecionalidad administrativa

La Constitución nacional obliga al Estado a someterse al principio de estricta legalidad. Sin embargo, el desarrollo de la Constitución a través de normas no impide que se establezca la posibilidad de discrecionalidad administrativa en el tratamiento de determinadas materias que, por razones técnicas, requiere un campo de maniobra cómodo para la administración, siempre dentro del marco de la ley.

La Ley de Procedimiento Administrativo Común española, Ley 30/1992, contiene una norma expresa sobre la motivación como requisito de los actos administrativos, que enumera los tipos de actos que debe contener el elemento motivador, lo cual incluye entre otros supuestos, y como garantía protectora de la seguridad jurídica predicada en la Constitución española, a los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de organismos consultivos, así como los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, además de lo que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa (artículo 54).

Garrido Falla y José Fernández Pastrana, en relación con el ejercicio de potestades discrecionales, sostienen que si la motivación puede tener una importancia secundaria en los actos reglados, adquiere especial relieve con los actos discrecionales, donde es exigible un plus de justificación con respecto a la opción elegida por la administración, con el concreto entendimiento del concepto jurídico indeterminado que haya de interpretar en cada caso, o con la apreciación de los hechos que justifican su decisión.[9]

La Ley 38 de 2000, además de mencionar la motivación en la definición del acto administrativo, como elemento del mismo que debe contemplar el conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, indica en su artículo 155 los actos que deben ser motivados, algunos de los cuales importamos de la legislación española:

1) Los que afecten derechos subjetivos.
2) Los que resuelvan recursos.
3) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos.
4) Cuando así se disponga expresamente por la ley.

La Ley de Procedimiento Administrativo olvidó regular expresamente los actos discrecionales. En su artículo 34 observamos que se invocan principios de buenas prácticas administrativas, al indicar expresamente que todas las actuaciones administrativas, en todas las entidades públicas, se efectuarán con arreglo a las normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa. De igual manera, para los funcionarios públicos se contempla el mandato de ajustar sus actuaciones a los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia; sin embargo, no hay una remisión expresa a la motivación de las actuaciones.

En consecuencia, para obligar a la motivación de los actos discrecionales habrá que analizar si existe este principio u obligación en la ley especial, o verificar si con la decisión

9 Garrido Falla, Fernando, y Fernández Pastrana, José María, Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas. Un estudio de la Ley 30/92, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 173-174.

discrecional se afectan derechos subjetivos para obligar al Estado a la aplicación del artículo 155 de la Ley 38 de 2000, exigiendo la motivación detallada, incluso de los actos discrecionales.

4. El procedimiento administrativo

A) Generalidades del procedimiento

Hasta el año 2000, la República de Panamá no contaba con una ley que regulara el procedimiento administrativo común. El procedimiento administrativo, ante la falta de un procedimiento general, se desarrollaba de acuerdo con las leyes y las reglamentaciones de las diferentes instituciones, y frente a la falta de éstas, sobre la base de los principios del procedimiento judicial (Código Judicial o de Enjuiciamiento Civil) compatibles con el proceso ante la administración y los poderes exorbitantes de la misma. De igual modo, el procedimiento estaba informado por la Ley de lo Contencioso Administrativo y la doctrina jurisprudencial de la tercera sala de lo contencioso-administrativo que servía de orientación a la administración para delimitar conceptos y procedimientos.

Como antecedentes legislativos concretos, como lo ha reseñado Sheffer en su obra El procedimiento administrativo en Panamá, antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000 sólo había normas anacrónicas del Código Administrativo, un apartado de la Ley 135 de 1943 que regula sin profundidad los recursos en la vía administrativa y otras normas inoperantes que regularon el derecho de petición de base constitucional, y otras leyes más de los años ochenta (Ley 33 de 1984 y Ley 20 de 1985), que en su momento introdujeron una serie de principios importantes para el desenvolvimiento de los trámites en los despachos administrativos de las dependencias oficiales, con uniformidad, coherencia, invitando a la economía procesal y a la ausencia de formalidades para tramitar las peticiones.[10]

Cabe resaltar que a diferencia del procedimiento administrativo común, dentro del Código Fiscal, desde la década de los sesenta del siglo xx, es posible encontrar normas claras y completas que regulan el procedimiento tributario, las cuales fueron reformadas en 2010, adecuándolas de alguna forma al procedimiento administrativo general, principalmente en lo que se refiere a la supletoriedad de dicho procedimiento.

Como consecuencia del vacío normativo, siguiendo la corriente latinoamericana de aprobación de leyes de procedimiento administrativo, y ante la necesidad imperiosa de contar con un instrumento efectivo para hacer frente a las arbitrariedades de la administración, a través de la Ley 38, del 31 de julio de 2000, se aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración y se regula el procedimiento administrativo general, además de dictarse otras disposiciones. Dicha ley se convierte, como ya lo señalamos, en la primera legislación de procedimiento administrativo en Panamá.

La Ley 38 de 2000 regula la organización interna de la Procuraduría General de la Administración, sus competencias y sus funciones. En cuanto al procedimiento administrativo general, regula su aplicación directa y supletoria, el derecho de petición y consulta, el tema de la invalidez y la revocatoria de los actos administrativos, el manejo de

10 Sheffer Tuñon, Javier, *El procedimiento administrativo en Panamá*, Editorial Sistemas Jurídicos, 2002, pp. 38-41.

expedientes administrativos, las notificaciones y las citaciones y un título detallado sobre incidentes y pruebas en el proceso administrativo.

Respecto a los recursos que se pueden interponer ante la administración, se modifica la fórmula de interposición y la cantidad de recursos que caben en la vía administrativa, derogando lo que expresaba la Ley de lo Contencioso Administrativo de 1943, que obligaba a interponer en la vía administrativa tanto el recurso de reconsideración (reposición o revocatoria en otras legislaciones) como el de apelación (alzada o jerárquico) de forma subsidiaria, para poder acceder al contencioso. Con la Ley 38 de 2000 se interponen los recursos de forma separada.

Tanto el recurso de reconsideración como el recurso de apelación, por regla general contenida en la Ley 38 de 2000, se conceden en efecto suspensivo, salvo que exista una ley especial que conceda otro efecto a los mismos. La Ley 38 de 2000 no contiene normas expresas sobre medidas cautelares, ni adicionales sobre el acto, ni relacionadas con la suspensión de los efectos más allá de la decisión que determina el recurso en la última instancia de la vía administrativa, por lo que debe entenderse que una vez decidido el recurso de forma desfavorable al administrado, el acto puede ejecutarse en su contra con las consecuencias negativas que conlleva, lo cual es valorado por la administración frente a la posibilidad de interposición de recursos ante el contencioso-administrativo. Corresponderá a la sala de lo contencioso-administrativo en vía jurisdiccional decretar si procede la suspensión del acto administrativo en sede judicial.

La nueva Ley de Procedimiento Administrativo incorpora a su normativa el recurso de hecho, ante el inmediato superior de la autoridad que denegó la concesión del recurso de apelación o que lo concedió en un efecto distinto al que corresponde, y el recurso de revisión administrativa como una alternativa cuando la administración haya incurrido en violaciones expresas.

La Ley 38 de 2000 prevé la posibilidad de interponer un recurso extraordinario, el de revisión. Se incluyen diversos supuestos que podrían servir de sustento a este recurso: carencia absoluta de competencia, falta de oportunidad para presentar o practicar pruebas, entre otros, que constituyen un exceso, frente a un tratamiento más restringido observado en otras legislaciones como la española, la venezolana, la costarricense, la hondureña y la argentina.

La ley contiene una innovación no siempre usual en materia de técnica legislativa: un glosario que forma parte del articulado, con más de 100 definiciones que ayudan a interpretar los conceptos vertidos en la ley, lo cual puede ser orientador o desorientador, dependiendo del contexto. No obstante, dichas definiciones han servido de sustento jurisprudencial para delimitar el alcance de ciertos conceptos aplicados a una realidad concreta.

La definición de acto administrativo que contiene la ley en el numeral primero del artículo 201 es un ejemplo claro de los problemas interpretativos que puede conllevar el hecho de restringir un concepto dentro de la ley para efectos orientadores o de interpretación. Este aspecto lo analizaremos al desarrollar el tema referente al acto administrativo.

Algunos sectores de la comunidad jurídica panameña consideran que en cierta medida el procedimiento administrativo se judicializó al trasladar esquemas del Código Judicial o de la Ley de Enjuiciamiento civil al ámbito administrativo, donde el Estado siempre ha tenido una posición diferente a la del administrado.

De acuerdo con Jaime Franco, cuando se afirma que la Ley 38 de 2000 ha judicializado el proceso administrativo se alude a la introducción de conceptos, figuras jurídicas y términos propios del procedimiento judicial dentro del procedimiento administrativo o gubernativo.

Un ejemplo claro, indica Franco, se observa en la aparición de impedimentos y recusaciones, en la aceptación de la acción exhibitoria como medio de aseguramiento de prueba, en la sana crítica como principio de apreciación de las pruebas, en el desistimiento de la petición y en el recurso de revisión, figuras que demuestran la tendencia del legislador a judicializar este procedimiento y que han producido mayor demora en la tramitación de los asuntos administrativos cuando éstos deben ser un procedimiento sencillo, sin formalidades, que le permita a la administración pública revisar sus propias actuaciones a instancia del administrado.[11]

Frente a las críticas sobre la judicialización, algunas muy fundadas, la Ley 38 de 2000 representa un primer aporte tendiente a equilibrar el poder del Estado frente al administrado, y atemperar en alguna medida el exceso de discrecionalidad administrativa tan perjudicial para la seguridad jurídica. La práctica determinará las reformas necesarias para convertir el procedimiento en una herramienta para el administrado que no ahogue a la administración.

A pesar de que no existen estadísticas concretas en relación con la utilización de las herramientas que pone al servicio de los ciudadanos la Ley de Procedimiento Administrativo para evitar los abusos y las arbitrariedades de la administración, puede sostenerse que en Panamá no hay una cultura muy extendida entre los ciudadanos de hacer uso de estos recursos.

Entre las reformas que sufrió esta legislación podemos destacar la eliminación del informe previo y favorable de la Procuraduría de la Administración cuando las instituciones revoquen un acto administrativo de contenido favorable al amparo de la norma que permite realizar esta acción sujeta a las causales expresas que señala la Ley de Procedimiento Administrativo.

B) RECURSOS EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

Antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000, los recursos administrativos eran regulados por la Ley 135 de 1943 de lo contencioso-administrativo. Esta ley, en el título ii, artículo 33, preveía la posibilidad de interponer los recursos ordinarios de reconsideración (reposición) ante el funcionario de primera instancia, y el de apelación (alzada o jerárquico) ante el superior inmediato.

El artículo 34 de dicha norma establecía la fórmula para la interposición de los recursos: "De uno u otro recurso, o de ambos, podrá hacerse uso dentro de cinco días útiles a partir de la notificación personal o dentro de los cinco días de fijación del edicto, cuando hubiere lugar a ello".

Esta fórmula de presentar los recursos de manera conjunta (reconsideración y apelación) crea lo que se denomina subsidiariedad. Se presenta el recurso de reconsideración con

11 Franco, Jaime, "La judicialización del procedimiento administrativo", *Semanario Jurídico y Empresarial de Sistemas Jurídicos*, 9 de octubre de 2004.

apelación en subsidio, restando al recurrente sólo sustentar el recurso subsidiariamente interpuesto en caso de denegación del recurso de reconsideración. Esta construcción de la jurisprudencia panameña interpretó la norma contenida en el artículo 34, en el sentido de obligar al particular a interponer la reconsideración en subsidio cuando interponía el recurso de reconsideración, porque de lo contrario no podía apelar, imposibilitándose el agotamiento de la vía administrativa, requisito fundamental para acceder al contencioso-administrativo.

La Ley 38 de 2000 derogó todas las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que regulaban los recursos en la vía administrativa e introdujo importantes modificaciones en esta materia. Se eliminó la subsidiariedad de los recursos de reconsideración (reposición) y apelación (alzada), además de la apelación directa, como fórmulas obligatorias para agotar la vía administrativa y acceder al contencioso, permitiéndose la interposición independiente de ambos recursos.

Se introdujo expresamente el recurso de hecho y el recurso de revisión administrativa como recursos extraordinarios, de acuerdo con el modelo español, pero con un exceso de supuestos, como ya lo explicamos al analizar el procedimiento administrativo.

C) El control judicial de la administración: el contencioso-administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes

a) Control judicial de la administración

Los actos administrativos y las demás expresiones de la potestad reglamentaria tienen su organismo de control en la jurisdicción contencioso-administrativa. En Panamá, esta jurisdicción fue creada a través de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, e indirectamente por el Acto Legislativo de 1956 que incorporó la "jurisdicción contencioso-administrativa" a la Corte Suprema de Justicia, eliminando el tribunal independiente creado en 1943. Desde entonces, esta legislación no ha sido revisada, presentando ciertos elementos de excesiva formalidad a pesar de la tendencia de la jurisprudencia a ir eliminando ciertos formalismos en la presentación y en la sustentación de los recursos.

Ante la tercera sala de lo contencioso-administrativo, compuesta por tres magistrados, los particulares afectados por el acto, la resolución, la orden o la disposición, podrán demandar su revisión e interponer el recurso de plena jurisdicción (subjetivo), siguiendo la denominación acuñada en Francia, con el objeto de lograr la reparación de los derechos subjetivos. Por otro lado, cualquier persona natural o jurídica, incluso extranjera, puede ejercitar la acción popular (acción de nulidad) tendiente al control de la legalidad, cuando la administración haya incurrido en "injuria contra derecho".[12]

La Ley 135 de 1943 excluye actos administrativos del control jurisdiccional de la sala; expresamente los siguientes:

1) Las resoluciones de funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato civil celebrado por la nación o el municipio (distinción que no es contemplada en las nuevas regulaciones sobre contratación pública).

12 Término introducido con la modificación del artículo 22 de la Ley 135 de 1943, por la Ley 33 de 1946, que guarda relación con la violación a la ley por parte de la administración.

2) Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil.
3) Las correcciones disciplinarias impuestas al personal de la fuerza pública y del cuerpo de policía, excepto cuando impliquen suspensión, postergación para el ascenso o separación del cargo de empleados, inamovibles según la ley.

En cuanto a aspectos procedimentales, para recurrir ante la tercera sala de lo contencioso-administrativo es preciso agotar la vía gubernativa o administrativa, salvo cuando la instancia que dicta el acto administrativo sea la instancia de mayor jerarquía dentro del ente administrativo.

La norma entiende como agotada la vía administrativa cuando los actos o las resoluciones no son susceptibles de los recursos ordinarios que caben en esta vía, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivos o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.

La acción de nulidad es imprescriptible, mientras que la acción encaminada a obtener la reparación de derechos subjetivos a través del recurso de plena jurisdicción prescribe al cabo de dos meses, contados a partir de la publicación, de la notificación, o de realizado el hecho o la operación administrativa que el particular considere violatoria de sus derechos y de la ley.

El procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa está rodeado de formalidades exigidas por la propia ley y por construcciones jurisprudenciales. Además de los requisitos generales de la demanda, para los cuales se exigen formalidades especiales respecto del acto impugnado, es necesario no sólo indicar la norma o el conjunto de normas que se estimen infringidas con el acto administrativo, o la ley violentada con la disposición de carácter reglamentario, sino también el concepto de la violación, lo cual se traduce en violación directa por comisión u omisión, indebida aplicación de la ley o interpretación errónea.

La tercera sala de lo contencioso-administrativo podrá declarar la suspensión provisional del acto, resolución o disposición, si a su juicio, como lo indica expresamente el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, "ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave", siguiendo la doctrina del *periculum in mora* y del *fumus bonis iuris,* desarrollada ampliamente en la jurisprudencia nacional.

D) EL ARBITRAJE EN MATERIA ADMINISTRATIVA

El arbitraje como medio excepcional de solución de controversias en los asuntos en que sea parte el Estado, ha sufrido una evolución interesante desde su regulación expresa en un cuerpo normativo distinto al Código Judicial o Ley de Enjuiciamiento Civil, que antes de 1999 regulaba la figura. El decreto-ley 5, de 1999, norma que regula el arbitraje en Panamá, establece en su artículo 7 la posibilidad de incluir el arbitraje en los convenios que suscriba el Estado, de la siguiente manera:

Artículo 7. El convenio arbitral es el medio mediante el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas, de una relación jurídica, sea contractual o no.

Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, las entidades autónomas, semiautónomas, incluso la autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo. Igualmente podrán acudir al arbitraje inter-

nacional cuando la capacidad del Estado y demás personas públicas resulte establecida por tratado o convención internacional. El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete ni del concepto favorable del procurador general de la nación.

Esta posibilidad recibió respaldo directo de la Constitución panameña, cuyo artículo 195, numeral 4, previamente a la modificación de la Constitución nacional en julio de 2004, establecía como una de las funciones del Consejo de Gabinete (reunión del presidente, el vicepresidente y los ministros de Estado) la de acordar con el presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del procurador general de la nación.

La Corte Suprema de Justicia en pleno, en sentencia del 11 de junio de 2003, declaró inconstitucional el párrafo: "El convenio arbitral así establecido tendrá eficacia por sí mismo y no requerirá la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del procurador general de la nación", contenido en la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del decreto-ley 5, del 8 de julio de 1999, por considerarlo violatorio del numeral 4 del artículo 195 y del artículo 203 de la Constitución que exigía el concepto favorable del procurador general de la nación, previa aprobación del Consejo de Gabinete, sin diferenciar entre cláusulas pactadas contractualmente o no.

Ante esta sentencia, que derogó la norma que hizo posible al Estado, representado por sus instituciones, pactar directamente en sus contratos el arbitraje sin el previo concepto favorable del Consejo de Gabinete (reunión del presidente y los ministros de Estado) y el procurador de la nación, se incluyó en la reforma constitucional de 2004 un párrafo al numeral cuarto del artículo 194 de la Constitución (con la reforma al artículo 200), indicando expresamente que "este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos".

Esta solución evita que la cláusula arbitral en los contratos públicos que pacta el Estado con los particulares requiera del concepto favorable del Consejo de Gabinete, lo cual en la práctica resultaba incomprensible si observamos que en gran parte de los acuerdos importantes por su cuantía (250 000 balboas en adelante y de 2 000 000 de balboas en adelante) se requiere, respectivamente, del concepto favorable del Gabinete Económico del Gobierno y del Consejo de Gabinete, para su perfeccionamiento, además del refrendo de la Contraloría General de la República, lo cual representa una aceptación de la cláusula por estos entes administrativos.

Otra sentencia que cabe destacar en materia arbitral, y que fue dictada con motivo de una demanda de inconstitucionalidad presentada en representación de una empresa concesionaria del Estado, fue la dictada por la Corte Suprema de Justicia el 13 de diciembre de 2001. Esta sentencia declaró inconstitucionales los párrafos primero y tercero del artículo 17 del decreto-ley 5, del 8 de julio de 1999, que permiten al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia (principio competence-competence).

La modificación a la Constitución nacional contenida en el acto legislativo de julio de 1994, entendiendo la importancia del mantenimiento de este principio trastocado por la sentencia de inconstitucionalidad, eleva tal principio a rango constitucional. De este modo, el artículo 202 de la Constitución reconoce expresamente la facultad de los tribunales arbitrales de conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.

Corresponde al Estado la decisión de pactar o no las cláusulas arbitrales en sus contratos y, en caso de hacerlo, determinar con claridad el tipo de cláusula arbitral y su alcance. De este modo se evita introducir las denominadas por un sector de la doctrina "cláusulas arbitrales patológicas o incompletas", que no permiten distinguir si la cláusula obliga a la constitución del tribunal arbitral en forma directa para cualquier tipo de controversia o supone la posibilidad de someter las controversias sobre determinadas materias a arbitraje de acuerdo con la voluntad de las partes.

5. Otras técnicas de control de la administración

Además de la jurisdicción contencioso-administrativa, existe sobre los actos de la administración otra serie de controles como el que ejerce la Contraloría General de la República, ente encargado del control del gasto de la administración, la Defensoría del Pueblo y la institución del *habeas data*, las dos últimas elevadas a rango constitucional en 2004.

A) Control previo y posterior de los actos de manejo de fondos públicos

Por disposición constitucional, la Contraloría General de la República está facultada para determinar los casos en los cuales ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo de fondos públicos, al igual que aquellos casos en que solamente ejercerá el control posterior. Por ejemplo, La Ley 32 de 1984 faculta a la Contraloría para ejercer el control previo sobre la contratación administrativa por la vía del refrendo.

B) La Defensoría del Pueblo

La figura del defensor del pueblo nace en Panamá a finales de la década de los noventa como resultado de un acto de voluntad política, aprobándose la Ley 7 del 5 de febrero de 1997. En 2004, como resultado de las reformas constitucionales, la institución es elevada a rango constitucional adicionándose un capítulo al título iii de la Constitución de la siguiente manera:

> Capítulo ix. La Defensoría del Pueblo.
>
> Artículo 124-A. La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos y las garantías fundamentales consagradas en esta Constitución, así como los previstos en los convenios internacionales de derechos humanos y la ley, mediante el control no jurisdiccional de los hechos, actos y omisiones de los servidores públicos, y actuará para que ellos se respeten.

C) El habeas data

La misma suerte de la Defensoría del Pueblo la corrió la institución del *habeas data*, originalmente regulada sólo a nivel legal y después elevada a rango constitucional, en 2004.

La Ley 6 del 22 de enero de 2002, "que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y dicta otras disposiciones", en su capítulo ii contiene lo relativo a la libertad de acceso a la información, sobre la cual descansa la acción del *habeas data*, indicando en sus primeros artículos que toda persona tiene dere-

cho a solicitar, sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o conocimiento de las instituciones indicadas en la ley.

El capítulo v desarrolla lo referente a la legitimación para promover la acción, los tribunales competentes para conocer de la acción y los requisitos para promoverla, haciendo especial énfasis en la ausencia de formalidades en su trámite.

Rigoberto González, en su libro *El habeas data*, siguiendo la clasificación de Óscar Puccinelli, sostiene que en la Ley 6 de 2002 se regulan tanto el *habeas data* propio como el *habeas data* impropio; es decir, tanto la garantía al acceso a la información o datos personales de quien la reclama, como el que persigue dotar, a toda persona que así lo haya solicitado, del acceso a las fuentes de información de carácter público.[13]

La Ley 6 del 22 de enero de 2002 fue reglamentada con posterioridad por el decreto ejecutivo 124 del 21 de mayo de 2002. El artículo 8 de dicho decreto reglamentó el concepto de "persona interesada", trastocando el sentido del acceso a la información de carácter público, al señalar que "para los efectos del artículo 11 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, es persona interesada aquella que tiene relación directa con la información que solicita".

Esta relación directa fue interpretada por la administración y por un gran número de sentencias de los tribunales que tramitan la acción de *habeas data*, de una manera restringida, negando acceso a la información de carácter público por falta de prueba de la condición de "directamente relacionado con la información solicitada". En sentencia de 2004 se rectificó el concepto de "persona interesada" en cuyo espíritu se inspiraba la ley.

El decreto ejecutivo restrictivo fue derogado en septiembre de 2004 y la institución elevada a rango constitucional en ese mismo año como medida de protección de cualquier nuevo abuso, estableciéndose que "toda persona" tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten ser-vicios públicos, siempre que este acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por la ley, y el derecho a promover la acción de *habeas data* para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre.

6. Contratación pública

La contratación pública o contratación administrativa en Panamá no tuvo una legislación independiente hasta 1995. Las normas que regulaban la contratación administrativa se encontraban en el Código Fiscal y en sus normas reglamentarias (decretos ejecutivos y resoluciones).

Hasta principios de la década de los noventa, las adquisiciones estatales se realizaban en forma centralizada, manteniendo el Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Economía y Finanzas) el control sobre el gasto estatal en materia de adquisiciones.

La Ley 56 de 1995, inspirada en la Ley 80 de 1993 (Ley de Contratación Administrativa colombiana), con influencia a su vez en la doctrina administrativa francesa de derecho

13 González, Rigoberto, *El habeas data*, formato electrónico, 2002. Publicado en la página electrónica de la Defensoría del Pueblo: www.defensoriadelpueblo.gob.pa, pp. 47-48.

público (cláusulas exorbitantes), vino a reformar todo el sistema de la contratación pública en Panamá, descentralizando el sistema y permitiendo a las diferentes dependencias del Estado programar sus adquisiciones de acuerdo con sus necesidades específicas y su presupuesto. Esta ley fue subrogada por la Ley 22 de 2006, la cual ha sufrido siete reformas desde su aprobación, algunas de ellas sustanciales.

El sistema de contratación pública panameña tiene su base en la Constitución Política. En el artículo 266 se indica expresamente que la reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a éste o al municipio, se llevarán a cabo, salvo excepciones contenidas en la ley, mediante licitación pública.

En la nueva ley ya no se habla de contrataciones menores, solicitudes de precios, concursos, precios establecidos, licitaciones públicas y remates públicos para distinguir los diferentes procedimientos a utilizar en la adquisición de un suministro, obra o servicio, sino de contratación menor, licitación pública (antigua licitación por precio, previo cumplimiento de los requisitos del pliego de cargos, ahora incorporándole una comisión verificadora), licitación por mejor valor (antigua licitación con comisión evaluadora), licitación para convenio marco (antiguo procedimiento de precios establecidos), licitación de subasta en reversa, subasta de bienes públicos (antiguo remate público), licitación por mérito y licitación abreviada.[14] Es necesario destacar que no se trata solamente de cambios de denominación sino también de modificaciones procedimentales.

Los cambios conceptuales introducidos han sido positivos; sin embargo, seguir llamando a un procedimiento licitación pública y a otro licitación por mejor valor, por ejemplo, sigue siendo una conceptualización que puede llevar a confusión porque ambas son licitaciones públicas con procedimientos de adjudicación distintos. En España, por ejemplo, las formas de adjudicar eran dos: subasta y concurso; en el primero el precio era lo fundamental y determinante, y en el segundo, la evaluación de otros aspectos del licitante y de la propuesta. Lo anterior, con la nueva ley de octubre de 2007, ha sido reemplazado por el concepto de "oferta económica más ventajosa" (forma de adjudicación). Una vez que se ha determinado qué fórmula se va a utilizar, precio más bajo o evaluación de aspectos adicionales, se determina si el procedimiento va a ser abierto, restringido o negociado; es decir, si se va a proceder a una invitación pública de todos los posibles proponentes o se va a convocar a los que cumplan ciertos requisitos de acuerdo con la clasificación realizada previamente. Cabe destacar que en España el procedimiento negociado (con un número reducido de proponentes) reemplazó, saludablemente, a la contratación directa. Todo este esquema es similar al que propone la Organización Mundial de Comercio.

En cuanto a las innovaciones, los aportes y los avances de la Ley 22 de 2006, a grandes rasgos se pueden esquematizar de la siguiente manera:

a) La subasta en reversa. Esta nueva modalidad de adjudicación persigue una conformación dinámica de la oferta. Que la licitación no sea un acto en que el proponente entrega un sobre y la administración lo abre y adjudica a la mejor propuesta, sino que a partir de la primera oferta pueda haber una sana competencia en el propio acto con la posibilidad de mejora automática de los precios a los que adquiere el Estado.

14 Procedimiento de contratación introducido por la Ley 69 del 6 de noviembre de 2009.

b) Los convenios marco. Esta modalidad de contratación busca ampliar el espectro de lo que antes se conocía como precios establecidos (licitaciones para la adquisición de equipo y útiles de oficina, llantas y tubos, útiles de aseo y combustible, cuyo precio se mantenía por un año, a cambio de que las diferentes administraciones adquirieran el suministro del proveedor adjudicatario). En la medida en que aumente el número de estos convenios se reducirá la cantidad de actos públicos y la necesidad de conformar comisiones evaluadoras o verificadoras para actos públicos particulares.

c) La posibilidad de adjudicar con la presentación de una propuesta. Esta norma es positiva porque permite a la administración adjudicar en primera convocatoria, cuando haya una propuesta válida; es decir, cuando la propuesta presentada cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos, además de presentar un precio por debajo del estimado o precio oficial.

d) La reducción original de los numerales que hacen posible la contratación directa. De 15 numerales, la nueva ley redujo a 10 las posibilidades de excepción, introduciendo nuevas posibilidades con la Ley 41 del 10 de julio de 2008;[15] no obstante, se mantienen conceptos como la falta de sustituto adecuado, único oferente, urgencia evidente, que ante su falta de reglamentación en la Ley 56, eran utilizados como fórmulas para huir del acto público, algunas veces por favoritismo (caso de la falta de sustituto adecuado), y otras veces por falta de previsión y buena administración (urgencia evidente). La contratación directa por urgencia evidente debe evolucionar hasta convertirse realmente en un procedimiento excepcional en el cual incluso se realicen las correspondientes publicaciones y la comparación de propuestas pero atendiendo a plazos más reducidos, dadas las especiales circunstancias.

e) En el decreto ejecutivo 366, de 2006, reglamentario de la Ley 22 de 2006, se puede observar un esfuerzo por regular las posibilidades de exceso que ofrecen algunas de las excepciones. En su artículo 172 se establece un procedimiento especial[16] de publi-

15 La Ley 41 del 10 de julio de 2008 introduce como causal para proceder a la contratación directa, modificando el numeral 10 de la Ley 22 de 2006, los "proyectos energéticos, hídricos y otros de importancia estratégica para el desarrollo nacional", considerándose como contratos de urgente interés local y de beneficio social. De igual modo, se elevan a la categoría de excepción legal los contratos que celebre la Asamblea Nacional hasta un monto de 50 000 balboas, previa autorización de la Directiva de la Asamblea, y en último lugar, se ubica una excepción fuera del artículo 56, exonerándose de la obligación de celebrar actos públicos cuando se trate de contratos de consultoría que no excedan la suma 300 000 balboas (modificación del artículo 82 de la Ley 22 de 2006). Con la Ley 41 de 2008, que reforma la Ley 22, el avance original de la Ley 22, aumentándose las excepciones, representan en cierta medida un retroceso respecto a la concepción original de reducir las excepciones de contratación directa. En el caso de las consultorías, la modificación realizada debe tener alguna justificación técnica que tiene que constar en la exposición de motivos, por lo que le corresponderá a la sociedad civil evaluar si el sustento técnico es o no válido y cónsono con el espíritu del nuevo sistema. Lo cierto es que la reglamentación de la ley introduce una fórmula para los casos de algunas contrataciones directas, en las cuales, a pesar de configurarse la causal, debe procederse a realizar las correspondientes publicaciones para verificar que se cumple con la misma. Esto tal vez debería estudiarse para extenderlo a otras excepciones.

16 Artículo 172 ("Procedimiento para anunciar la intención de contratación directa"). En los casos de los literales a, f y h del artículo 166 de este reglamento, la entidad contratante deberá publicar su intención de contratar directamente con un determinado proveedor en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas PanamaCompra por un periodo no menor de cin-

cidad (publicación de aviso de intención de contratar) para los casos de falta de sustituto adecuado, simples prórrogas de contratos existentes y trabajos técnicos o de reputados artistas; sin embargo, se excluyen de la aplicación del mismo a los contratos menores, que con la nueva ley alcanzan un monto de 30 000 balboas y representan un elevado porcentaje de las adquisiciones que realiza el Estado anualmente.

f) La creación de la Dirección de Contrataciones Públicas como un ente autónomo independiente, pero adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas. La transformación de esta dirección en entidad autónoma es positiva para el logro de los altos objetivos que se pretenden alcanzar con la aprobación de la nueva ley, además de representar un reconocimiento a la importancia del tema de la contratación pública para efectos de la eficiente ejecución presupuestaria.

g) La incorporación del portal "PanamaCompra" como parte del sistema de contratación pública. El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado "PanamaCompra" fue creado en septiembre de 2005 por medio de una ley que hacía obligatorio su uso por parte de todas las entidades públicas. La Ley 22 de 2006 incorpora el portal a todo el sistema de contratación pública. A la sociedad civil corresponde identificar las irregularidades que se puedan observar a través del portal y denunciarlas. Por otra parte, es necesario destacar que actualmente el portal se encuentra en su primera etapa. Se prevé que en la segunda se generalice la posibilidad de presentar ofertas en línea.[17]

h) El Tribunal de Contrataciones Públicas. La incorporación de este tribunal al sistema tiene su antecedente en el Tribunal de Contrataciones Públicas de Chile, creado por la Ley 19886 del 30 de julio de 2003. Sin embargo, la adaptación panameña está rodeada de particularidades. En Chile este tribunal está adscrito al Órgano Judicial y su creación se debe a la falta de un Tribunal Contencioso Administrativo,[18] mien-

---

co días hábiles. Dicha publicación deberá contener como mínimo lo siguiente: a) Descripción detallada de los bienes o servicios. b) Monto del contrato. c) Nombre del proveedor.

Si no se presentan otros interesados con capacidad de proveer el bien, obra o servicio requerido a través de medios impresos o electrónicos, se procederá a solicitar la excepción de procedimiento de selección de contratista y la autorización para contratar directamente.

En caso contrario, la entidad solicitante levantará un informe técnico que incluya las solicitudes de los interesados y las razones que justifiquen y respalden su decisión de contratar directamente con ese proveedor.

La entidad contratante procederá a solicitar la excepción de procedimiento de selección de contratista y la autorización para contratar directamente, o en su defecto, a realizar el procedimiento de selección de contratista que corresponda.

Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación al procedimiento de contratación menor, ni a los casos de simple prórroga de arrendamiento de bienes inmuebles (artículo 57 L 22-2006).

17 El decreto ejecutivo 188 del 27 de noviembre de 2009 reglamenta los procedimientos de selección de contratista vía electrónica en el Sistema Electrónico de Contrataciones PanamaCompra.

18 Transcribo la autocrítica del Tribunal de Contrataciones Públicas que hace el propio presidente de este tribunal, don Francisco Fernández Fredes: "Muchos países como Francia, España, Argentina o Perú, entre otros, poseen tribunales de ámbito jurisdiccional amplio en lo contencioso-administrativo para resolver controversias que se susciten en las relaciones en-

tras que en Panamá es un ente administrativo que remplaza la vía administrativa de recurso en diferentes materias. Está conformado por tres miembros designados por el presidente de la República, por un periodo de cinco años, nombrados de manera escalonada, quienes no podrán ser destituidos, salvo por las razones que indica la ley.[19]

1) Este tribunal representa un esfuerzo por garantizar a los licitantes una etapa previa al contencioso-administrativo en la que, de manera independiente, se analice la legalidad de la adjudicación, o la decisión de la administración en las demás situaciones posteriormente introducidas a través de modificaciones legislativas.
2) Por otra parte, la exigencia de la fianza de impugnación como requisito para interponer el recurso puede ser objetada por muchas razones; sin embargo, el desempeño del tribunal dejará entrever si el sacrificio que se hace en materia de gratuidad en el acceso a la justicia al imponer una fianza en la vía administrativa, además de cumplir uno de sus objetivos fundamentales —evitar la mala fe y el abuso en la interposición de los recursos sin real sustento jurídico—, trae beneficios adicionales. (La exigencia de la fianza de recurso de impugnación fue demandada por inconstitucional; sin embargo, el pleno de la Corte Suprema de Justicia, al cierre de la edición de este artículo, todavía no se había pronunciado al respecto).
3) Como consecuencia de sentencias desfavorables, el tribunal ha realizado ajustes a algunas de sus resoluciones y ya ha sido reformada la norma relacionada con sus competencias. Lo importante es que en el camino se sigan realizando los ajustes necesarios para que este nuevo instrumento garantice la transparencia y la legalidad del sistema.

i) Se crea un procedimiento de contratación por mérito para materias como la ciencia y la cultura. Es un procedimiento que persigue la contratación de reconocidos profesionales para el desarrollo de proyectos culturales, científicos y de otras áreas afines, en el que lo más importante es la trayectoria de los profesionales y el contenido de la propuesta, lo cual será evaluado con criterios distintos a los acostumbrados.

j) Se regulan en la ley las prórrogas y las multas. Anteriormente estaban reguladas por una resolución del Ministerio de Economía y Finanzas (número 46), declarada ilegal por la tercera sala de la Corte Suprema de Justicia. La contratación pública tiene como finalidad obtener un suministro, un servicio o la construcción de una obra de acuerdo con lo pactado en el pliego y en el contrato. La resolución del contrato por incumplimiento es el fin último de la contratación, por lo que el eficiente manejo de

---

tre el Estado y los particulares. *En Chile lo que se ha ido creando es una sumatoria de tribunales específicos por materias muy singularizadas y a eso responde este tribunal de la contratación*. A mí personalmente me hubiera gustado más establecer un Tribunal de lo Contencioso Administrativo de competencia más amplia en primera instancia, y en segunda instancia someter esto a las cortes de apelaciones a través de una jurisdicción especializada en salas contencioso-administrativas, que es el modelo español". Según el presidente del tribunal, *la denominación exacta de este órgano judicial colegiado debería haber sido Tribunal de Licitación Pública*, porque no interviene ni en la fase previa a la aprobación de las bases ni en eventuales controversias que se promuevan después de la adjudicación del contrato, ni tampoco durante la ejecución de éste..." (boletín electrónico *Chile Compra Informa*, núm. 33, octubre de 2005).

19 La competencia originaria del tribunal fue modificada a través de dos normas. La Ley 41 de 2008 incluye la competencia del tribunal para conocer del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista. La Ley 69 de 2009 incluye la competencia del tribunal para conocer sobre la resolución por la cual se rechazan las propuestas.

las prórrogas y las multas por incumplimiento puede actuar como fórmula para disuadir a los contratistas de incumplir las cláusulas contractuales y para que el Estado opte en última instancia por la resolución administrativa del contrato.

k) La creación del Registro de Proponentes. Este registro existió hasta la aprobación de la Ley 4 del 13 de enero de 1998. La inscripción en el mismo otorgaba derecho a un certificado de postor. Una de las causas de su exclusión de la ley fue su incompatibilidad con las normas de la Organización Mundial de Comercio. En vez de eliminarlo, lo más conveniente hubiese sido modificarlo para adecuarlo a la normativa internacional. Ahora fue restablecido para clasificar a los proponentes y exigirles el cumplimiento de requisitos formales previa participación en un procedimiento de licitación. En principio, este registro debería evitar que se evalúen en los actos públicos aspectos que ya fueron verificados al otorgarse la certificación de inscripción, permitiendo que las entidades se concentren en evaluar sólo las condiciones especiales de cada acto público.

l) Aumento del periodo de inhabilitación por incumplimiento de contratos. Se establece un periodo de inhabilitación para contratar con el Estado, de tres meses a tres años, lo cual dependerá de la reincidencia y del monto del contrato incumplido (artículo 370, decreto ejecutivo 366 de 2006), lo cual representa una advertencia disuasoria para los que pretendan especular con los contratos estatales. Ante la discrecionalidad otorgada a las instituciones para establecer la sanción, sobre la base de los dos supuestos mencionados, se tendrán que aplicar adicionalmente criterios de proporcionalidad al momento de imponer la sanción correspondiente.

Como se puede observar, en la nueva normativa hay aportes e innovaciones significativos. Sin embargo, se mantienen algunos esquemas antiguos, y después de la aprobación de la ley se han realizado modificaciones a su normativa, tal vez no muy cónsonas con el espíritu modernizador del nuevo sistema:

1) Se mantiene en la ley el rechazo de plano de las ofertas cuando no se cumpla con la entrega de la fianza de propuesta con montos o vigencias inferiores a los establecidos en el pliego de cargos. En consecuencia, cualquier error en la fianza relacionado con el monto y la vigencia genera el rechazo de una propuesta que puede ser la más favorable para el Estado.

2) La creación de comisiones verificadoras y el mantenimiento de comisiones evaluadoras con mayores poderes, las cuales deben tender a la excepcionalidad, fortaleciéndose el registro de proponentes, con el objeto de que las mencionadas comisiones tengan cada vez un menor margen de discrecionalidad.

3) La ley elimina la norma contenida en la Ley 56 de 1995, relacionada con los 90 días que las instituciones tenían para realizar los pagos a proveedores sin que pudiera exigírseles intereses moratorios. En consecuencia, la Ley 22 de 2006 permite introducir en los pliegos los plazos en los que considere la institución que puede realizar sus pagos; pero todavía falta una reglamentación clara al respecto.

4) En la Ley 22 y en su decreto reglamentario no se desarrollaron aspectos relacionados con la creación de criterios y metodologías de evaluación uniformes para diferentes tipos de contratación con el objeto de evitar que en las diferentes instituciones se evalúen aspectos similares a través de criterios y metodologías muy distintas. Actualmente, cada institución tiene libertad para introducir en sus pliegos los aspectos relacionados con requisitos y exigencias particulares. La Dirección de Con-

trataciones Públicas tendrá la tarea de recomendar la introducción de mecanismos que tiendan a uniformar estos criterios y metodologías de evaluación.[20]

5) Se mantiene la facultad de rechazo como una potestad de la entidad licitante. En beneficio de la seguridad jurídica, esta figura requiere una reglamentación que restrinja la excesiva discrecionalidad. Los tiempos han cambiado y el esquema de la facultad de rechazo que se mantiene en la Ley 22 de 2006 debe ser motivo de discusión para una futura reforma.
6) La ley sigue dejando mucho espacio a los pliegos de cargos en materia de contrato de obra, contrato llave en mano, modificación de contrato, equilibrio contractual[21] y otros temas relacionados con la ejecución del contrato.
7) En materia de inversión extranjera, en la ley faltó un apartado que regulara la participación de empresas extranjeras en las licitaciones. Es un aspecto que se deja a los pliegos de cargos, en los cuales se pueden observar reglas distintas, lo que obliga a la remisión al Código de Comercio, que tampoco hace referencia directa a las licitaciones. En España, la normativa anterior, y la nueva que data de 2007, establecieron un apartado dedicado a las empresas extranjeras no comunitarias, que además de utilizar criterios de reciprocidad, indica que para celebrar contratos de obras será necesario, además, que las empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones y, aparte, que estén inscritas en el Registro Mercantil. Regular lo anterior en la propia norma es muy conveniente porque evita la remisión al Código de Comercio, y que cada pliego de cargos, dependiendo de la institución, exija a las empresas extranjeras requisitos distintos como condición para su participación en los respectivos actos públicos.
8) Originalmente, la ley redujo las posibilidades de contratar directamente; sin embargo, la Ley 41 de 2008 introdujo en la reforma la posibilidad de contratar directamente contratos de consultoría, hasta por un monto de 300 000 balboas, eliminando in-

20 El problema relacionado con los criterios y las metodologías de evaluación se reduce con una correcta utilización del Registro de Proponentes, el cual fue introducido en la ley, pero todavía no contiene un desarrollo reglamentario que permita reducir a un mínimo los aspectos a evaluar en los actos públicos.

21 El título iv del reglamento de la Ley de Contratación Administrativa española, real decreto 1098/2001 del 12 de octubre (existe una nueva ley española de contratos del Estado desde noviembre de 2007) establece un procedimiento para la revisión de precios. El citado reglamento propone una fórmula polinómica, salvo que no sea aplicable a un contrato por sus peculiaridades, lo que permitirá utilizar una fórmula especial. La fórmula propuesta para la previsión, en los casos de contratos de obras y suministro de fabricación, es la siguiente: $K = K1 \times (1 + (0.75\ n) \times IIPC/12)$, donde K = coeficiente de actualización para la parte de la anualidad objeto de la previsión; K1 = coeficiente de revisión, según la fórmula aplicable al contrato, en el mes que se procede a realizar la previsión, aunque la revisión no procediera por no haberse ejecutado el 20% del presupuesto o no hubiera transcurrido un año desde la fecha de la adjudicación del contrato; n = número de meses dentro de la anualidad en la que procede la revisión; IIPC = variación en tanto por uno del índice general de precios al consumo previsto para los 12 meses siguientes. El artículo 105 del mencionado decreto sigue desarrollando la forma en que se realiza el cálculo; sin embargo, lo que pretendemos dejar plasmado es la necesidad de buscar fórmulas con objeto de evitar la improvisación cuando en los pliegos no se haya previsto una fórmula matemática, la cual debería ser uniforme, para realizar el correspondiente ajuste sobre la base del equilibrio contractual.

cluso en la norma la obligación de solicitar la excepción de contratación directa al Ministerio de Economía y Finanzas.[22]

9) La Ley 69 de 2009 introduce la posibilidad de realizar una licitación abreviada por razones de urgencia, publicando el aviso de convocatoria con una antelación mínima de cinco días hábiles, en las licitaciones que sobrepasen los 30 000 balboas.

10) Con la Ley 69 de 2009 se cambió el efecto del recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (efecto devolutivo cuando se trate de licitaciones abreviadas y contratos que no excedan los 5 000 000 de balboas), pues va en contra de la esencia de la institución de este recurso, el cual permitía la tutela del derecho antes de llegar a los tribunales jurisdiccionales. Sin la suspensión del acto, además del aumento de la fianza de recurso de impugnación, también introducida por esta norma, se desdibuja aún más la esencia de este tribunal, lo cual tendrá un efecto inhibidor y atentatorio del derecho de defensa cuando un particular considera que se ha cometido una ilegalidad o arbitrariedad en el procedimiento.

11) Es necesario que se defina con claridad lo referente al precio oficial o precio de referencia de los actos públicos. La Ley 22 y sus normas reglamentarias no contienen reglas claras para su definición y su cálculo. Por otro lado, el sistema PanamaCompra exige que el mismo se plasme antes de la realización del acto público para que sea de conocimiento de todos los interesados, lo que considero que es una práctica muy saludable, lo cual siempre será objeto de debate (la autoridad del Canal de Panamá mantiene la reserva del precio o valor estimado de los contratos de obra).

En muchas latitudes, la tendencia es hacer público el precio estimado o de referencia en todas las adquisiciones del Estado, lo cual debería estar establecido en la ley como una obligación. Si el precio fue bien calculado, las ofertas se presentarán a la baja, además de que el conocimiento del mismo permite saber cuánto es el valor y la calidad por la que está dispuesta a pagar el Estado (a pesar de que la partida presupuestaria permita realizar ajustes).

12) A través de la Ley 12 del 19 de marzo de 2010 y de la Ley 18 del 23 de abril de 2010 se crean, respectivamente, un nuevo procedimiento de selección de contratistas: la licitación por mejor valor con evaluación separada, y un régimen especial de adquisición de obras, bienes y servicios para el Ministerio de Educación. Ambas normas proponen licitaciones con evaluación separada, lo que nos retrotrae al procedimiento de concurso contenido en la Ley 56 de 1995, con el componente adicional de que el precio de referencia, oficial o estimado, se mantiene oculto a los licitantes, lo cual, como señalamos arriba, ha sido objeto de debate, resultando la tendencia a favor de la publicidad de dicho precio o presupuesto estimado, tomando en cuenta que el precio es determinante para la adjudicación; inclusive, en algunos pliegos de cargos se establecen fórmulas matemáticas para ponderarlo.

Por otro lado, la creación de procedimientos especiales puede generar un "efecto dominó" en las demás instituciones que pueden reclamar un beneficio similar, lo que

22 Artículo 82 (reformado por el artículo 8 de la Ley 41 de 2008): "*Contrato de consultoría*. Quedan comprendidos dentro de los contratos de consultoría los contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría y gerencia de obras o de proyectos, así como la dirección, la programación, el análisis, el diseño, los planos, los anteproyectos y servicios similares…"

Se exceptúan del procedimiento de selección de contratista y autorización de contratación directa, las consultorías que no sobrepasen las 300 000 balboas.

no es positivo para el sistema de contratación pública, el cual debe tender hacia la uniformidad.

13) También se observa una tendencia a excluir instituciones del control previo de la Contraloría General de la República. En 2010 se extendió este privilegio al Tribunal Electoral y se le otorgó temporalmente al Ministerio de Educación. En materia de contratación pública, el control previo permite advertir deficiencias en los procedimientos que el control posterior no siempre puede subsanar. De modo que dicha medida debe ir acompañada de estrictos procedimientos internos de autocontrol; de lo contrario los riesgos son significativos.

La contratación pública debe aspirar a convertirse en un sistema eficiente que permita la adjudicación a la mejor propuesta, lo cual se puede lograr a través de un registro de proponentes debidamente reglamentado, la utilización efectiva de los convenios marco, estudios de mercado que permitan determinar los precios promedio de lo que requiere la administración para satisfacer los intereses colectivos, metodologías de evaluación más uniformes, reglas claras para proceder a la modificación del contrato por diversos motivos, como el equilibrio contractual, utilización de tecnología en todo el proceso, que garanticen la no exclusión de las zonas apartadas y de quienes no tienen acceso a la tecnología y a mecanismos ágiles, simples y no excesivamente restrictivos, para la solución de controversias. Nuestro sistema va en el camino correcto en algunas materias, pero en muchas hace falta llevar a cabo los ajustes necesarios. Se requiere realizar un análisis de cada una de ellas para verificar fortalezas, debilidades y riesgos. El tema del equilibrio contractual y la modificación del contrato sobre la base del interés público es uno de ellos.

La ejecución de obras públicas por el sistema de concesión administrativa está regulada en un cuerpo normativo distinto al de los contratos típicos del Estado. Lo anterior obedece a las especiales connotaciones que tiene esta fórmula de contratación, relacionadas con el interés público, lo cual permite que todas las obras, así como las mejoras y los derechos dimanantes del objeto de la concesión, pasen libres de costo al Estado a la terminación de la concesión.

En función de esta particularidad, se aprueba la Ley 5 de 1988, que regula el régimen de las concesiones administrativas en Panamá, para la ejecución de obras de interés público, aplicable a la construcción, mejora, mantenimiento, conservación, restauración y explotación de carreteras, autopistas y otras obras que el Consejo de Gabinete califique como de interés público. Esta ley contiene un procedimiento de adjudicación distinto con precalificación obligatoria, así como normas sobre beneficios fiscales, caducidad y rescate administrativo de la concesión, que no contempla la Ley de Contratación Pública.

7. La responsabilidad administrativa

El Código Administrativo de la República de Panamá, aprobado en 1916, no contenía normas expresas sobre responsabilidad administrativa. En la Ley 135 de 1943, de lo contencioso-administrativo, a pesar de no encontrarse expresamente regulada la responsabilidad patrimonial de la administración por las lesiones o los daños que cause a los particulares por la acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, sí hay referencias indirectas sobre la responsabilidad del Estado y su reconocimiento.

En el capítulo que desarrolla el procedimiento ante el tribunal, el artículo 43-A señala en su primer párrafo lo siguiente:

> Si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión; y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya que se trate de indemnizaciones o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda...

Si bien esta norma es anterior a la Constitución vigente, está en directa relación con el artículo 203 de la misma. Este artículo, respecto a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, señala lo siguiente:

> 2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos... A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del procurador de la administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en remplazo de las impugnadas, y pronunciarse perjudicialmente acerca del sentido y alcance de una acto administrativo o de su valor legal.

El artículo 16 de la Ley 33 de 1946 era más claro respecto a la responsabilidad administrativa; sin embargo, fue derogado y sus normas sobre responsabilidad no fueron reproducidas por la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo en Panamá. Este artículo señalaba lo siguiente: "La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar, ya se trate de las patrimoniales de los funcionarios, o de las principales o subsidiarias del Estado, o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, corresponderá al Tribunal de los Contencioso Administrativo".

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado es necesario distinguir entre la responsabilidad directa del Estado o de sus administraciones públicas, lo que engloba la función administrativa que ejercen todos los órganos del Estado y la responsabilidad de los funcionarios que prestan sus servicios al Estado.

Por medio de la sentencia del 12 de septiembre de 2008 se condenó al Estado panameño a pagar la suma de 89 528.81 balboas por concepto de indemnización, por daños materiales y morales, sufridos por el delito de lesiones de que fue víctima Luis Carlos Martínez, miembro de la Policía Nacional, que actuaba en ejercicio de sus funciones.

En esta sentencia se establece claramente cómo operaba el régimen de responsabilidad subsidiaria del Estado antes de la aprobación del artículo 129 del Código Penal vigente, que establece la responsabilidad solidaria del Estado.

> De acuerdo a la legislación penal vigente a la fecha en que se produjo el hecho generador de la obligación, se tiene que el principio de responsabilidad civil originada del delito para aquellas personas que resulten culpables de los mismos, se contempla en el artículo 119 del Código Penal. Este supuesto de responsabilidad se extiende al Estado, en los casos de actos delictivos incurridos por funcionarios de entidades públicas, en el desarrollo de funciones propias de su cargo, de acuerdo a lo regulado en el artículo 126 del Código Penal, que dice así: "126. El Estado, las instituciones públicas autónomas, semiautónomas o descentralizadas, así como los municipios, responderán subsidiariamente en el monto de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus servidores con motivo del desempeño de sus cargos".

> Conforme al alcance de esta norma, los servidores públicos son responsables, y subsidiariamente lo es el Estado, por los daños producidos en atención al delito cometido, con la reserva de que la conducta delictiva del funcionario debe ser declarada por un tribunal penal.

En referencia al régimen de responsabilidad establecido en el artículo 126 del Código Penal, la tercera sala, en resolución del 27 de diciembre de 2007, expresó lo siguiente:

> La comisión de un delito por un servidor público en el desempeño del cargo, también genera responsabilidad para el Estado, debido a que el daño se produce como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le tuvieren encomendados al servidor y no a la actuación particular o privada ajena al cumplimiento de sus funciones.
>
> Es esta extensión del ámbito de la específica actividad de la entidad estatal lo que le genera responsabilidad, sólo que subsidiaria, requiriendo para su reconocimiento el establecimiento de la responsabilidad penal del funcionario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 del Código Penal. [Demanda contencioso-administrativa de indemnización interpuesta por el licenciado Rubén Cogley, en representación de Maylin Him Hurtado, para que se condene al municipio de Panamá y/o a la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, al pago de 128 721 balboas, en concepto de daños materiales y morales que fueron causados por accidente de tránsito.]

De los párrafos del fallo recién trascrito se infiere que para obtener el resarcimiento del Estado, como consecuencia de este tipo de daños, se requiere previa sentencia condenatoria emitida por un tribunal penal, contra el funcionario público causante del delito originario del daño. Luego de declarada la responsabilidad penal respectiva, de considerarse que han resultado daños a consecuencia del delito, le compete a la tercera sala de la Corte conocer de la responsabilidad civil por ese delito y determinar la cuantía de la indemnización solicitada, de prosperar la pretensión.

El razonamiento expuesto descarta el argumento del procurador de la administración, de que el Estado sólo está llamado a responder de manera subsidiaria si el funcionario que originó el hecho dañoso es declarado responsable en juicio penal y civil, y el mismo no puede hacer frente a las obligaciones derivadas de la última, ya que reiteramos que en estos casos lo que se requiere es un pronunciamiento judicial que establezca la responsabilidad penal imputable al funcionario público cuya actuación genero el daño.

Por otro lado, además de la responsabilidad directa e indirecta del Estado, también hay que distinguir la responsabilidad contractual de la responsabilidad extracontractual.

Al respecto, en un auto reciente, del 12 de agosto de 2010, que declaró la admisibilidad de una demanda contencioso-administrativa de indemnización por daños y perjuicios, se sienta con claridad la doctrina jurisprudencial de la sala en esta materia.

> En torno a las demandas de indemnización, cuyo argumento central ha descansado en la responsabilidad extracontractual del Estado panameño, la sala ha emitido pronunciamientos como el que a continuación se detalla: "Para resolver, claro es que el fundamento de responsabilidad extracontractual del Estado en nuestra legislación se deriva de lo que está contenido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil, y con la modificación de la que este último fue objeto mediante la Ley 18 del 31 de julio de 1992,

importante resulta señalar que está expresamente contemplada al prever la responsabilidad directa del Estado cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, la sala ha conceptuado que tiene claro fundamento en las normas de la Constitución nacional que en nuestro medio están previstas en el título iii de los derechos y deberes individuales y sociales, capítulo i, sobre las garantías fundamentales, específicamente los artículo 17 y 18. Así, vemos que en el artículo 17 de la Constitución nacional se instituye la concepción social de los fines del Estado, al preverse que las autoridades de la República serán instituidas para proteger en sus vidas, honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción...” Por su parte, el artículo 18 de la Constitución nacional prevé el principio de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos por infracción a la Constitución o de la ley o por extralimitación de funciones en el ejercicio de ésta.

Dicha responsabilidad extracontractual tiene, pues, un fundamento de derecho público, postura que ha sido también la mantenida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia en relación con el artículo 16 de la Constitución de 1886 de ese país, norma que es el antecedente del artículo 17 de nuestra Constitución (cf. Ureta, Manuel S., “El fundamento constitucional de la responsabilidad extracontractual del Estado”, en La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia, varios autores, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 163-181). (Sentencia del 2 de junio de 2003: Moisés de Mayo vs. Ministerio de Gobierno y Justicia. Cf. sentencia del 2 de agosto de 2007: José Delgado vs. Policía Nacional.) Precisado que la responsabilidad civil extracontractual del Estado es el sustento de la indemnización demandada por el señor Gerardo Simeón, el tribunal de alzada advierte que el contenido de la demanda en la parte referente a las disposiciones legales infringidas, es claro al explicar que el accidente de tránsito que le ha ocasionado lesiones permanentes en el cuerpo del prenombrado, tiene orígenes en el hecho que produjo el policía Benigno Chavarría mientras ejercía funciones que le fueron asignadas por sus superiores.

En este sentido, afirmó el demandante en su libelo que “no se trata de una actuación personal de un servidor público buscando finalidad privada; por el contrario, al estar bajo órdenes superiores, éste actúa dentro del nexo causal, en procura de satisfacer un servicio público”. Adicionó que el Ministerio Público es solidariamente responsable con la Policía Nacional, toda vez que el automóvil que propició el accidente era un vehículo particular carente de las mecánicas necesarias, que se encontraba ligado a un proceso penal y estaba bajo comiso, pero fue utilizado a sabiendas de esta condición para circular en vías públicas con la aprobación de las autoridades respectivas.

Esbozado en detalle el fundamento de la demanda de indemnización presentada, estima el resto de la sala que su contenido recalca el uso de un carro decomisado carente de mantenimiento para prestar el servicio de policía y con ello el mal funcionamiento de un servicio público. Siendo esto así, consideramos que a través de la misma se advierte claramente la ocu-

> rrencia de un daño, originado por un servidor público mientras prestaba un servicio público.

En sentencia del 2 de febrero de 2009 y 2 de junio de 2003, la sala dejó sentado que nuestra tradición jurídica contencioso-administrativa, particularmente la colombiana y la francesa, es reiterada en cuanto a que la responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando concurren tres elementos; a saber: 1) La falla del servicio público por irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo. 2) El daño o perjuicio. 3) La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño.

A través de la sentencia del 20 de noviembre de 2009, al conceptuar sobre el sentido y el alcance del artículo 1644 del Código Civil en particular, la sala manifestó que para que se configure el mal funcionamiento del servicio público deben acreditarse los siguientes elementos: "La existencia de una conducta culposa o negligente; la presencia de un daño directo, cierto y susceptible de ser cuantificado, y la demostración del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del evento".

Estos antecedentes jurisprudenciales sirvieron de base para declarar, en sentencias dictadas en 2010, que ni la autoridad del tránsito y transporte terrestre ni el Estado panameño son responsables por el incendio del autobús que prestaba el servicio de transporte público en el que fallecieron un número plural de personas, ya que, como han señalado de manera recurrente las sentencias sobre el caso, no se configuró el mal funcionamiento del servicio público, ni se pudo probar la falla del servicio público por parte del Estado, como detonante de los daños causados, responsabilizándose por los mismos únicamente al dueño y conductor del vehículo, sobre la base de la sentencia condenatoria penal.

Estas sentencias han sido sumamente comentadas en la opinión pública, en atención a que el servicio de transporte público en Panamá funciona de acuerdo con un sistema de concesión de cupos individuales, y la fiscalización del servicio público de transporte por parte de las autoridades es muy deficiente.

Actualmente, existe un proyecto de ley en la Asamblea Nacional cuyo objetivo es la regulación de la responsabilidad del Estado por la mala prestación de sus servicios públicos y por la violación a los derechos humanos, así como por la acción de repetición contra los servidores públicos responsables.

En la parte final de la exposición de motivos de dicho proyecto de ley se señala que uno de sus objetivos es la creación de un fondo especial para que el Estado responda por las demandas del mal funcionamiento de los servicios públicos y las violaciones a los derechos humanos que se cometan en contra de los ciudadanos. La exposición de motivos señala expresamente lo siguiente:

> Debido a que, según norma constitucional, todas las entradas y salidas de ingresos deben estar previstas en la Ley de Presupuesto General del Estado, proponemos que el Ministerio de Economía y Finanzas incorpore y mantenga una partida que sirva de fondo suficiente para atender exclusivamente el pago de sumas de dinero en concepto de reparación de daños y perjuicios ordenado por sentencias de tribunales internacionales en procesos por violación de derechos humanos, así como el pago de las sumas que se determinen en las resoluciones a que hace alusión esta ley.

Para finalizar, es necesario destacar que a través de la Resolución 17, del 17 de marzo de 2006, se creó en el seno del Ministerio Público la Fiscalía Superior Especializada en

Asuntos Civiles, con sede en la provincia de Panamá, con mando y jurisdicción en toda la República, y competencia privativa en el primer distrito judicial de Panamá, la cual tiene entre sus funciones: a) defender los intereses del Estado o del municipio en los procesos civiles, según los casos, y representar al Estado en los procesos que se instauren en contra de éste en la jurisdicción civil; b) promover y sostener los procesos civiles necesarios para la defensa de los bienes e intereses del Estado, observando las instrucciones que sobre el particular reciba del Órgano Ejecutivo, y representar activamente al Estado en las demandas civiles que contra éste se sigan ante la Corte Suprema de Justicia; entre otras…

De manera que a partir de 2006 el Ministerio Público participa activamente en los procesos por responsabilidad extracontractual que se le siguen al Estado.

8. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia

La Constitución panameña, en su artículo 282, en el título correspondiente a la economía nacional, contiene los principios regulatorios de las empresas de utilidad pública. Allí se señala expresamente que el Estado creará, por medio de entidades autónomas o semiautónomas, o por otros medios adecuados, empresas de utilidad pública, y que asumirá, cuando fuese necesario al bienestar colectivo y mediante expropiación e indemnización, el dominio de las empresas de utilidad pública pertenecientes a particulares, si en cada caso lo autoriza la ley.

Relacionado con este artículo, el 286 indica que el Estado promoverá la creación de empresas particulares, establecerá empresas estatales e impulsará la creación de las mixtas, en las cuales participará el Estado y podrá crear las estatales, para atender las necesidades sociales y la seguridad y los intereses públicos.

La noción de servicio público en Panamá se relativizó con el efecto de la ola de privatizaciones de la década de los años noventa. A través de la Ley 16 del 14 de julio de 1992, con sustento en los citados artículos de la Constitución, se establece y regula el proceso de privatización de empresas, bienes y servicios estatales, hasta ese momento propiedad del sector público o realizados por este sector.

Los servicios públicos prestados directamente por el Estado, como la telefonía y el suministro de energía eléctrica, sufrieron un proceso de privatización durante la década citada, mientras que la prestación del servicio de agua potable sigue en manos del Estado y es proporcionado directamente a través de una entidad autónoma denominada Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (idaan).

Mediante la Ley 5 de 1995 se transformó la estructura legal del servicio de telefonía de empresa pública a privada y se convirtió en una sociedad anónima denominada Intel. Se facultó al gobierno nacional para vender en licitación pública internacional hasta 49% de sus acciones, garantizando al comprador un contrato de concesión para la prestación y explotación del servicio de telecomunicaciones en exclusividad por cinco años y un contrato de plena administración de la empresa.

Así, el 29 de mayo de 1997 le hicieron efectivo el traspaso de las acciones a Cable & Wireless International, la cual, en el primer acto de la junta directiva, decide cambiarle el

nombre a la empresa Intel, S. A., por Cable & Wireless Panama, S. A. El Estado mantiene 49% de las acciones, estando el restante 2% en manos de los empleados de la empresa prestadora del servicio.

Esta privatización de la telefonía comprendía un contrato de exclusividad total por cinco años para los servicios locales, de larga distancia nacional e internacional, de telefonía pública y alquiler de circuitos de voz, entre otros servicios.

En enero de 2003 se inició el mercado de libre competencia de los servicios de telecomunicaciones mencionados y aunque el ente regulador de los servicios públicos ya ha otorgado las respectivas concesiones para operar los servicios de comunicaciones, hasta 2004 eran 25 los que estaban operando y disputándose el mercado, prestando servicios como telecomunicación básica, local e internacional, terminales de teléfonos públicos y semipúblicos, telefonía móvil celular, sistema de troncales convencionales, buscapersonas, internet para uso público, entre otros servicios.[23]

El proceso de liberalización y privatización del servicio eléctrico en Panamá se produjo principalmente a partir de la Ley 6 del 3 de febrero de 1997, por la cual "se dicta el marco regulatorio e institucional para la prestación del servicio público de electricidad" (antes se había dictado la Ley 26 del 29 de enero de 1996, por la cual se creó el ente regulador de los servicios públicos, con funciones de control de los operadores del sector).

El esquema utilizado fue la segmentación del antiguo Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (irhe), institución autónoma de derecho público integrada verticalmente, que realizaba todas las actividades y tenía asignadas todas las funciones del sector eléctrico en Panamá.

Con la Ley 6 de 1997 se produjo la separación de las actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica, así como restricciones para desarrollar estas actividades de manera conjunta. La actividad se dividió en cuatro empresas de generación, una de transmisión y tres de distribución.

Todas las empresas se constituyeron como sociedades anónimas con 100% de acciones estatales. Luego se procedió a la venta de 49% de las acciones de las empresas de generación y distribución a inversionistas privados, reservándose un porcentaje de acciones para la compra por parte de los trabajadores de estas empresas. En la actualidad, la empresa de transmisión (estesa) se mantiene como sociedad 100% de propiedad estatal.

Es importante señalar que la participación del sector privado en la prestación del servicio de energía eléctrica se produjo a través de la mencionada compra de acciones de las empresas resultantes del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación y por medio de concesiones o licencias para nuevas empresas que tuvieran intención de instalarse en Panamá, como en efecto ha sucedido, sin dejar de mencionar que la ley permite la posibilidad de que el Estado panameño cree nuevas empresas para operar dentro del sector, en un futuro.[24]

23 Informe sobre las telecomunicaciones en Panamá preparado por Doris Nieto. Contraloría General de la República, septiembre de 2004.

24 Rivera S., Jorge, "El mercado mayorista de electricidad en Panamá", tesis de grado para optar por el título de licenciado en derecho y ciencia política, Universidad de Panamá, 2003, pp. 11-14.

Cabe resaltar que la Ley 6 de 1997, amparada por el artículo 284 de la Constitución, en su artículo 3 determina que las actividades privatizadas seguirán formando parte de un servicio público, imponiéndosele requisitos de calidad de servicio, control de tarifas y otras regulaciones sobre elementos importantes de este sector.

Tanto el contrato-ley que sirvió de base al servicio público de telefonía como el que sustenta el de electricidad, prestados por particulares, están sujetos al control de un ente regulador de los servicios públicos. A este ente le corresponde la función normativa de carácter técnico, de regulación y de fiscalización sobre la prestación de los servicios públicos.

El ente regulador de los servicios públicos fue creado mediante la Ley 26 del 29 de enero de 1996 y tiene sus competencias bien delimitadas. Se le otorga el poder de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y la distribución de gas natural, sin perjuicio de que una ley especial incluya otros servicios dentro de la categoría de servicio público bajo su regulación y control.

Posteriormente cambió su denominación y en la actualidad el ente regulador detenta el nombre de Autoridad de los Servicios Público (asep) con facultades para otorgar concesiones e imponer sanciones.

Esta autoridad está facultada para imponer las siguientes sanciones (de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 31 de 1996, el artículo 65 del decreto-ley 2 de 1997 y el artículo 143 de la Ley 6 de 1997): multas de $1 000 hasta $1 000 000 (servicios de electricidad, telecomunicaciones, agua potable y alcantarillados), y multas diarias reiterativas hasta que se cumpla la orden de la entidad, que parten de $100 y pueden llegar a $10 000. Para la imposición de las multas existe un debido proceso con oportunidad de contradictorio y las multas se fijan tomando en cuenta la gravedad de la falta, sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado.

En materia de servicios públicos municipales, la Ley 37 de 2009, "que descentraliza la administración pública", iba a permitir la ordenada transición de algunos servicios públicos, del gobierno central a los municipios; sin embargo fue suspendida el mismo año de su aprobación, cuando ocurrió el cambio de gobierno, a través de la Ley 77 de 2009, por lo que el abanico de servicios públicos municipales que se iba a ampliar con esta ley se ha visto limitado. Incluso, servicios como la recolección de desechos en el municipio capitalino fue trasladado como una responsabilidad más del gobierno central a través de la creación de la Autoridad Nacional de Aseo, la cual tiene atribuciones a nivel nacional.

De modo que en el ámbito municipal se prestan solamente los servicios amparados por la Constitución Política, que sirven de base para la obtención de ingresos municipales y permiten su autonomía, y los que la ley ha contemplado en desarrollo constitucional, los cuales, ante la suspensión de la mencionada ley de descentralización, se han visto amenazados por el control del gobierno central.

9. El derecho administrativo sancionador

La Constitución panameña no contiene una norma expresa que haga alusión a la potestad sancionadora de la administración; sin embargo, reconoce el principio del non bis in idem en materia de faltas administrativas dentro de la garantía del debido proceso. Por su parte, el artículo 33 de la Constitución expresa que los jefes de la fuerza pública

solamente podrán sancionar sin juicio previo a sus subalternos por faltas disciplinarias, y los capitanes de buques y aeronaves, para mantener el orden a bordo.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido, en materia administrativa, la garantía del debido proceso contenida en la Constitución, que sirve de garantía para que toda persona sea juzgada por autoridad competente, conforme a los trámites legales y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiaca o disciplinaria.

En sentencia del 18 de marzo de 1999 (antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo general), la Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

> Si bien ambos son distintos, existe una tendencia a la judicialización del procedimiento administrativo no contencioso, y sobre todo, al procedimiento administrativo sancionador, que con frecuencia ejerce la administración pública en nuestros países. Esta judicialización conlleva crecientemente el reconocimiento del derecho de defensa y, en algunos casos, del mismo debido proceso en el procedimiento administrativo...
>
> Dicho principio incluye en el procedimiento administrativo sancionador aspectos tales como el derecho del administrado a ser oído; a que se le notifique; a ser sancionado por una entidad competente; a que se produzca la contradicción... y, sobre todo, la facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la Ley 135 de 1943 contra el acto administrativo sancionador...
>
> Considera la Corte debidamente fundada la alegación del representante judicial de los amparistas, pues resultan palmarias las irregularidades mediante las cuales se emitieron los actos impugnados, ya que en los documentos contentivos de la actuación de la autoridad demandada se observa de manera clara la ausencia de un procedimiento previo a la sanción que les permitiera a los sancionados ser oídos, aportar pruebas en su defensa y contradecir la pretensión punitiva de la administración.[25]

La Ley 38 de 2000, a diferencia de la legislación española, no contiene un título dedicado a la regulación de los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador. En consecuencia, a falta de procedimiento especial consignado en norma legal o reglamentaria, se aplicarán los procedimientos y las reglas que se le aplican a todos los procesos sujetos al procedimiento general o común.

La facultad de imponer sanciones por las infracciones al ordenamiento jurídico se encuentran en las leyes que regulan materias específicas. Por ejemplo, la Ley General de Ambiente de la República de Panamá, Ley 41 de 1998, establece sanciones administrativas por infracciones medioambientales:

> Artículo 114. La violación a las normas contempladas en la presente ley constituye infracción administrativa, y será sancionada por la Autoridad Nacional del Ambiente con multa que no excederá de diez millones de balboas con cero centésimo (B/.10 000 000) El monto de la sanción corresponderá

25 Sentencia del pleno de la Corte Suprema de Justicia del 18 de marzo de 1999. Amparo de garantías constitucionales incoado por Ubaldo Davis vs. Ministerio de Gobierno y Justicia.

> a la gravedad de la infracción o reincidencia del infractor, de acuerdo con lo establecido en los reglamentos respectivos.
>
> El Administrador Nacional del Ambiente impondrá multas hasta de un millón de balboas con cero centésimo (B/.1 000 000).
>
> Las multas de un millón un balboas (B/.1 000 001) a diez millones de balboas (B/.10 000 000) serán impuestas por el Consejo Nacional del Ambiente.
>
> Accesoriamente, la Autoridad Nacional del Ambiente queda facultada para ordenar al infractor el pago del costo de limpieza, mitigación y compensación del daño ambiental, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Esta norma, como muchas dentro de nuestro ordenamiento, no contiene un procedimiento sancionador especial, por lo que se tendrá que seguir el procedimiento administrativo común contenido en la Ley 38 de 2000 y respetarse las garantías al debido proceso contenidas en la Constitución.

En Panamá hay un sinnúmero de normas que no contienen una graduación de las infracciones para efecto de la interposición de la respectiva sanción. De igual manera se pueden observar normas con rango inferior a la ley que establecen sanciones administrativas, así como sanciones administrativas en blanco contempladas en leyes, que permiten a los reglamentos desarrollar todos los aspectos de la infracción y la respectiva sanción. Es necesario que se aprueben normas de procedimiento administrativo general que dicten pautas en materia de sanciones administrativas.

Ante la falta de normas en materia de procedimiento administrativo sancionador la jurisprudencia se ha encargado de aclarar cómo deben aplicarse las sanciones por infracciones administrativas. La sentencia del 23 de julio de 2007, dictada por la tercera sala de la Corte Suprema de Justicia, sienta el criterio jurisprudencial en la materia:

> A este respecto, lo primero que cabe observar es que en el presente caso estamos ante un proceso administrativo sancionador, en el que la entidad fiscalizadora de los fondos del siacap le impuso a Progreso una multa, inicialmente de B/.100 000 y luego rebajada a B/.40 000, "por el incumplimiento del numeral 3 del artículo 19 de la Ley 8 del 6 de febrero de 1997" (ver f. 2).
>
> En tal sentido, salta a la vista que la Resolución 1 del 5 de febrero de 2004 fue dictada sin que, previamente, se hubiesen formulado cargos a Progreso y, consecuentemente, sin que ésta hubiese tenido oportunidad de ofrecer sus descargos, de aportar pruebas y alegar. Así se colige de los autos y en particular del expediente administrativo dentro del cual se impuso la sanción (ver fs. 32-51), donde consta que la citada resolución tuvo como base únicamente documentación acopiada oficiosamente por la propia demandada, entre la cual resalta el informe relativo a la actividad desplegada por Progreso en el mes de agosto de 2003 (ver f. 45), al igual que la certificación rendida por la oficial de Inspección y Análisis de Mercados e Intermediarios de Valores de la Comisión Nacional de Valores (ver f. 43), mediante los cuales se acreditó la compra de bonos de Banistmo por un monto de B/.4.0 millones.

> Los hechos expuestos, relativos a la infracción del debido proceso, se infieren incluso de los argumentos expuestos por la Procuraduría de la Administración en la contestación de la demanda y en sus alegatos, donde afirma que "los descargos planteados por Progreso constan en el recurso de reconsideración que fue sustentado oportunamente..." (ver fs. 77 y 213). Tal afirmación, a juicio de la sala, se aparta de una sana interpretación de la garantía del debido proceso, que exige que el afectado tenga oportuno conocimiento de los cargos que existen en su contra, de modo que no sólo pueda rebatirlos, sino también aportar las pruebas que estime necesarias para una defensa eficaz. Pretender que con la sola interposición de un recurso de reconsideración contra una resolución condenatoria se satisface el debido proceso, no es más que corroborar un reconocimiento a medias de este derecho.
>
> Los razonamientos expuestos son cónsonos con el contenido del numeral 31 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000 que venimos mencionando, el cual incluye como elementos integrantes del debido proceso "dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a alegar y el derecho a recurrir".

10. Expropiación forzosa

El instituto de la expropiación forzosa está consignado en la Constitución Política panameña. La Ley 57 de 1946, en desarrollo del artículo 46 de la Constitución Política de 1946, contiene aspectos procedimentales que buscan un equilibrio entre el interés público y el derecho de propiedad de los particulares expropiados. A pesar de la aprobación de una nueva Constitución, los postulados contenidos en esta norma se han mantenido vigentes, mientras que el procedimiento, una vez que se haya determinado que es necesaria la expropiación por motivos de utilidad pública, está contenido en el título xvi del libro segundo del Código Judicial.

La Ley 57 de 1946 delimita con claridad qué debe entenderse por utilidad pública y por interés social, respectivamente, en sus artículos 1 y 2. El artículo 1 señala lo siguiente:

> Se declaran obras de utilidad pública la apertura y construcción de calles y de vías de toda clase en el territorio de la República; los terrenos necesarios para tales obras, así como los destinados para caminos vecinales de cualquier clase que ellos sean, y los ensanches y mejoras de cualesquiera clases en las vías de comunicaciones que se dejan mencionadas; los acueductos, acequias, oleoductos y todas las demás obras análogas para el servicio público; las vías férreas, telegráficas y telefónicas; los parques, estaciones, aeropuertos, etc. Y cualesquiera de índole similar que sean necesarias para el servicio público.

En relación con el interés social, para que haya una correcta diferenciación, el artículo 2 indica lo siguiente: "Se declaran obras de interés social: las escuelas, bibliotecas, casas para obreros, hospitales, casa-cuna, sanatorios, preventorios y toda obra análoga que redunde en beneficio social".

La Constitución Política de 1972 modificó parcialmente el texto de la Constitución de 1946, manteniendo dos tipos distintos de expropiaciones, lo cual se explica con clari-

dad en la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia el 12 de julio de 2010.

La figura de la expropiación, dentro del ordenamiento constitucional panameño, se encuentra descrita en los supuestos enunciados por el segundo párrafo del artículo 48 y por el artículo 51 de la Carta Política. De las normas en cuestión, la primera dispone que, "por motivos de utilidad pública o de interés social definidos en la ley, puede haber expropiación mediante juicio especial e indemnización". Mientras que la segunda expresa:

> Artículo 51. En caso de guerra, de grave perturbación del orden público o de interés social urgente, que exijan medidas rápidas, el Ejecutivo puede decretar la expropiación u ocupación de la propiedad privada.
>
> Cuando fuese factible la devolución del objeto ocupado, la ocupación será sólo por el tiempo que duren las circunstancias que la hubieren causado.
>
> El Estado es siempre responsable por toda expropiación que así lleve a cabo el Ejecutivo y por los daños y perjuicios causados por la ocupación, y pagará su valor cuando haya cesado el motivo determinante de la expropiación.

El análisis de las normas descritas ha llevado al pleno a identificar dos clases de expropiaciones: una ordinaria, contenida en el artículo 48 de la Carta Política, y una extraordinaria, amparada en el artículo 51 del Texto Esencial.

En el caso de la expropiación ordinaria, la misma ocurre cuando una ley señala los motivos de utilidad pública o de interés social que el bien que va a ser expropiado debe satisfacer. En este supuesto, es necesario que un juez decrete la expropiación, fije la indemnización, y que el Estado pague el monto establecido, antes de que se haga la transferencia del bien; mientras que en la expropiación extraordinaria la Constitución otorga al Órgano Ejecutivo la facultad para decretar la expropiación de un bien o su ocupación material, cuando existan motivos derivados de un estado de guerra, de grave perturbación del orden público o de interés social urgente, que exijan la toma de medidas inmediatas para atender tales situaciones. Esta facultad que se atribuye al Órgano Ejecutivo es desarrollada por el legislador.

El monto a indemnizar, tanto en la expropiación ordinaria como en la expropiación extraordinaria, lo fijará el juez. Cabe señalar que, en el supuesto de la expropiación extraordinaria, el proceso de fijación de la indemnización debe realizarse inmediatamente a la disposición administrativa que la ordena.

En la citada sentencia se declaró inconstitucional el decreto ejecutivo 48 del 24 de mayo de 2006, suscrito por el presidente de la República con la ministra de Vivienda, por medio del cual se dispuso expropiar, por motivo de interés social urgente, a favor del Banco Hipotecario Nacional, la Finca número 3390, en atención a que la decisión acusada se excedió de los parámetros que exige la recta interpretación del artículo 51 de la Constitución Política cuando se dan los supuestos para la expropiación extraordinaria.

11. Medio ambiente

La Ley 41 de 1998 creó la Autoridad Nacional del Ambiente como órgano descentralizado, la cual desarrolla la política nacional del medio ambiente. Como indica el artículo 3 de la ley, estas políticas están constituidas por el conjunto de medidas, estrategias

y acciones, establecidas por el Estado, que orientan, condicionan y determinan el comportamiento del sector público y privado, de los agentes económicos y de la población en general, en la conservación, uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente.

En su título iv, "De los instrumentos para la gestión ambiental", la ley destaca como uno de los instrumentos fundamentales para la gestión ambiental la ordenación ambiental del territorio, en conjunto con el mecanismo de evaluación del impacto ambiental.

La Ley 41 de 1998, para proteger las áreas excluidas del desarrollo urbano, creó el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, conformado por todas las áreas protegidas legalmente establecidas, o que se establezcan, por leyes, decretos, resoluciones o acuerdos municipales.

La regulación de estas áreas representa un importante mecanismo de control en manos de la Autoridad Nacional del Ambiente, que le permite adjudicar concesiones de administración y concesiones de servicios a municipios, gobiernos provinciales, patronatos, fundaciones y empresas privadas que desarrollen proyectos comerciales cónsonos con el medio ambiente, de acuerdo con estudios técnicos previos.

El decreto ejecutivo 59 de 2000 reglamenta la Ley General de Ambiente de la República de Panamá, especificando detalladamente el proceso de evaluación de impacto ambiental; estableciendo categorías, contenidos mínimos y términos de referencia de los estudios; introduciendo, incluso, un procedimiento administrativo especial para la tramitación de la aprobación de estos estudios.

La ley establece normas sobre responsabilidad ambiental, que contemplan multas por infracciones administrativas ambientales, que ascienden hasta 10 000 000 de balboas. La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil por daños al ambiente, así como de la penal que pudiere derivarse de los hechos punibles o perseguibles. Se reconocen igualmente en la legislación ambiental los intereses colectivos y difusos para legitimar activamente a cualquier ciudadano u organismo civil en los procesos administrativos, civiles y penales por daños al ambiente.

El 14 de septiembre de 2009, la tercera sala de la Corte Suprema de Justicia (resolviendo un recurso de plena jurisdicción) dictó una sentencia que sienta un importante precedente en materia de protección ambiental en Panamá. Dicha sala declaró legal la Resolución ag-0407-2007, del 8 de agosto de 2007, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente, que resolvió lo siguiente:

> Primero. Sancionar a la empresa Corporación Playa Blanca, S. A., a través de su representante legal Rodolfo Espino, con multa de sesenta mil setecientos treinta y cinco balboas con diez centavos (B/.60 735.10), por desarrollo de actividad en área ambientalmente frágil, sin contar con estudio de impacto ambiental aprobado.
>
> Segundo. Comunicar igualmente a la empresa, que deberá cancelar un monto de veinticuatro mil seiscientos treinta y cinco balboas (B/.24 635.00) en concepto de indemnización ecológica, por el área afectada producto de la eliminación de humedales y vegetación.

> Tercero. Se ordena a la empresa igualmente la recuperación del área afectada, y la implementación de las medidas recomendadas en los informes que integran el presente expediente.

La sentencia utilizó como sustento el principio de precaución que exige tomar medidas para reducir la posibilidad de que el ambiente sufra un daño grave a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que éste ocurra.

Sigue sosteniendo la sentencia que, en ese sentido, el artículo 23 de la Ley 41 de 1998 establece que las actividades, obras o proyectos, públicos o privados, que por su naturaleza, características, efectos, ubicación o recursos pueden generar riesgo ambiental, requerirán de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de su ejecución, de acuerdo con la reglamentación de la ley. Estas actividades, obras o proyectos deberán someterse a un proceso de evaluación de impacto ambiental, inclusive aquellos que se realicen en la cuenca del Canal y en comarcas indígenas.

En relación con lo anterior, el artículo 112 de la Ley 41 de 1998 establece que el incumplimiento de las normas de calidad ambiental, o del estudio de impacto ambiental, así como de las leyes y reglamentaciones pertinentes, será sancionado por la anam con amonestación escrita, suspensión temporal o definitiva de actividades de la empresa o multa, según sea el caso. Complementariamente, el artículo 114, idem, indica que el administrador nacional del ambiente impondrá multas, hasta por un millón de balboas, por la violación de las normas contenidas en dicha ley.

Las previsiones normativas antes examinadas permitieron a la sala apreciar la potestad legal de la Autoridad Nacional del Ambiente para expedir el acto impugnado, dejando claramente establecido que fue el desarrollo de una actividad sin contar con el estudio de impacto ambiental y el incumplimiento de los permisos requeridos por parte de la empresa Corporación Playa Blanca, lo que propició la sanción pecuniaria impuesta por la resolución demandada.

De allí que devienen sin sustento las afirmaciones de la parte actora, en el sentido de que la citada entidad carecía de competencia para expedir la resolución censurada y para sancionar a la empresa Corporación Playa Blanca.

Es necesario destacar, también, que en materia penal, a través de la Ley 5, del 28 de enero de 2005, se adicionó un título al Código Penal, denominado "Delitos contra el ambiente", el cual posteriormente fue modificado; de acuerdo con el texto único del Código Penal, publicado en la Gaceta Oficial Digital 26519, éste aparece como "Delitos contra el ambiente y el ordenamiento territorial", tomando en cuenta que el tema ambiental necesita una protección integral que abarque la protección del ordenamiento territorial. De este modo, el Código Penal castiga conductas delictivas contra los recursos naturales y la vida silvestre, la tramitación fraudulenta relacionada con el urbanismo, y contra animales domésticos.

BIBLIOGRAFÍA

Abrego, Marelissa, La jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá y la tutela cautelar, Panamá, Editorial Universal Books, 2008.

Araúz, Heriberto, Curso de derecho procesal administrativo. La jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá, Panamá, Editorial Universal Books, 2004.

Araúz, Heriberto, La vía gubernativa, Panamá, Editorial Universal Books, 2010.

Arjona, Adán Arnulfo, La evolución de lo contencioso-administrativo en la era republicana, Panamá, Ediciones Iuris-Procuraduría de la Administración, 2003.

Autores varios, Derecho administrativo iberoamericano. Discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores, vol. ii, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Víctor Leonel Benavides Pinilla, Javier Sheffer Tuñón y Migue Ángel Sendín García (eds.), Panamá, Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2009.

Brewer-Carías, Allan R., Principios del procedimiento administrativo en América Latina, Colombia, Legis Editores, 2003.

Cedeño, Ernesto, Los recursos legales formales en el proceso administrativo (enfocados en el marco de la contratación estatal panameña), Panamá, Editorial Universal Books, 2004.

Franco, Jaime, "La judicialización del procedimiento administrativo", Semanario Jurídico y Empresarial de Sistemas Jurídicos, 9 de octubre de 2004.

Galvis, Maruja, Requisitos formales de la demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial, Panamá, Editorial Universal Books, 2008.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, t. i, 12a ed., Civitas Ediciones, 2004.

Garrido Falla, Fernando, y Fernández Pastrana, José María, Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas. Un estudios de la Ley 30/92, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1995.

Gasnell Acuña, Carlos, El origen del contencioso-administrativo y el modelo adoptado por Panamá, Panamá, 2009.

———, La Ley de Contratación Pública y su decreto reglamentario, Panamá, Ediciones G, 2010.

González, Rigoberto, El habeas data, formato electrónico, 2002. Publicado en la página electrónica de la Defensoría del Pueblo: www.defensoriadelpueblo.gob.pa.

Hoyos, Arturo, "El derecho contencioso-administrativo en Panamá (1903-2005): una introducción histórica de derecho comparado y jurisprudencial", Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, 2005.

Morgan Jr., Eduardo, Los recursos contencioso-administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño, Editorial Talleres Gráficos, 1982.

Parada, Ramón, Derecho administrativo, t. i, Parte general, 14ª ed., Editorial Marcial Pons, 2003.

Sheffer Tuñón, Javier, El procedimiento administrativo en Panamá, Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, 2002.

DERECHO ADMINISTRATIVO DOMINICANO

Olivo A. Rodríguez Huertas[1]

I. Evolución y modelo regulativo de la Administración pública, base constitucional y concepto de Derecho administrativo y fuentes

1. En la República Dominicana, el derecho aplicable a la actividad administrativa del Estado se fundamenta en los principios del derecho administrativo continental europeo de origen francés.

2. Los órganos y entidades administrativas, para el cumplimiento de sus fines, se encuentran investidos de prerrogativas de poder público, desarrollan actividades de prestación y fomento, los actos administrativos que emiten, los contratos administrativos que suscriben, sus bienes, se encuentran sometidos a un estatuto particular.

3. No obstante esto, y a diferencia de lo que sucede con los particulares, los órganos administrativos de la República Dominicana se encuentran sometidos a un conjunto de disposiciones que condicionan su actuación, tales como el principio de legalidad administrativa, el respeto de un debido proceso administrativo para el dictado de sus actos administrativos y reglamentos, el principio de legalidad presupuestaria, la exigencia de procedimientos de contratación que responden a criterios, entre otros, de publicidad,

1 Licenciado en Derecho Universidad Eugenio María de Hostos (1987). Máster en Derecho de la Contratación Pública (2010) y Especialista en Fiscalidad Internacional (2007), ambos de la Universidad Castilla-La Mancha-España. Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), de la Universidad Iberoamericana (UNIBE) y del Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL), de la República Dominicana. Co-autor de las obras "Manual Teórico-Práctico de Libre Acceso a la Información Pública", "Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos" y "Constitución Comentada". Presidente de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA). Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo "Prof. Jesús González Pérez", y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro Honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. Miembro del Consejo Consultivo de la Revista de Derecho Público de Venezuela, del Consejo Editorial de la Revista de Administración Pública de la República Dominicana y del Consejo Editorial de la Revista Dominicana de Ciencias Jurídicas que auspicia la Fundación Global Democracia y Desarrollo (FUNGLODE).

transparencia, sin los cuales no pueden proceder a la suscripción de un contrato, sin importar que los efectos del mismo se rijan por el derecho privado o por el derecho público.

4. Si bien es cierto que el derecho administrativo dominicano sigue la tradición francesa, de un derecho particular de la administración, no sucedió lo mismo desde el punto de vista de su control jurisdiccional. En efecto, durante un largo periodo de nuestra historia constitucional la competencia para decidir las controversias contenciosas administrativas era una responsabilidad compartida del Poder Legislativo y la Suprema Corte de Justicia.

5. Fue la reforma constitucional de 1942 que facultó al Congreso Nacional para crear y suprimir tribunales para conocer los asuntos contencioso administrativos, lo que dio lugar a que en el año 1947, se dictara la Ley 1494, que creó el Tribunal Superior Administrativo, órgano de jurisdicción nacional, con asiento en la Capital de la República, sin vínculo alguno con el Poder Judicial, pues sus decisiones no podían ser objeto de Recurso de Casación ante la Suprema Corte de Justicia, y, además sus jueces eran designados por el Poder Ejecutivo.

6. En República Dominicana la previsión de la enseñanza del régimen jurídico particular de la función administrativa estatal remonta sus raíces al año 1848,[2] apenas cuatro años después de ser proclamada nuestra independencia de la República de Haití, año en el cual se dispuso, de manera oficial, la enseñanza de una cátedra de "derecho patrio y **ciencia administrativa**", ordenándose como libro de texto la obra del francés Charles-Jean Bonnin "**Principios de Administración Pública**".

7. El profesor mexicano Omar Guerrero, en un Estudio introductorio a una reimpresión de la obra de Bonnin auspiciada por el Fondo de Cultura Económica en el año 2004, ha dicho que de su contenido se advierte "un efecto social fructuoso, pues señalaría al ciudadano sus relaciones con la administración y sería la base de la enseñanza de las leyes administrativas en las escuelas de derecho. Sería también un instrumento de utilidad para el poder judicial, especialmente en relación con los actos administrativos".[3] El Código Administrativo que el profesor Bonnin adjunta a sus Principios de Administración Pública a decir del citado profesor mexicano constituía "un cosmos jurídico de garantías del ciudadano ante la administración pública".

8. No obstante lo señalado anteriormente, cuando oficialmente se dispuso en nuestro país la enseñanza de esta rama del derecho público con la denominación expresa de Derecho administrativo, lo es el **20 de octubre del año 1852**, fecha en la cual el Presidente Buenaventura Báez, quien se formó en Francia en la última parte de la tercera década del Siglo XIX,[4] emitió el Decreto 282, en el que se hace constar, como fundamento para el establecimiento de dos Colegios Nacionales, "la imperiosa necesidad en que se

2 En fecha 8 de mayo del año 1848, se promulga la Ley No. 138, mediante la cual se establece un Colegio Seminario en la Capital de la República. El artículo 10 de la ley dispuso que en dicho Colegio se impartieran siete cátedras, entre las que figuraban una de derecho patrio y ciencia administrativa.

3 Principios de Administración Pública. Charles-Jean Bonnin. Fundación de Cultura Económica. México. Edición 2004. Página 94.

4 Sang. Mu-Kien A. Buenaventura Baez. El Caudillo del Sur (1844-1878). INTEC. Pags. 25 y 199.

halla la República de formar hombres capaces de servirla en los diferentes ramos de su Administración".

9. A los fines invocados en el señalado Decreto 282, se dispuso la enseñanza de diversas áreas temáticas, como las ciencias filosóficas, las ciencias políticas y las ciencias médicas. El Derecho administrativo figuraba como una de las clases de las ciencias políticas:

> "**Art. 7. Las ciencias políticas se dividirán en cuatro clases: una comprenderá el derecho natural y civil; otra la política o derecho constitucional y legislación civil y criminal; otra la economía política; y la otra la táctica parlamentaria, derecho práctico, medicina legal, derecho administrativo y derecho de gentes**".

10. La importancia de incluir la enseñanza de esta disciplina del derecho público continuó presente en la República Dominicana, como lo demuestra el hecho de que el 23 de febrero del año 1879, mediante Decreto 1750, al disponerse el establecimiento de un instituto de instrucción superior denominado "**Ilustre Universidad literaria**", el Derecho administrativo figuró entre las asignaturas que deberían ser objeto de enseñanza:

> "Art. 1º Se establece un instituto de instrucción superior científica que tendrá por nombre, "Ilustre Universidad literaria".
>
> Art. 2º En ella se enseñarán las siguientes asignaturas: idioma latino; filosofía intelectual y física; derecho romano; legislación patria civil, de comercio y penal; teoría de los procedimientos; practica forense; derecho internacional y diplomático; **derecho administrativo**; economía política; medicina, comprendiendo higiene pública y privada, fisiología, patología interna, anatomía, terapéutica, toxicología, medicina legal y materia medica; cirugía, comprendiendo anatomía general y especial del cuerpo humano, procedimientos operatorios y obstetricia; botánica; química; farmacia; matemáticas; agrimensura; ingeniería civil.
>
> Art. 3º **Habrá ocho catedráticos**, a saber: de idioma latino y filosófica intelectual y física; de derecho romano, y legislación patria civil, de comercio y penal; de teoría de los procedimientos, practica forense y derecho internacional y diplomático; **de derecho administrativo y economía política**; de higiene pública y privada, fisiología, patología interna, anatomía, terapéutica, toxicología, medicina legal y materia médica; de anatomía general y especial del cuerpo humano, procedimientos operatorios, y obstetricia; de botánica, química y farmacia; de matemáticas, agrimensura e ingeniería civil".

11. En el primer cuarto del Siglo XX, nuevos eventos se producen en relación a la enseñanza del Derecho administrativo. En 1912, el Presidente provisional Dr. Ramón Báez mediante el Decreto No. 5376 puso en vigor el Código Orgánico y Reglamentario de Educación Común, instrumento normativo a través del cual se reglamentaba, en un solo texto, la educación primaria, secundaria y universitaria.

12. En lo que respecta a la educación universitaria en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Santo Domingo, el artículo 874 del Código Orgánico y Reglamentario de Educación Común, dispuso incluir en el segundo curso la asignatura "**Derecho Administrativo Dominicano**", conjuntamente con Derecho Romano, Derecho Civil y Derecho Penal.

13. Asimismo, el artículo 885 del mencionado Código disponía que la Facultad de Derecho tuviera adscrita una "Escuela de Estudios Administrativos y Financieros" en la que se otorgaba un título de "Diploma de Bachiller en Estudios Administrativos y Financieros". Entre las materias que se impartían para obtener ese grado académico figuraba el "**Derecho administrativo**".

14. Algunos años después, en 1918, y ya en plena intervención militar norteamericana, el Gobernador Militar H. S. Knapp, Almirante del U.S. Navy, emitió la Orden Ejecutivo No. 145 contentiva, entre otras normas relativas a la Educación, la Ley General de Estudios, que en su artículo 45, exigía para obtener el título de Licenciado en Derecho Civil, aprobar una materia denominada "**Legislación administrativa dominicana**":

> "Art. 45.- Las materias requeridas para obtener el título de Licenciado en Derecho Civil son:
>
> 1) Derecho Constitucional
> 2) Derecho Civil
> 3) Derecho Penal
> **4) Legislación administrativa dominicana**
> 5) Derecho Comercial
> 6) Derecho Internacional Público
> 7) Derecho Internacional Privado
> 8) Procedimiento Civil
> 9) Procedimiento Criminal"

15. El padre del Derecho Administrativo Dominicano, Don Manuel De Jesús Troncoso de la Concha, explica el cambio introducido, en tiempos de oprobio para la soberanía nacional, en la denominación de la asignatura Derecho Administrativo Dominicano por Legislación Administrativa Dominicana, de la siguiente manera:

> "Cuando en el año de 1917 se iba a proceder a la reforma de las leyes del servicio de Educación, los señores Jacinto R. de Castro y Julio Ortega Frier, miembros de la comisión encargada de preparar el proyecto de reformas, propusieron que en el grupo de las asignaturas del plan de estudios de la Facultad de Derecho se sustituyese la expresión DERECHO ADMINISTRATIVO por la de LEGISLACION ADMINISTRATIVA DOMINICANA. Explicaron su proposición diciendo –y esto era exacto- que el estudio del Derecho Administrativo en nuestra Universidad se circunscribía a la exposición de los principios generales de esa rama de la ciencia jurídica, con muy poca aplicación de ellos a la legislación nacional, de lo cual resultaba que los alumnos quedaban ayunos del examen de muchas leyes dominicanas del orden administrativo cuyo conocimiento era indispensable. Su móvil era, así, que al adoptarse, como lo fue, la nueva denominación, se pusiese de relieve el pensamiento de la ley de que, si bien se necesitaba el estudio de aquellos principios, no se necesitaba menos el de la organización legal de los servicios administrativos en la República Dominicana. "[5]

5 Troncoso De La Concha, Manuel De Jesús. Elementos de Derecho Administrativo. Imprenta Listín Diario. 1938. Prefacio. Esta obra fue objeto de una actualización en la década de los 80 del siglo pasado, la que estuvo a cargo del Dr. Raymundo Amaro Guzmán.

16. Lo referido anteriormente ha tenido influencia en la doctrina nacional, ya que, precisamente la otra gran obra de enseñanza del Derecho Administrativo en la República Dominicana, escrita por el Lic. Manuel A. Amiama,[6] fue titulada "**PRONTUARIO DE LEGISLACION ADMINISTRATIVA DOMINICANA**".

17. No se dispone de información que conduzca a identificar quien o quienes impartieron el Derecho administrativo en el Siglo XIX. La única y más remota referencia de persona que haya impartido la materia Derecho administrativo o Legislación administrativa dominicana es la del Prof. Troncoso De La Concha, quien afirma haberla impartido a partir del año 1919.

18. Independientemente de la denominación que se haya utilizado para la enseñanza del Derecho Administrativo, la realidad es que en la República Dominicana, el estudio de ésta disciplina autónoma del derecho público comprende tanto los principios generales, como la legislación administrativa, lo que se refleja en las definiciones que han brindado los dos grandes estudiosos de nuestro Derecho Administrativo, los ya mencionados profesores Troncoso De La Concha y Amiama:

> "El Derecho Administrativo **es el conjunto de los principios y reglas** por los cuales se rije la actividad del Estado en cuanto se refiere al cumplimiento de los fines de esa actividad y a la determinación de los medios para llevarlos a cabo"[7] (Manuel De Jesús Troncoso De La Concha).

> "El Derecho Administrativo es la parte o rama del Derecho Público que estudia de una manera sistemática, y **con vistas al establecimiento de principios y reglas generales**, la organización de la Administración Pública, las atribuciones de los organismos y funcionarios que la constituyen, las facultades de los particulares derivadas de las leyes administrativas, resultado de esas leyes, y los medios a que se puede recurrir para remediar la violación de esos derechos"[8] (Manuel A. Amiama).

19. El Derecho Administrativo Dominicano se nutre de una diversidad de fuentes: fuentes escritas, fuentes no escritas. Las fuentes escritas, la conforman las normas que integran el denominado "Bloque de Constitucionalidad", los tratados internacionales distintos a los de derechos humanos, las leyes adjetivas, los reglamentos que dictan las autoridades administrativas[9]. Mientras que la fuente no escrita le corresponde a los principios generales del derecho administrativo.

6 La primera versión mimeografiada de esta obra apareció en el año 1956.

7 Troncoso De La Concha, Manuel De Jesús. Elementos de Derecho Administrativo Dominicano, Cuarta Edición, página 7.

8 Amiama, Manuel A. Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana, Editorial Tiempo, 1987, página 5.

9 La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia ha reconocido que autoridades administrativas distintas del Presidente de la República tienen competencia para dictar reglamentos de ejecución de las Leyes. En una sentencia dictada en fecha 15 de marzo de 2006, en ocasión de una acción directa de inconstitucionalidad de la Ley de Registro Inmobiliario, dijo: "en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico y conforme la Constitución de la República, el Presidente de la República es el encargado de cuidar de la fiel ejecución de las leyes, en virtud del poder general que en ese sentido le acuerda el artículo 55, numeral 2 que le confiere la facultad de dictar normas de aplicación general obligatorias

20. La noción de "Bloque de Constitucionalidad" ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico dominicano por vía pretoriana, mediante la Resolución1920, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia en fecha 13 de noviembre de 2003:

> "Atendido, a que la República Dominicana, tiene sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria".[10]

21. Conforme se puede apreciar, la noción de "Bloque de Constitucionalidad" comprende normas de orígenes nacional y supranacional, otorgándole carácter vinculante a la doctrina que sirve de sustento a la jurisprudencia en materia constitucional, así como a las opiniones consultivas y a la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ampliando así la esfera de protección de las personas en sus relaciones con los órganos del Estado que ejercen función administrativa, ya que como ha proclamado la jurisprudencia,[11] es un requisito para la validez de las normas y de los actos administrativos su conformidad con el Bloque de Constitucionalidad.

22. Este concepto del "Bloque de Constitucionalidad" se ve fortalecido tras la entrada en vigencia de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010, que de forma expresa dispone que "los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de

para sus destinatarios; que, sin embargo, dada la imposibilidad de que el Primer Mandatario vele personalmente por la aplicación de todas las leyes, el poder de reglamentación ha sido extendido a otras entidades de la administración pública o descentralizadas de esta, razón por la cual dicha facultad puede ser ejercida, además del Presidente de la República, por la autoridad u organismo público al que la constitución o la ley haya dado la debida autorización". Este criterio es cónsono con la opinión de la destacada administrativista dominicana Rosina De La Cruz Alvarado: "El principio es pues, que sólo el Presidente de la República es titular del Poder Reglamentario, sin embargo, ese principio conoce temperamentos, ya que puede ser atribuido, en virtud de un texto legal a un Secretario de Estado o a un organismo descentralizado, como ocurre con nosotros con la Junta Monetaria y como veremos que ha sido atribuido a la Administración Tributaria". (El Poder Reglamentario de la Administración Tributaria, artículo aparecido en Estudios Jurídicos, Volumen IV, Número I, Enero-Abril 1994),

10 Esta noción del Bloque de Constitucionalidad se aplica a partir del dictado de la Resolución 1920, con bastante frecuencia en la Jurisprudencia en materia constitucional de la Suprema Corte de Justicia, tanto las que son producto del control concentrado de constitucionalidad, como del control difuso.

11 Sentencia del 4 de agosto de 2004, de la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia: "una norma o acto, público o privado, es válido cuando, además de su conformidad formal con el bloque de constitucionalidad, esté razonablemente fundado y justificado dentro de los principios de la norma superior".; que, para garantizar esos principios la Constitución nacional en su artículo 46, dispone. " Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución o acto contrario a esta Constitución"

aplicación directa e inmediata por los tribunales y órganos del Estado";[12] y por el artículo 184 que dispone, por igual, que las decisiones del Tribunal Constitucional constituyen precedentes vinculantes.

23. A diferencia de los textos constitucionales que nos han regido a partir del primero, proclamado el 6 de noviembre de 1844, la Carta Fundamental del Estado que nos rige a partir de comienzos del año 2010, es la que más se ha ocupado de temas con incidencia en el Derecho administrativo.

24. La nueva Constitución dedica un capítulo dentro del Título del Poder Ejecutivo a la Administración Pública, en el que se abordan los principios que sirven de pauta a su actuación, tales como los de eficacia, jerarquía, igualdad, transparencia, economía, publicidad, coordinación, sometimiento a Derecho.[13]

25. Asimismo, se constitucionaliza la función pública,[14] se dispone que el dictado de actos administrativos debe estar precedido de un procedimiento administrativo,[15] los aspectos básicos de los ministerios,[16] de los organismos autónomos y descentralizados,[17] la vigilancia administrativa a que estos últimos están sujetos,[18] la administración local,[19] la responsabilidad de los entes públicos y sus funcionarios,[20] el régimen de los servicios públicos y de otras actividades de interés genera,l[21], se constitucionaliza la potestad sancionadora de la Administración,[22] el régimen básico de la expropiación forzosa,[23] así como la distinción dentro de los bienes, de aquellos que son del dominio público y los que pertenecen al dominio privado.[24]

26. Los tratados internacionales, distintos a los de derechos humanos, tienen igualmente una importancia trascendente en el sistema de fuentes del derecho administrativo dominicano, sobre todo aquellos relativos a temas de naturaleza económica, como los relacionados con la Organización Mundial del Comercio (OMC), y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, conocido, por sus siglas en inglés, como DR CAFTA,[25] y en materia de transparencia, como la

12 Artículo 74.3

13 Artículo 138.

14 Art. 138.1 y 142.

15 Art. 138.2

16 Arts. 134-136

17 Art. 141

18 Art. 141

19 Arts. 196 y siguientes.

20 Art. 148

21 Art. 147

22 Art. 40.13 y 40.17

23 Art. 51.1

24 Art. 93.2, letra b).

25 El DR-CAFTA, generó una importante transformación de numerosas leyes administrativas y el dictado de una Ley de Contrataciones Públicas.

Convención Interamericana contra la Corrupción, que contienen disposiciones que son directamente aplicables en el ordenamiento jurídico interno.[26]

27. En el ámbito de la Ley, el rol que le corresponde al Poder Legislativo es de importancia primordial, ya que de conformidad a la Constitución es atribución del legislador crear los Ministerios entre las que son distribuidas las grandes competencias administrativas del Estado, de donde se desprende que la desconcentración de competencias en órganos subordinados, en base al **principio del paralelismo de formas**, le corresponde también al legislador; crear y asignar competencias a los organismos autónomos o entidades descentralizadas funcionalmente, así como a los Municipios y Distritos Municipales. Por otra parte, es tarea del legislador, todo lo atinente a la limitación de derechos.

28. Varias leyes que tienen una gran incidencia en aspectos vitales de la actividad administrativa del Estado, como la Ley de la Seguridad Social,[27] la Ley de Función Pública[28] y la Ley de Municipios,[29] han sido estructuradas en base a principios que sirven de pauta de interpretación para el resto del articulado de esas respectivas leyes.

29. Finalmente, en cuanto a las fuentes escritas, los reglamentos constituyen cuantitativamente una fuente de primordial importancia en el derecho administrativo dominicano, sobre todo en los ámbitos sustentados en leyes marco, como acontece en los ordenamientos sectoriales del medio ambiente, de la actividad de intermediación financiera, de los mercados de valores, de la seguridad social, de telecomunicaciones, de la salud, entre otros.

30. En lo que respecta a las fuentes no escritas, los principios generales del derecho administrativo encuentran en esta rama del derecho público un amplio campo de aplicación debido a la ausencia de regulación general de muchas de las instituciones esenciales del Derecho Administrativo, tales como, la actividad y la organización administrativa, el acto administrativo, el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el régimen de los bienes públicos.

31. La Ley 1494, de 1947, que instituyó la jurisdicción contenciosa-administrativa en la Republica Dominicana, da cabida a los principios generales como fuentes del derecho administrativo dominicano, al disponer que todas las sentencias del Tribunal Superior Administrativo se fundamentarán en los preceptos de carácter administrativo que rijan el caso controvertido **y en los principios que de ellos se deriven.**[30]

26 Artículos 26.1 y 26.2 de la Constitución de la República.

27 La Ley 87-01, que instituye el Sistema Dominicano de la Seguridad Social consagra en su Artículo 3 los principios fundamentales del Sistema: universalidad, obligatoriedad, integralidad, unidad, equidad, solidaridad, libre elección, pluralidad, separación de funciones, flexibilidad, participación, gradualidad, equilibrio financiero.

28 La Ley 41-08, de Función Pública, establece en su Artículo 3, los siguientes principios fundamentales: mérito personal, igualdad de acceso, estabilidad, equidad retributiva, flexibilidad organizacional, irrenunciabilidad, tutela jurisdiccional.

29 La Ley 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios señala en su Artículo 6, como principios los siguientes: descentralización, desconcentración, subsidiariedad, concurrencia, coordinación, eficiencia, eficacia, equidad, transparencia, participación, concertación.

30 Artículo 29, Ley 1494, de 1947.

32. Asimismo, la Ley 13-07, que introdujo importantes reformas en el ámbito de la justicia contenciosa administrativa, al otorgar competencia para conocer del contencioso administrativo municipal a los Juzgados de Primera Instancia, dispone que al estatuir sobre estos casos dichos Juzgados **aplicarán los principios y normas del Derecho Administrativo,** y sólo recurrirán de manera excepcional, en ausencia de estos, a los preceptos adecuados de la legislación civil.[31]

33. En materia de identificación de principios generales, la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02,[32] hizo un aporte importante al derecho administrativo dominicano al identificar, como tales, los siguientes: legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, motivación de los actos que restrinjan la esfera jurídica de los interesados, jerarquía normativa, eficacia, razonabilidad, economía, transparencia, celeridad, preclusión de plazos, publicidad y debido proceso. A estos principios debemos agregarle otros igualmente incorporados en la Ley 183-02, como el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos,[33] el de presunción de legalidad de los actos administrativos,[34] el principio de ejecutoriedad,[35] el principio de ausencia de efectos suspensivos de los recursos administrativos.[36]

II. La Organización administrativa dominicana

34. En la República Dominicana el Estado es de naturaleza unitaria. Expresamente la Constitución de la República lo señala en su Artículo 193:

> **Artículo 193.- Principios de organización territorial.** La República Dominicana es un ***Estado unitario*** cuya organización territorial tiene como finalidad propiciar su desarrollo integral y equilibrado y el de sus habitantes, compatible con sus necesidades y con la preservación de sus recursos naturales, de su identidad nacional y de sus valores culturales. La organización territorial se hará conforme a los principios de unidad, identidad, racionalidad política, administrativa, social y económica.

35. No obstante la naturaleza unitaria del Estado Dominicano, coexiste desde el punto de vista de la organización administrativa, la centralización y la descentralización, tanto funcional, como territorialmente.

31 Artículo 3, de la Ley 13-07. La razón de esta previsión se debe a que los Juzgados de Primera Instancia están habituados a la solución de los conflictos a través de las reglas de derecho privado.

32 Artículo 4, letra e), de la Ley 183-02, promulgada el día 21 del mes de noviembre del año 2002.

33 Ese principio se encuentra incorporado de manera expresa en el Artículo 4, letra d) de la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02: "Los Reglamentos y los Instructivos tendrán siempre un alcance general y lo dispuesto en ellos no podrá ser objeto de alteración singular por actos dictados por el mismo órgano que emitió la disposición reglamentaria".

34 Artículo 4, letra a) de la Ley 183-02.

35 Artículo 4, letra a) de la Ley 183-02.

36 Artículo 4, letra c) e la Ley 183-02.

36. La administración central del Estado, que está a cargo de las autoridades nacionales, y que funciona en base a la personalidad jurídica del Estado, está conformada por el Poder Ejecutivo, que es un órgano unipersonal cuyo titular lo es el Presidente de la República, por los distintos Ministerios creados mediante ley, y por las Direcciones Generales en los que se han desconcentrado competencias administrativas.[37]

37. Entre los principios aplicables a la Administración Pública por mandato de la Constitución figura el principio de jerarquía[38] a fin de garantizar la unidad y coherencia a lo interno de las organizaciones personificadas reconocidas en el ordenamiento jurídico dominicano.

38. La Ley No. 4378, de 1956, consagraba, con anterioridad al texto constitucional vigente, de forma expresa el principio de jerarquía:

> **Art. 13.-** Los ***Secretarios de Estado***[39] tienen capacidad para revocar o modificar todos los actos de los funcionarios, empleados u organismos de su dependencia jerárquica, aun cuando éstos hayan actuado en ejercicio de atribuciones legales, salvo los recursos de que sus decisiones pudieren ser objeto de acuerdo con la Constitución y las leyes.

39. Asimismo, con la finalidad de evitar el congestionamiento de la más alta jerarquía de la administración central del Estado, a cargo del primer mandatario de la nación, la Ley 4378, dispone que la vía administrativa se agota en las Secretarías de Estado, ya que sus decisiones se presumen como emanadas del Presidente de la República:

> "De acuerdo con la Ley que instituye la jurisdicción contenciosa administrativa y también como resulta de la Ley de Secretarías de Estado, entre nosotros, para los fines de los recursos jerárquicos, la última jerarquía la constituyen los Secretarios de Estado si se trata de un servicio subordinado….Como se ve, en el caso de los servicios subordinados, nuestro régimen jurídico ha querido que los responsables de las decisiones finales (desde luego en lo puramente administrativo), sean los Secretarios de Estado, aun cuando estos, antes de decidir algún caso, consulten al Presidente de la República….Pero, aún en estos casos de consulta al Presidente, la decisión del Secretario de Estado debe expedirse como suya propia y bajo su sola responsabilidad".[40]

40. El ordenamiento jurídico administrativo dominicano consagra disposiciones aplicables a las relaciones interadministrativas que se suscitan entre la administración central del Estado y las entidades descentralizadas funcionalmente, sujetándola al **princi-**

37 La Constitución de la Republica hace referencia a la desconcentración en el artículo 141. Al igual que sucede en el derecho comparado, en la República Dominicana la desconcentración existe a lo interno de cualquier organización personificada. Hasta que la Constitución del 2010, le confirió personalidad jurídica a los Distritos Municipales, el régimen jurídico de la Administración local consideraba a los mismos como órganos de naturaleza desconcentrada a lo interno de la persona pública Municipio.

38 Art. 138 de la Constitución.

39 Por disposición de la Constitución del 2010, el termino Secretaria de Estado ha sido sustituido por el de Ministerios

40 Amiama, Manuel A. Ob. Cit. Pagina 635.

pio de la tutela administrativa,[41] que se expresa a través de una vigilancia a cargo del Ministerio de Adscripción.

41. En efecto la Constitución de la República en su artículo 141, dispone que "la ley creará organismos autónomos y descentralizados en el Estado, provistos de personalidad jurídica, con autonomía administrativa, financiera y técnica. Estos organismos estarán adscritos al sector de la administración compatible con su actividad, bajo la vigilancia de la ministra o ministro titular del sector.

42. La ya antes mencionada Ley No. 4378, de 1956, disponía un régimen similar, que ahora es elevado a rango constitucional:

> **Art. 17.-** Los organismos autónomos instituidos por leyes, se regularán, bajo su responsabilidad, por las leyes en virtud de las cuales se hubieren instituido; pero su funcionamiento estará bajo la supervigilancia del Secretario de Estado encargado de las materias correspondientes a la competencia del organismo de que se trate, a fin de que su funcionamiento se ajuste a las prescripciones legales. En caso de necesidad, los Secretarios de Estado, por vía de requerimiento, pedirán a esos organismos el cumplimiento de la ley o presentarán al Presidente de la República los informes o recomendaciones que creyeren de lugar.

43. En lo que respecta a las relaciones interadministrativas entre el Estado, el Distrito Nacional, los Municipios y los Distritos Municipales, se encuentran reguladas, en principio, en la Constitución de la República.

44. Esa regulación revela la naturaleza esencialmente centralista del Estado Dominicano, ya que no atribuye competencias específicas a los Municipios, lo que es dejado a la discreción del legislador; los arbitrios que dispongan crear no pueden colidir con los impuestos nacionales, el comercio intermunicipal o de exportación, ni con la Constitución o las Leyes,[42] además el Poder Ejecutivo debe autorizar la enajenación de inmuebles[43] y aprobar los contratos que suscriban cuando constituyan en garantía inmuebles o rentas municipales.[44]

45. La Constitución de la Republica es muy explícita al señalar que los entes descentralizados territorialmente, como el Distrito Nacional, los Municipios y los Distritos Municipales están sometidos al poder de fiscalización del Estado:

> **Artículo 199.- Administración local.** El Distrito Nacional, los municipios y los distritos municipales constituyen la base del sistema político administrativo local. Son personas jurídicas de Derecho Público, responsables de sus actuaciones, gozan de patrimonio propio, de autonomía presupuestaria, con potestad normativa, administrativa y de usos de suelo, fija-

41 La Ley de Función Pública define la tutela administrativa como el conjunto de facultades de control y supervigilancia otorgadas a las Secretarías de Estado para velar por la orientación, eficacia, eficiencia, y legalidad de la gestión de las entidades descentralizadas, cuyos objetivos programáticos le son afines.

42 Artículo 200.

43 Artículo 128.3, letra d.

44 Artículo 55, numeral 26.

> dos de manera expresa por la ley ***y sujetos al poder de fiscalización del Estado*** y al control social de la ciudadanía, en los términos establecidos por esta Constitución y las leyes.

46. No obstante lo señalado anteriormente respecto de la preponderancia de la centralización administrativa, es importante señalar que la Constitución tiene un mandato claro orientado al objetivo de que la gestión de los asuntos colectivos sean brindados por aquella autoridad administrativa que esté más próxima al ciudadano, en específico por la Administración local, conforme se desprende del artículo 204 de la Carta Fundamental del Estado:

> **Artículo 204.- Transferencia de competencias a los municipios.** El Estado propiciará la transferencia de competencias y recursos hacia los gobiernos locales, de conformidad con esta Constitución y la ley. La implementación de estas transferencias conllevará políticas de desarrollo institucional, capacitación y profesionalización de los recursos humanos.

47. La Ley 176-07, del Distrito Nacional y los Municipios, enumera, en su artículo 12, un conjunto de principios aplicables a las relaciones interadministrativas de los ayuntamientos municipales y la administración central del Estado, tales como los de colaboración, de coordinación, de concurrencia, de subsidiariedad, de información mutua, y de respeto a sus respectivas competencias.

48. A fin de asegurar el cumplimiento de estos principios básicos de las relaciones interadministrativas, la ley confiere legitimación al Poder Ejecutivo para impugnar jurisdiccionalmente las ordenanzas, reglamentos, resoluciones y acuerdos dictados por los Ayuntamientos por infracción del ordenamiento jurídico,[45] y a los Ayuntamientos, para impugnar los actos y disposiciones dictados por el Poder Ejecutivo y sus órganos administrativos dependientes, cuando estos lesionen la independencia y autonomía funcional del Municipio.[46]

49. Un aspecto importante en el ámbito de las relaciones interadministrativas en el derecho administrativo dominicano, lo es el relativo al principio de coordinación. Este principio de organización administrativa figura expresamente recogido no solo en la Ley del Distrito Nacional y los Municipios[47], sino que además la Constitución del 2010, lo recoge expresamente entre los principios de actuación de la Administración pública en el artículo 138.

50. La introducción en la legislación dominicana de la Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, y de la Ley General de Defensa de la Competencia, ha conllevado una transformación en el ejercicio de las funciones administrativas a cargo de los órganos reguladores sectoriales en materias como: telecomunicaciones, banca, seguros, mercados de valores, seguridad social, electricidad, entre otras, **que sólo pueden ser resueltas de manera eficiente a través del principio de coordinación**, toda vez que esas legislaciones subordinan el dictado de reglamentaciones y decisiones que afecten a los consumidores o usuarios, o a la libre competencia, a la previa opinión

45 Artículo 102 de la Ley 176-07

46 Artículo 104 de la Ley 176-07

47 Ver No. 31

del Consejo Directivo de Pro-Consumidor[48] o de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia,[49] según sea el caso.

51. La Ley Monetaria y Financiera consagra un régimen particular de coordinación en el ámbito de los mercados financieros cuando dispone que "la Administración Monetaria y Financiera y los Organismos reguladores y supervisores del mercado de valores, seguros y pensiones guardarán la necesaria coordinación en el ejercicio de sus respectivas competencias regulatorias, con el objeto de permitir una adecuada ejecución de sus funciones, una eficiente supervisión en base consolidada y un fluido intercambio de las informaciones necesarias para llevar a cabo sus tareas".[50]

52. No obstante la existencia de regulación particular en esos aspectos importantes de la organización administrativa, no existe en la República Dominicana normas que hayan incorporado, **con carácter general,** en la legislación administrativa los principios generales relativos a la competencia, la delegación de competencia, la delegación de firma, la avocación administrativa, la encomienda de gestión, las reglas relativas a la solución de los conflictos de competencia,[51] así como las atinentes al funcionamiento de los órganos administrativos colegiados,[52] entre otros.

53. A finales del 2011, y por mandato de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010, se encuentra en discusión en el seno del Congreso Nacional el proyecto de Ley Orgánica de la Administración Pública que recoge no sólo los temas señalados en el punto anterior, sino que incorpora además los principios de organización y funcionamiento de la Administración, el nuevo régimen de las formas de organización administrativa, la desconcentración administrativa, las relaciones interorgánicas e interadministrativas.

III. El procedimiento administrativo.

54. El procedimiento administrativo consiste "en la serie de actuaciones que ha de llevar a cabo la Administración pública, en el conjunto de formalidades y trámites que ésta tiene que observar, para emitir sus decretos, disposiciones o resoluciones".[53] Con éste se procura garantizar los derechos de las personas en sus relaciones con la administración, así como el acierto y eficacia de la actuación administrativa.

48 Artículo 17, letra K de la Ley 358-05.

49 Artículo 20 de la Ley No. 42-08.

50 Artículo 1, letra d) de la Ley 183-02.

51 El Artículo 1, letra d) de la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, contempla el dictado por parte de la Junta Monetaria de un reglamento de conflictos de competencia entre los órganos reguladores de los sectores que intervienen en los mercados financieros.

52 En relación a este último aspecto, existen algunas leyes administrativas que regulan algunos aspectos del funcionamiento de sus órganos colegiados. Ejemplo de ello lo encontramos en la Ley Monetaria y Financiera (Artículo 13); la Ley del Distrito Nacional y los Municipios (Artículo 58); la Ley del Mercado de Valores (Artículo 36); la Ley que crea el Sistema Dominicano de la Seguridad Social (Artículo 24); la Ley de Competitividad e Innovación Industrial No. 392-07 (Artículos 7 al 9) .

53 Hutchinson, Tomas. Régimen de Procedimientos Administrativos, Séptima Edición, Editorial Astrea, página 32.

55. En República Dominicana no existe una Ley de Procedimiento Administrativo, como es común en prácticamente la totalidad de nuestra América hispana. No obstante, existe la paradoja de que algunas leyes administrativas, especialmente de las que se han dictado en la última década, contienen disposiciones de las que parecería inferirse su existencia[54]. Algunas, incluso, consagran un procedimiento administrativo particular, como es el caso de la Ley General de Defensa de la Competencia.

56. La Ley Monetaria y Financiera No. 183-02, prevé el dictado de un reglamento de procedimiento administrativo[55] en base al cual los órganos y entidades que conforman la Administración Monetaria y Financiera ejerzan las competencias administrativas que le sean asignadas. El artículo 4, letra e) de la referida Ley, señala que ese reglamento deberá respetar los principios de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, motivación de los actos que restrinjan la esfera jurídica de los interesados, jerarquía normativa, eficacia, razonabilidad, economía, transparencia, celeridad, preclusión de plazos, publicidad y debido proceso.

57. La Ley 176-07, del Distrito Nacional y los Municipios, por su parte, tiene un capítulo[56] dedicado al procedimiento administrativo, y a pesar de que estipula un reenvío reglamentario al Concejo Edilicio, máxima autoridad normativa y fiscalizadora de los Municipios, adelanta que la tramitación administrativa, en el ámbito municipal se desarrolla, mediante procedimientos de economía, eficacia y coordinación, incentivando la implementación de procedimientos informáticos.[57]

58. La inexistencia, con carácter general, en el derecho administrativo dominicano de un procedimiento administrativo común a todos los órganos y entidades de la administración pública, no significa la ausencia en ámbitos particulares de actividad administrativa, de un procedimiento administrativo reglamentado. Tal es el caso, en materia de actos administrativos reglamentarios,[58] ya que la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública establece que las entidades públicas que pretendan adoptar reglamentos relativos a requisitos o formalidades que rigen las relaciones entre los particulares y la administración o se exijan a las personas para el ejercicio de sus derechos y actividades, tienen la obligación de publicarlo con suficiente antelación a su expedición.[59] El

54 Es el caso, por citar un ejemplo, de la Ley General de Medio Ambiente y Recursos Naturales No. 64-00, que al referirse en el párrafo II, del Artículo 167, a la revocación de las autorizaciones señala que las mismas se "aplicarán conforme al proceso administrativo correspondiente mediante resolución administrativa motivada y hecha por escrito, la cual deberá ser notificada por acto de alguacil y podrá ser recurrida conforme al procedimiento administrativo";

55 A pesar de que ya han transcurrido varios años de la promulgación de esta Ley, aún la Junta Monetaria del Banco Central no ha dictado el referido reglamento.

56 Titulo X, Capítulo I (Artículos 129 al 133).

57 Artículo 130 de la Ley 176-07.

58 Algunas leyes dictadas con anterioridad a la regla general establecida en la Ley 200-04, disponían la obligatoriedad de acudir a un procedimiento consultivo previo al ejercicio de sus potestades normativas. Tal es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones, y de la Ley Monetaria y Financiera.

59 Artículo 23, de la ley 200-04.

reglamento de la Ley, en sus Artículos 45 y siguientes detalla el procedimiento consultivo previo, en esta materia.

59. Asimismo, en materia de actos administrativos que afecten los derechos y obligaciones de las personas, en aplicación del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los órganos y entidades de la administración están obligados, con carácter previo, a respetar el derecho de ser oído del posible afectado,[60] norma ésta que forma parte del Bloque de Constitucionalidad, y que, además, algunas leyes que facultan a órganos administrativos para aplicar sanciones administrativas, así lo recogen expresamente.[61]

60. A finales del 2011, auspiciado por el Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia y por el Ministerio de Administración Pública ha sido redactado un anteproyecto de "Ley de derechos de las personas en su relación con la Administración y de Procedimiento Administrativo" que propone un régimen general de procedimiento administrativo que incorpora no solo el procedimiento administrativo de primera y segunda generación, sino que se extiende a las nuevas formas de relacionarse de que dispone la Administración que ha dado lugar a los llamados procedimientos administrativos de tercera generación que con brillantez ha sido expuesto por el Catedrático español, Javier Barnes Vásquez.[62]

61. La aprobación de una normativa que regule con carácter general los procedimientos administrativos constituye, en el marco del nuevo régimen constitucional, una necesidad inaplazable, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 138.2 de la Carta Fundamental del Estado la ley regulará "el procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos, garantizando la audiencia de las personas interesadas", con las excepciones que se establezcan.

60 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la destitución de los Magistrados del Tribunal Constitucional de la República del Perú, dijo:"de conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo [...] Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del Artículo 8 de la Convención Americana". (www.cajpe.org.pe/guia/debi.htm).

61 Artículo 72, de la Ley Monetaria y Financiera No. 183-02. Artículo 111 de la Ley de Mercado de Valores No. 19-00. Artículo 82.2 de la Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98.

62 Derecho administrativo iberoamericano. Ediciones RaP. Buenos Aires. Pag. 413. El Profesor Barnes, conjuntamente con los Dres. Ricardo Rivero y Jaime Rodríguez Arana Muñoz, tuvieron a su cargo la redacción de este anteproyecto.

IV. El acto administrativo, su ejecución, principio de autotutela, los recursos en vía administrativa

62. El acto administrativo ha sido definido por Vedel como "un acto jurídico emitido unilateralmente por la administración con el objeto de modificar el ordenamiento jurídico mediante las obligaciones que impone o por los derechos que confiere".[63] Dicho de otro modo, "la administración puede modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad, sin el consentimiento de los interesados. Es esta una característica de la potestad pública".[64]

63. A pesar de que autorizada doctrina nacional cuestiona que los reglamentos sean actos administrativos,[65] en la República Dominicana, desde el punto de vista de su contenido se distinguen dos tipos de actos administrativos:[66] los actos reglamentarios y los actos individuales. Los primeros establecen una regla general dictada por una autoridad administrativa en ejercicio de una competencia normativa, y los segundos, rigen para una persona especialmente designada.

64. La potestad con que se inviste a las autoridades públicas para dictar actos administrativos que pueden hacer nacer unilateralmente obligaciones y, eventualmente, derechos en beneficio o a cargo de terceros, sin el consentimiento de estos, es denominado en el régimen administrativo francés como el privilegio de la decisión ejecutoria o prerrogativa de la ejecución de oficio, que constituyen, como nos enseñó el decano Vedel,[67] la más característica de las prerrogativas de potestad pública de que dispone la administración.

63 Vedel, Georges. Derecho Administrativo, Ediciones Aguilar, página 128.

64 Rivero, Jean. Derecho Administrativo, pag. 100.

65 Amiama, Manuel A. Ob. Cit. Pagina 47: "Es una de las mas discutidas cuestiones del Derecho Público (hay que decirlo así para indicar que el tema excede del campo estrictamente jurídico-administrativo), la de si los reglamentos deben ser calificados como actos legislativos o como actos administrativos. La segunda opinión es la más antigua, y es la más simplista, puesto que se atiene a un factor formal inmediatamente advertible siempre, o sea el hecho de que los reglamentos son dictados por el Presidente de la República. La tesis que sostiene el carácter legislativo material de los reglamentos, ha sido apoyada por el eminente tratadista francés Leon Duguit. Esta tesis parece la más concorde con la historia y con la realidad".

66 En la legislación administrativa dominicana, tanto los reglamentos como los actos individuales de las autoridades administrativas, son considerados como actos administrativos. Ejemplo de ello lo encontramos en la Ley General de Telecomunicaciones y en la Ley Monetaria y Financiera. Sin embargo, mientras la primera permite su impugnación por ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la Ley Monetaria y Financiera en el Artículo 4, letra d), traza un régimen particular de impugnación de las decisiones reglamentarias que dicten los órganos que conforman la administración monetaria y financiera, los que sólo podrán ser impugnados en ocasión de un recurso frente a un acto de aplicación de los mismos. Este tema ha sido tratado más ampliamente por el autor en su trabajo: "El acto administrativo: su asimilación en el ordenamiento jurídico dominicano", aparecido en el No. 119, de la Revista de Derecho Público de la Editorial Jurídica Venezolana.

67 Ob. Cit., pag. 139.

65. Los actos administrativos se benefician además de la autotutela declarativa y ejecutiva, que permite que los mismos se presuman ajustado a Derecho,[68] que no necesiten ser homologados por ningún tribunal, que a partir de su notificación o publicación puedan ser ejecutados por la Administración.[69]

66. Otro principio básico en materia de actos administrativos, es el relativo a la intangibilidad de los actos administrativos creadores de derecho, por lo que una vez este tipo de acto ha quedado firme, no podrá ser revocado por la administración.

67. El profesor Manuel A. Amiama, en su Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana[70] señala que el artículo 4 de la ley 1494, de 1947, consagra un sistema práctico, que es una conciliación entre los sistemas de revocabilidad y no revocabilidad, de los actos creadores de derecho, ya que estos "son revocables dentro del año, de su expedición. Si la revocación se hace después de un año, la medida revocatoria es recurrible ante el Tribunal Superior Administrativo, salvo cuando dicha medida revocatoria esté fundada en una disposición del propio acto revocado".

68. En el derecho administrativo dominicano la figura del silencio administrativo es reconocida, como regla general, en forma de silencio negativo, por lo que la Ley 1494, de 1947, sobre la jurisdicción administrativa autoriza a las personas a ejercer un recurso contencioso administrativo "cuando la administración o el órgano administrativo autónomo no dictare resolución definitiva en el término de dos meses, estando agotado el trámite, o cuando pendiente éste, se paralizara, sin culpa del recurrente, por igual término".

69. Algunas leyes administrativas recogen como excepción a la regla del silencio administrativo negativo, la del silencio positivo, en materias como el registro de sindicatos[71] o de asociaciones sin fines de lucro,[72] el reembolso de impuestos,[73] el trámite de consulta previa que los órganos reguladores sectoriales deben agotar por ante el Consejo Directivo del Instituto de Protección de los Consumidores o Usuarios,[74] entre otras.

68 El derecho administrativo francés se refiere a la autotutela declarativa como el "privilegio de la presunción previa".

69 El artículo 4, letra a), de la Ley Monetaria y Financiera consagra la presunción de legalidad de los actos que dicten los órganos de la administración monetaria y financiera, así como su carácter ejecutorio. Por su parte, el Artículo 99 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que los actos administrativos del órgano regulador serán de obligado cumplimiento. Igualmente la Ley del Distrito Nacional y los Municipios consagra en la letra b) del Párrafo del Artículo 8, la presunción de legitimidad de los actos y disposiciones normativas que emitan los Ayuntamientos.

70 Página 640. Otro reconocido profesor de Derecho Administrativo, el Dr. René Mueses Henríquez, en su obra "Derecho Administrativo Dominicano" al analizar este tema opina que "si el acto es revocado dentro del año de su expedición, no procede el recurso; lo que hace suponer que para nuestro legislador los derechos adquiridos con motivo de un acto administrativo sólo nacen después del año (páginas 101 y 102).

71 Artículo 376, del Código de Trabajo.

72 Artículo 5, de la Ley 122-05.

73 Artículo 350 del Código Tributario

74 Artículo 17, letra K), de la Ley General de los Derechos del Consumidor o Usuario No. 358-05.

70. En lo que respecta a los recursos administrativos, los actos dictados en ejercicio de la función administrativa del Estado, se encuentran sujetos a un control por órganos de la propia administración, de oficio, o como consecuencia de recursos administrativos interpuestos por los afectados._

71. El profesor Allam R. Brewer-Carias, reputado juspublicista iberoamericano, define el recurso administrativo como "una vía abierta al administrado para atacar, para impugnar la validez del acto administrativo que lesiona sus derechos e intereses".[75] A través de esta figura jurídica se puede obtener la revocación, reforma o sustitución del acto administrativo atacado.

72. La doctrina nacional reconoce la noción de recurso administrativo, fundamentándolo en que el "deber de legalidad puede ser burlado por los órganos y agentes administrativos, bien sea por error de concepto, por espíritu de abuso de autoridad, o por mala voluntad contra ciertos administrados".[76]

73. En el derecho administrativo dominicano, a pesar de que no existe un texto que recoja el régimen general aplicable, se reconocen como recursos administrativos, al recurso gracioso o de reconsideración y al recurso jerárquico. El primero, se dirige a la misma autoridad autora del acto; y el segundo, al superior jerárquico de la autoridad administrativa que lo dictó.

74. De conformidad a los principios generales en la materia, en República Dominicana los recursos administrativos, salvo texto legal en sentido contrario, no producen efectos suspensivos, por lo que la administración, a pesar de su interposición, puede ejecutar el acto.

75. Algunas disposiciones normativas establecen excepciones al principio del efecto no suspensivo de los recursos, en materia tributaria,[77] en materia sancionadora en el ámbito del mercado de valores,[78] y en seguridad social,[79] entre otros.

75 Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.

76 Amiama, Manuel A. Ob. Cit., página 632.

77 El párrafo I del Artículo 57 del Código Tributario dispone que la interposición del recurso de reconsideración "suspende la obligación de efectuar el pago de impuestos y recargos determinados, hasta que intervenga decisión sobre el mismo".

78 El párrafo I del Artículo 37 de la Ley de Mercado de Valores No. 18-00, dispone que el recurso de apelación contra los actos del Superintendente de Valores "no suspenderá la ejecución de la decisión objeto de apelación, excepto cuando la misma conlleve la aplicación de sanciones administrativas".

79 El Reglamento que Establece Normas y Procedimientos para las Apelaciones por ante el Consejo Nacional de Seguridad Social, aprobado mediante Resolución No.124-02 del 16 de febrero de 2005 y la Resolución No.125-02 del 1 de marzo de 2005, dispone que los recursos de apelación interpuestos contra los actos del Superintendente de Pensiones o del Superintendente de Salud y Riesgos Laborales tendrá efecto suspensivo.

76. En lo relativo al plazo para la interposición del recurso administrativo de reconsideración, la regla de principio es, que no está sujeto a plazo.[80] No obstante, a los fines de evitar que el acto administrativo se convierta en firme e inatacable, este recurso debe ser ejercido dentro del plazo para interponer el recurso contencioso administrativo, que en nuestra legislación es de treinta (30) días, a contar de la notificación del acto.

77. En cuanto al recurso jerárquico, el artículo 9 de la Ley 1494, de 1947, que instituye la jurisdicción contenciosa administrativa, dispone que el plazo para interponer ese recurso, es de diez (10) días, contado a partir de la notificación de la decisión administrativa.[81]

78. La legislación administrativa dominicana no contempla, **con carácter general**, las reglas de forma a que estarán sometidos los recursos de reconsideración y jerárquico.

79. El anteproyecto de "***Ley de derechos de las personas en su relación con la Administración y de Procedimiento Administrativo***", al que ya hemos aludido anteriormente, contempla un régimen para los recursos administrativos que comprende los casos en que procede, formas de interposición, el principio del efecto no suspensivo, los poderes del órgano administrativo ante el que se interpone, los plazos en que deben ser interpuestos y decididos, así como otros requisitos de procedencia.

80. Igualmente, el referido anteproyecto de ley propone la incorporación en la legislación administrativa dominicana todo lo relativo a los requisitos de validez de los actos administrativos, la forma de los actos administrativos, la motivación, la ejecutividad, el régimen de publicación y notificación, la ejecución forzosa, revisión y revocación de actos, y el régimen de nulidad,[82] por lo que de ser acogida una iniciativa legislativa de esa naturaleza quedarían incorporados en nuestro derecho positivo los grandes principios en materia de actos administrativos y de los recursos administrativos, en adición a lo relativo a los procedimientos administrativos de primera, segunda y tercera generación.

V. Los contratos de la Administración

81. El contrato administrativo es una de las categorías jurídicas del derecho administrativo. Hacer referencia a esta noción, implica la existencia de un régimen jurídico particular distinto al derecho común de los contratos entre particulares.

82. En el ámbito de los contratos administrativos, el Estado tiene una serie de prerrogativas que puede ejercer de manera unilateral. Está facultado para rescindir el contrato, sin falta del co-contratante; puede imponer modificaciones a la ejecución del contrato; cuenta con un poder de interpretación; está investido con un poder de dirección y control; y goza de la potestad de sancionar al contratista. Por su parte, el particular

80 Varias leyes administrativas que prevén expresamente este recurso, establecen plazos dentro de los cuales deben ser interpuestos. Por ejemplo el Código Tributario dispone que el plazo para la interposición del recurso de reconsideración es de veinte (20) días, y la Ley General de Telecomunicaciones lo fija en un término de 10 días (Artículo 96.1).

81 Sin embargo varias leyes administrativas establecen plazos más amplios, como la Ley 146-02, de Seguros y Fianzas dispone que el recurso jerárquico contra las decisiones del Superintendente de Seguros deberá ser interpuesto dentro del término de 15 días francos, a partir de la notificación.

82 Artículos 41 y siguientes.

co-contratante tiene como contrapartida el derecho a ser indemnizado; a que se restablezca el equilibrio económico financiero del contrato afectado por un álea económico o administrativo; así como a demandar la rescisión del contrato.

83. Esos principios, consustanciales en materia de los contratos administrativos, hijos del papel creador de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, han formado parte de la terminología utilizada en el derecho administrativo dominicano.

84. La propia ley que instituye la jurisdicción contenciosa administrativa,[83] atribuye al Tribunal Superior Administrativo la competencia para conocer de todo lo relativo al cumplimiento, caducidad, rescisión, interpretación y efecto de los contratos administrativos, identificando como tales, a las concesiones y contratos de servicios públicos o de construcción de obras públicas, así como los que versen sobre el uso y goce de las dependencias del dominio público del Estado, los Municipios y el Distrito Nacional.

85. La jurisprudencia dominicana ha reconocido el régimen exorbitante en materia de contratos administrativos:

— En una Sentencia que figura en el Boletín Judicial 968, la Suprema Corte de Justicia consideró que la revocación unilateral de un contrato de concesión con una empresa telefónica hecha por un municipio no era ilegal, por no tratarse de un simple contrato entre particulares, sino de una concesión de servicio público;

— En sentencia de fecha 3 de julio de 2001, la Suprema Corte de Justicia, señaló que "la concesión de los servicios telefónicos a favor de la recurrente por el Gobierno Dominicano, es un contrato administrativo, considerado de utilidad pública e interés general, sujeto a la vigilancia y tutela del Estado; que esto implica la atribución de ciertas prerrogativas cuyos efectos, salvo situaciones excepcionales, son exorbitantes del derecho común, tanto frente al concesionario como frente a particulares que no han sido partes en el acuerdo de concesión, por lo que considera que tienen una eficacia erga omnes".

86. De la suscripción y aprobación por parte de la República Dominicana del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA), surgió la necesidad de que el Estado Dominicano se viera precisado a dictar una Ley sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones No. 340-06,[84] a fin de hacer compatible la legislación administrativa en materia de contrato, con el compromiso internacional asumido.

87. El sistema de contrataciones públicas de la República Dominicana se organiza en función de los criterios de centralización de políticas y normas y descentralización de la gestión operativa. La centralización de políticas y normas se encuentra a cargo del Órgano Rector del Sistema de Contrataciones de Bienes, Obras, Servicios y Concesiones, que es la Dirección General de Contrataciones Públicas, dependencia del Ministerio de Hacienda. La gestión operativa se encuentra a cargo de los órganos y entidades sujetos a la aplicación de la Ley, las que deberán contar con unidades operativas que estarán a cargo de la gestión de la contratación.

83 Ley 1494, de 1947

84 Modificada por la Ley 449-06. Esta ley tiene un Reglamento de Aplicación contenido en el Decreto 490-07, expedido por el Poder Ejecutivo en fecha 30 de agosto de 2007.

88. La contratación pública se encuentra sujeta a un conjunto de principios: principio de eficiencia; principio de igualdad y libre competencia; principio de transparencia y publicidad; principio de economía y flexibilidad; principio de equidad; principio de responsabilidad, moralidad y buena fe; principio de reciprocidad; principio de participación; y principio de razonabilidad.

89. La legislación aplica a las contrataciones que hagan los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; los demás órganos de relevancia constitucional, como la Cámara de Cuentas y la Junta Central Electoral; los órganos que conforman la Administración Central del Estado; los organismos autónomos o descentralizados; los Municipios y Distritos Municipales; a las empresas públicas; así como a cualquier persona moral que contrate la adquisición de bienes, servicios, obras y concesiones con fondos públicos.

90. Los contratos sujetos al régimen de la Ley 340-06, comprenden a la compra y contratación de bienes, servicios y consultoría; contratos para la realización de obras públicas; concesiones de bienes, obras o servicio público; y alquileres con opción de compra y arrendamiento. La legislación incluye además a todos aquellos contratos que no hayan sido excluidos expresamente[85] o que se encuentren sujetos a un régimen especial.[86]

91. De conformidad al marco legal de la contratación pública en República Dominicana, la celebración de contratos con entes públicos deben ser precedidos de un procedimiento administrativo de selección, que es determinado en función de unos umbrales topes que son determinados en base a una multiplicación de factores que contempla la legislación con el Presupuesto de Ingresos Corrientes del Gobierno Central.

92. Los procedimientos de selección de contratistas previstos en la legislación son los siguientes: (a) Licitación Pública, nacional o internacional. La licitación pública será internacional cuando la compra o contratación se encuentre cubierta por un tratado o acuerdo internacional suscrito por el País; cuando una evaluación técnica haya determinado que no existen oferentes nacionales en capacidad de proveer los bienes o servicios o ejecutar los proyectos u obras; y cuando una licitación pública nacional previa se haya declarado desierta; (b) Licitación restringida; (c) Sorteo de Obras; (d) Comparación de Precios; y (e) Subasta Inversa.

93. Cuando el objeto de la contratación pública sea una concesión de bienes, obras o servicios públicos, es obligatorio seleccionar al contratista mediante el procedimiento de licitación pública, nacional o internacional.

85 Han sido excluidos expresamente del régimen jurídico aplicable a la contratación pública, los contratos de préstamos o donaciones con otros Estados o entidades de derecho público internacional, como los organismos multilaterales de crédito (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo); los contratos de crédito público; los contratos de empleo público, los cuales se encuentran sujetos a la Ley de Función Pública; y los contratos entre entidades públicas.

86 No se aplica la legislación sobre contratación pública a contratos que por disposición legislativa se encuentran sometidos a un estatuto particular: (a) concesión de servicios públicos de telecomunicaciones, sujeta a lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98; (b) concesiones para distribución y generación de electricidad, sujetas a lo dispuesto en la Ley General de Electricidad No. 125-01; (c) concesiones mineras, sujetas a la Ley de Minería No. 146 de 1971 y (d) enajenación de inmuebles del dominio privado del Estado, regulados por la Ley 119 de 1964.

94. El ordenamiento jurídico de la contratación pública contempla ocho (8) excepciones que permiten al órgano o entidad contratante seleccionar de manera directa al contratista: (a) contratos que por razones de seguridad o emergencia nacional pudieran afectar el interés público, vidas o la economía del país; (b) contratos para la realización o adquisición de obras científicas, técnicas, artísticas o restauración de monumentos históricos, cuando la ejecución sólo pueda llevarse a cabo por una determinada empresa, artista o especialista; (c) las compras y contrataciones de bienes o servicios con exclusividad o que sólo pueden ser suplidos por una determinada persona natural o jurídica; (d) las compras y contrataciones de bienes o servicios en situaciones de urgencia, previamente declarada, por la autoridad administrativa; (e) las compras y contrataciones que se realicen para la construcción, instalación o adquisición de oficinas para el servicio exterior; (f) contratos rescindidos cuya terminación no exceda el cuarenta por ciento (40%) del monto total del proyecto, obra o servicio; (g) las compras destinadas a promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas; y (h) la contratación de publicidad a través de medios de comunicación social.

95. La normativa de contratación pública de la República Dominicana ha incorporado en nuestro régimen administrativo las potestades administrativas en materia de contratos administrativos. En efecto, el Articulo 31, confiere a las entidades públicas contratantes el derecho de interpretar el contrato; el de modificar, aumentando o disminuyendo, hasta un veinticinco por ciento (25%), el monto del contrato original en materia de obras; suspender temporalmente el contrato por causas técnicas o económicas o por circunstancias de fuerza mayor; el poder de control, inspección y dirección de la contratación; y la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del contrato.

96. Por su parte, al contratista[87] le reconoce el derecho a los ajustes correspondientes, cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, y ejecutar el contrato hasta un 50%, mediante sub-contratación, siempre y cuando obtenga la previa y expresa autorización de la administración contratante y la posibilidad de suspender la ejecución de sus obligaciones contractuales derivado de actos o incumplimiento de la autoridad administrativa, que hagan imposible la ejecución del contrato.

97. Las controversias que se susciten en el marco de las contrataciones públicas podrán ser objeto de reclamos o impugnaciones por ante el órgano o entidad contratante. Las resoluciones que al efecto sean dictadas serán recurridas por ante el Órgano Rector. Las decisiones adoptadas por el Órgano Rector podrán ser objeto de un recurso por ante el Tribunal Superior Administrativo, o, por decisión de las partes, sometidas a arbitraje.

VI. El servicio público, los mercados de interés general (liberalización, privatización, regulación) y su régimen de competencia

98. La Constitución de la República aborda directamente el tema del servicio público, en los siguientes términos:

> "**Artículo 147.- Finalidad de los servicios públicos**. Los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo. Serán declarados por ley. En consecuencia:

87 Artículo 32 de la Ley 340-06.

> 1. El Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad, directamente o por delegación, mediante concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual, de conformidad con esta Constitución y la ley;
>
> 2. Los servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria;
>
> 3. La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado. La ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentre a cargo de organismos creados para tales fines".

99. De la lectura del texto anterior se puede apreciar que la Carta Sustantiva del Estado asume, desde una vertiente material, el concepto servicio público, lo que implica que entes públicos estatales asumen la responsabilidad de satisfacer una necesidad de interés colectivo.

100. El concepto servicio público debe ser apreciado desde el punto de vista de la relación con el derecho constitucional a la libertad de empresa que la Constitución dominicana también proclama, pues cuando mediante ley una determinada actividad es declarada servicio público, la misma queda excluida a la libre iniciativa de los particulares.

101. Al conllevar una limitación extrema a un derecho fundamental como la libertad de empresa, la declaratoria de servicio público de una actividad, conocida como "*publicatio*" en el ámbito del Derecho administrativo, está sujeta en la República Dominicana a los principios de subsidiaridad[88] y razonabilidad[89] que la Constitución consagra.

102. El texto constitucional establece un régimen flexible, pues permite que la prestación de la actividad declarada como servicio público sea asumida directamente por los entes públicos estatales, o por delegación, a través de concesión, autorización, asociación en participación, transferencia de la propiedad accionaria u otra modalidad contractual. En el origen de la institución del servicio público, la concesión era la típica manera de que los particulares asumían la prestación de los mismos, por lo que la Constitución liberaliza los títulos habilitantes al incluir, en adición a la forma tradicional, otras maneras de acceder a su prestación.

103. Siendo la regulación de la actividad declarada como servicio público una responsabilidad estatal, sea que se preste de manera directa o indirecta, es decir, con prescindencia de que la asuma un ente u órgano administrativo, o un particular, la misma es sometida a una serie de principios específicos, tales como los de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria.

88 Artículo 219

89 Artículo 74.2

104. La parte final de la disposición constitucional en materia de servicios públicos de la República Dominicana reconoce una importante distinción desde el punto de vista de actividades que satisfacen necesidades de interés general.

105. Una cosa son las actividades declaradas servicio público, que requieren ser calificada como tal mediante ley, y otra, las demás actividades de interés general que en función de su potencialidad lesiva a los intereses públicos son sometidas a una intensa regulación pública estatal, como acontece en las actividades de intermediación financiera y cambiaria, mercados de valores, seguros, seguridad social (salud y pensiones), etc..

106. Al Estado le corresponde la regulación de ambos tipos de actividades, directamente, o a través de organismos autónomos, como acontece en los casos del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, las Superintendencias de Electricidad, Seguros, Salud y Riesgos Laborales, Pensiones, Bancos, por solo citar algunos casos.

107. Por otra parte, en lo que respecta al régimen de competencia, el texto constitucional de la República Dominicana prohíbe el establecimiento de monopolios en provecho de particulares,[90] y contiene un mandato al Estado de favorecer y velar "por la competencia libre y leal", y para que adopte las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio y del abuso de posición dominante".[91]

108. El régimen legal que sirve de sustento para el cumplimiento de ese mandato constitucional lo es la Ley 42-08[92], sobre la Defensa de la Competencia, que pone a cargo de un organismo autónomo, la "Comisión Nacional de Defensa de la Competencia", la responsabilidad directa de velar por la libre y leal competencia en los mercados.

VII. El Derecho administrativo sancionador.

109. La potestad sancionadora de la Administración ha sido un tema que no obstante su consagración legal en distintos ordenamientos administrativos sectoriales, ha suscitado discusiones en la doctrina dominicana.

110. El Profesor Julio Miguel Castaños Guzmán cuestionó la constitucionalidad del reconocimiento legislativo de un poder sancionador en manos de órganos administrativos en su obra "El Poder Judicial y las Sanciones Tributarias".[93]

111. Sostuvo ese destacado jurista dominicano, que la Administración no es una jurisdicción de ningún tipo y por tanto no puede juzgar y tampoco, nadie puede ser juzgado más que por un juez imparcial. Se inscribe en la doctrina según la cual, en ausencia de texto Constitucional que expresis verbis faculte a la Administración a sancionar no

90 Art. 50.1 "No se permitirán monopolios, salvo en provecho del Estado. La creación y organización de esos monopolios se hará por ley".

91 Art. 50.1, parte in fine.

92 Promulgada en fecha 16 de enero de 2008.

93 Ediciones Capeldom. Santo Domingo. Año 2000.

puede considerarse como constitucional dicha capacidad, pues supone una violación a los principios de derecho de defensa y al de ser juzgado por un tribunal imparcial.[94]

112. Por su parte, el constitucionalista dominicano Eduardo Jorge Prats sostuvo la constitucionalidad de las sanciones administrativas, sujeto a que las mismas no impliquen penas restrictivas de libertad, se respeten los principios de legalidad y tipicidad, debido proceso administrativo, y se permita el acceso a un órgano jurisdiccional donde el afectado pueda impugnar el acto sancionador, teniendo así los tribunales del poder judicial la última palabra en la materia. Como apoyo jurisprudencial de su tesis, Jorge Prats cita una sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 15 de junio de 1973, que admite la aplicación de una sanción administrativa señalando que se trata de un poder condicionado y que debe ser ejercido razonablemente por la Administración.

113. Hoy día, tras la proclamación de la Constitución del 26 de enero del año 2010, ese debate pierde interés, ya que la Carta Fundamental del Estado reconoce la potestad sancionadora de la Administración.

114. En efecto, conforme al artículo 40, numeral 17 se dispone que en "el ejercicio de la potestad sancionadora establecida por las leyes, la Administración Pública no podrá imponer sanciones que de manera directa o subsidiaria impliquen privación de libertad".

115. Igualmente, el mismo artículo 40, en su numeral 13, consagra el principio de tipicidad en materia sancionadora al disponer que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa".

116. Como señalé al inicio de este tema, numerosos ordenamientos sectoriales en la República Dominicana contemplan un régimen sancionador administrativo en ámbitos como la intermediación financiera, los mercados de valores, las telecomunicaciones, electricidad, medio ambiente, seguridad social, entre otros.

117. No obstante, algunos de estos regímenes no cumplen las exigencias del Estado Constitucional de Derecho para resultar admisibles, tal como lo constituye el importante ámbito de la administración medioambiental cuyo régimen sancionador es absolutamente deficiente y "se aprecia un imperdonable descuido de la descripción de los tipos penales y administrativos que se pretenden asimilar a conductas antijurídicas" como ha tenido ocasión de señalar con mucha precisión el Magistrado Juan Manuel Guerrero De Jesús.95

118. El ya mencionado anteproyecto de *"**Ley de derechos de las personas en su relación con la Administración y de Procedimiento Administrativo**"* contempla en su articulado, el régimen general aplicable en materia de sanciones administrativas, incorporando y desarrollando los principios de reserva de ley, tipicidad, límites a las sanciones, régimen de prescripción, non bis in ídem, así como los principios y garantías mínimas del procedimiento sancionador

94 Citado por Guerrero, Juan Manuel. CONSTITICIONALISMO DOMINICANO Y POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN. Artículo aparecido en la Revista de Administración Publica No. 5.

95 Artículo citado.

VIII. La función pública

119. El marco normativo de la función pública en la República Dominicana se encuentra conformado por disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias.

120. Conforme a la Carta Sustantiva de la Nación el Presidente de la República, en su condición de jefe de gobierno tiene la facultad de:

— "nombrar los ministros y viceministros y demás funcionarios públicos que ocupen cargos de libre nombramiento o cuya designación no se atribuya a ningún otro organismo del Estado reconocido por esta Constitución o por las leyes, así como aceptarles su renuncia y removerlos"[96] y

— "designar los y las titulares de los órganos y organismos autónomos y descentralizados, así como aceptarles su renuncia y removerlos, de conformidad con la ley"[97]

121. Por otra parte, el artículo 142 de la Constitución dispone que el "Estatuto de la Función Pública es un régimen de derecho público basado en el mérito y la profesionalización para una gestión eficiente y el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado. Dicho estatuto determinará la forma de ingreso, ascenso, evaluación del desempeño, permanencia y separación del servidor público de sus funciones".

122. Asimismo, la Ley sustantiva del Estado consagra un mecanismo de protección del régimen de estabilidad propio del estatuto de función pública basado en el mérito y la profesionalización al disponer que "la separación de servidores públicos que pertenezcan a la Carrera Administrativa en violación al régimen de la Función Pública, será considerada como un acto contrario a la Constitución y a la ley.[98]

123. Estas disposiciones constitucionales en materia de función pública se encuentran desarrolladas, como ya se señaló, a través de normas legales y reglamentarias.

124. En fecha 4 de enero de 2008, el Presidente de la República promulgó la Ley 41-08, que contiene el estatuto de la función pública aplicable a los servidores públicos del Estado, los Municipios y las entidades autónomas.

125. Esta ley dispone que el ejercicio de dicha función estará regido por una serie de principios, como el mérito personal, la igualdad de acceso, estabilidad en los cargos de carrera, equidad retributiva, jus variandi, irrenunciabilidad y tutela judicial,[99] y hace una clasificación de los servidores públicos, en funcionarios o servidores públicos de libre nombramiento y remoción, funcionarios o servidores de carrera, funcionarios o servidores públicos de estatuto simplificado y empleados temporales.[100]

96 Art. 128.2, letra a).

97 Art. 128.2, letra b)

98 Artículo 145 de la Constitución.

99 Artículo 3, de la Ley 41-08.

100 Artículos 18 y siguientes de la Ley 41-08.

126. Asimismo, a parte del régimen de derechos individuales[101] y colectivos[102] de los servidores públicos, la Ley de Función Pública establece el régimen ético y disciplinario que le resulta aplicable a dichos servidores.[103]

127. Una vieja institución del derecho administrativo como lo es la teoría del funcionario de hecho, queda incorporada de manera formal en la legislación administrativa dominicana, a través de la Ley 41-08, que en el párrafo I del Artículo 33, dispone que "todo nombramiento o contratación efectuado sin el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo será nulo sin perjuicio del tiempo que hubiera transcurrido, lo cual no afectará la validez de los actos y actividades efectuados por la persona".

128. La doctrina administrativa dominicana[104] se había referido a la teoría del funcionario de hecho: "Se da el nombre de funcionarios de hecho, o de facto, a las personas que ejercitan todas las atribuciones correspondientes a una función pública con toda la apariencia de tener para ello una completa investidura legal, pero en realidad, con ciertas fallas en esa investidura". Respecto de los efectos jurídicos de estos actos, "la opinión general de los tratadistas, y el criterio de la jurisprudencia, es que a los actos de los funcionarios de hecho debe reconocerse igual validez jurídica que a los actos de los funcionarios regulares".

129. La jurisprudencia dominicana emanada de la Suprema Corte de Justicia con anterioridad a la Ley de Función Pública, había reconocido, **la teoría del funcionario de hecho** señalando que "si bien es cierto que un alguacil suspendido en funciones por una de las causas previstas en la ley debe abstenerse de ejecutar los actos y notificaciones propios de su ministerio mientras esa suspensión perdure, **no es menos cierto que la estabilidad del orden jurídico y el interés general requieren que los efectos de los actos emanados de funcionarios públicos en esa situación, se les reconozca la misma validez que a los actos de los funcionarios regulares, en razón de que no es justo que los particulares sin culpa alguna e ignorantes de la suspensión, se perjudiquen en relación con los actos que le conciernen vinculados con la administración pública, al tener esos funcionarios toda la apariencia de que actuaban regularmente; que este tipo de funcionario público es el que es calificado por el derecho administrativo y la jurisprudencia como funcionario de facto o de hecho, cuyos actos son tenidos por válidos, salvo prueba de concierto fraudulento, de lo que no hay constancia de que ocurriera**".[105]

130. En relación a la Ley de Función Pública, han sido dictado varios reglamentos de aplicación, uno sobre relaciones laborales de la Administración Pública,[106] sobre recluta-

101 Artículos 58 y siguientes de la Ley 41-08.

102 Artículos 67 y siguientes de la Ley 41-08.

103 Artículos 77 y siguientes de la Ley 41-08.

104 Amiama, Manuel A., Prontuario de Legislación Administrativa Dominicana, páginas 149 y 150. El profesor Manuel De Jesús Troncoso de la Concha se había referido a esta teoría señalando que era una de las materias más interesantes del Derecho Administrativo. (Elementos de Derecho Administrativo, página 105).

105 Sentencia de fecha 18 de abril de 2000.

106 Decreto 523-09

miento y selección de personal,[107] sobre evaluación del desempeño y promoción de servidores y funcionarios[108] y otro sobre estructura organizativa, cargos y política salarial.[109]

IX. La responsabilidad administrativa

131. La responsabilidad del Estado y demás entes públicos, así como de sus funcionarios, es una consecuencia de la cláusula del Estado de Derecho que la Constitución proclama.

132. Como ha expresado uno de los grandes maestros del derecho administrativo español, Don Jesús Leguina: "la indemnización expropiatoria y el resarcimiento de daños son los institutos jurídicos básicos que garantizan la integridad patrimonial de los particulares frente a los poderes públicos. Ambos institutos comparten la función de dejar indemnes los patrimonios privados que sean sacrificados o que resulten lesionados por la acción administrativa".[110]

133. Fundamentado en ello, es que los entes públicos deben reparar a las personas por los daños que sufran en su patrimonio derivado de las acciones u omisiones ilegales de la autoridad pública, como también de las que se originen de su actuación licita. Es esta una particularidad del instituto de la responsabilidad de derecho público, ya que al lado de una responsabilidad subjetiva, existe también una responsabilidad objetiva, cuando en los casos de actuación lícita quien sufre la lesión o perjuicio en sus bienes y derechos no tiene la obligación de soportarla.

134. Una voz respetada del derecho administrativo dominicano, la de la Profesora Rosina De La Cruz Alvarado,[111] ha señalado que la responsabilidad del Estado por los daños que cause con su actividad, no ha sido nunca objeto de grandes debates en República Dominicana, lo que atribuye al carácter fuertemente caudillista que desde la fundación de la República, ha tenido, entre nosotros, el ejercicio del Poder Ejecutivo, y de otro lado, al principio de inembargabilidad del Estado.

135. La Ley No. 41-08, de Función Pública, incorpora en la legislación administrativa un régimen general de responsabilidad administrativa en sus artículos 90 y 91:

> **Artículo 90.-** El Estado y el servidor público o miembros del órgano colegiado actuante serán solidariamente responsables y responderán patrimonialmente por los daños y perjuicios causados por la acción u omisión del funcionario actuante. La Jurisdicción Contenciosa Administrativa será competente para conocer de dichos incumplimientos y para establecer las indemnizaciones correspondientes.

107 Decreto 524-09

108 Decreto 525-09

109 Decreto 527-09

110 Discurso pronunciado con motivo del Doctorado Honoris Causa que le otorgó la Universidad Castilla-La Mancha.

111 Revista Estudios Jurídicos, Volumen VII, Número I, Enero-Abril 1997; La Responsabilidad de las Personas Públicas.

> **Artículo 91.-** En los casos en que la persona perjudicada no haya dirigido su acción reclamatoria de daños y perjuicios contra el funcionario responsable, el Estado, condenado a resarcir el perjuicio causado por la gestión dolosa, culposa o negligente de dicho funcionario, podrá ejercer contra éste una acción en repetición. El Procurador General Administrativo podrá, de oficio, ejercer en representación del Estado, la acción en repetición contra el funcionario responsable.

136. Los textos anteriormente transcritos consagran en el derecho administrativo dominicano un régimen de responsabilidad solidaria entre el Estado y el servidor público que por acción u omisión cause un daño a un particular, así como el derecho de repetición en provecho del Estado frente a su funcionario, cuando el daño indemnizado sea el producto de la gestión dolosa, culposa o negligente de éste.

137. La Ley de Registro Inmobiliario consagra un régimen especial de indemnización en provecho de las personas que sin negligencia de su parte y actuando de buena fe, resulten afectados por la aplicación de la Ley.

138. En el ámbito de la administración monetaria y financiera, la Ley 183-02, se consagra también un régimen particular de responsabilidad patrimonial en perjuicio de las autoridades y funcionarios al servicio de dicha administración, cuando autoricen, permitan o de cualquier modo toleren la concesión de financiamiento por parte del Banco Central a entidades públicas o privadas, en violación a la ley, consagrando un sistema de salvamento de voto como forma de liberarse de responsabilidad.[112]

139. La Ley 10-04, que instituye el Sistema Nacional de Control y Auditoría, faculta a la Cámara de Cuentas, órgano de fiscalización externo del Estado, a determinar, mediante acto administrativo, la responsabilidad civil de los servidores públicos en ocasión de la administración de recursos públicos, cuando por acción u omisión causen una lesión al patrimonio público.[113]

140. El nuevo texto constitucional dominicano proclamado el 26 de enero de 2010, incorporó el tema de la responsabilidad de los entes públicos y sus funcionarios en términos parecidos a como lo había hecho el legislador en el año 2008, al dictar la Ley de Función Pública, disponiendo en su artículo 148, lo siguiente:

> **"Responsabilidad civil.** Las personas jurídicas de derecho público y sus funcionarios o agentes serán responsables, conjunta y solidariamente, de conformidad con la ley, por los daños y perjuicios ocasionados a las personas físicas o jurídicas por una actuación u omisión administrativa antijurídica".

141. El texto anteriormente transcrito pone el énfasis en la responsabilidad de tipo subjetiva a propósito de establecer, que en los casos en que los daños y perjuicios que sufra una persona física o jurídica obedezca a una acción u omisión antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico del Estado que subordina la actuación de los funcionarios públicos, éstos deben responder de manera solidaria con el ente público del que formen parte. Es decir, la victima del daño tiene dos patrimonios con los que cobrar el

112 Artículo 6, letra d), de la Ley 183-02.

113 Artículos 45 y siguientes.

perjuicio sufrido: el del ente público y el del funcionario que dolosa o imprudentemente ocasiono el perjuicio.

142. El hecho de que la Constitución solo contemple una situación de responsabilidad subjetiva, no significa que en el texto fundamental se excluya la responsabilidad objetiva derivado del sacrificio especial impuesto a un particular por una decisión lícita de los órganos que conforman los entes públicos, y que este no tiene el deber de soportar, pues el mismo encuentra fundamento en otros principios de raigambre constitucional, como el de la igualdad ante la ley y el de igualdad ante las cargas públicas. Obviamente, en los casos de responsabilidad objetiva los funcionarios públicos no responderán de manera solidaria con el ente público ya que esto queda circunscrito, por razones obvias, a los casos de responsabilidad subjetiva.

X. Bienes públicos

143. El marco jurídico administrativo de la República Dominicana reconoce en lo que respecta a los bienes públicos, a los bienes del dominio público y a los bienes del dominio privado.

144. La distinción entre uno y otro es que, los bienes del dominio público, al estar permanentemente afectados al uso público o de los servicios públicos, se caracterizan por no ser enajenables y son además imprescriptibles; mientras que los bienes del dominio privado son prescriptibles y pueden ser enajenados de conformidad a los procedimientos constitucionales y legales.

145. La base para la distinción desde el punto de vista de su enajenación o no, se encuentra directamente en la Constitución de la República, que al describir las atribuciones del Congreso Nacional señala que existen unos bienes estatales que están sujetos a conservación y fructificación, y otros, los del dominio privado que pueden ser enajenados.[114]

146. La identificación de los bienes del dominio público en la legislación adjetiva parte de los artículos 538 y siguientes del Código Civil, que contiene una enumeración que ha sido objeto de crítica en la doctrina administrativa dominicana, entre otras razones porque deja sin delimitación ciertas zonas del dominio público que no poseen delimitación propia, como las orillas del mar; incluye como bienes de esa naturaleza bienes que en realidad forman parte de su dominio privado, como es el caso de los bienes en desherencia y vacantes; y finalmente, reconoce como enajenables y prescriptibles bienes que declara como dominio público.[115]

147. Algunas leyes administrativas identifican, en adición al Código Civil, bienes del dominio público. Es el caso, entre otras, de la Ley sobre Vías de Comunicación de 1938, y la Ley sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales No. 64-00, del año 2000, que establece los bienes del dominio público marítimo terrestre.

148. La Ley 176-07, del Distrito Nacional y los Municipios, por su parte hace una clasificación de los bienes que conforman el patrimonio de los entes locales, semejante a la

114 Artículo 93.2, letra b).

115 Amiama, Manuel A. Ob. Cit. páginas 166-167.

ya expuesta más arriba, con la única diferencia de que, siguiendo la terminología española, denomina a los bienes del dominio privado como bienes patrimoniales.

149. El artículo 179 de la Ley 176-07, señala que son bienes de uso público local, los caminos y carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general. Asimismo, califica como bienes de servicio público los destinados al cumplimiento de servicios públicos de responsabilidad del ayuntamiento, tales como palacios municipales y en general, edificios que sean sede del mismo, mataderos, mercados, hospitales, hospicios, museos y similares, y finalmente, los espacios destinados a áreas verdes en las urbanizaciones.

150. En lo que respecta, a la enajenación de los bienes del dominio privado del Estado y los entes locales, ambos se encuentran sujetos a requisitos constitucionales. En el caso del Estado, ya se ha referido en otra parte de este trabajo, que requieren la aprobación del Congreso Nacional cuando supere determinado valor; y en lo que respecta a los de los inmuebles del Distrito Nacional y los Municipios, necesitan la autorización del Poder Ejecutivo.

XI. La discrecionalidad administrativa

151. En la doctrina administrativa dominicana el Prof. Manuel A. Amiama, al analizar el tema del acto administrativo desde el punto de vista de su relación con la ley, señalaba lo siguiente:

> "Desde el punto de vista de su relación con la ley, se clasifican en actos reglados y actos discrecionales. Acto discrecional es el que se produce cuando la Administración ejercita una facultad que le otorga la ley para obrar libremente. Acto reglado es el que está determinado en todos sus aspectos por una norma legal".

152. Como se advierte del anterior concepto, el acto discrecional conlleva un margen de libertad que el legislador deja en manos de la Administración, no fijando por adelantado todos los aspectos relativos al acto de que se trate.

153. En la legislación administrativa dominicana, como es en prácticamente todo el mundo, reconoce ese espacio de libertad para el administrador público, pues este no es un autómata o un robot, necesita margen de libertad para valorar en cada caso, ante varias alternativas, cual es la más conveniente al interés público.

154. La Ley 1494, de 1947, al instituir en la República Dominicana la jurisdicción contenciosa administrativa consagró el control de los actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional, incluyendo los casos de desviación de poder, es decir, cuando el funcionario público competente hace uso de la facultad fundado en motivos ajenos a los propósitos de interés público en virtud de la cual se confiere esa facultad.

155. La Suprema Corte de Justicia, en sentencia de fecha 20, del mes de mayo del año 1957 (B.J. 562, p. 990), se ha referido al alcance de los poderes del juez en materia de control de actos administrativos resultantes del ejercicio de la potestad discrecional:

> "Es de principio en la materia contencioso-administrativa, que cuando los funcionarios u organismos administrativos están investidos, como en el presente caso, de una facultad discrecional, el hecho de que se produzca

> un recurso contra una decisión de tales funcionarios u organismos en la materia de que se trate, no transfiere a los órganos jurisdiccionales a que se recurra esa facultad discrecional; que el poder de anular o modificar las decisiones administrativas causantes de estado y de sustituir esas decisiones por otras, en los casos de recursos bien fundados, solo existe en los órganos jurisdiccionales cuando se trata del ejercicio por los funcionarios u órganos administrativos de facultades regladas por la ley".

XII. El control judicial de la Administración: contencioso-administrativo y otros modos de solución de controversias, en especial los arbitrajes

156. En la República Dominicana, es a partir del año 1947 que se establece un órgano jurisdiccional de alcance nacional e instancia única, denominado Tribunal Superior Administrativo, encargado de conocer las controversias que surjan entre las personas y la administración, por los actos administrativos que emita y los contratos administrativos que suscriba.

157. El modelo de justicia administrativa contenido en la Ley 1494, de 1947, es el de justicia retenida, ya que los jueces del Tribunal Superior Administrativo serían designados por el Poder Ejecutivo, y sus decisiones no se encontraban sujetas al control de casación por parte de la Suprema Corte de Justicia. En otras palabras, el Tribunal Superior Administrativo no era un tribunal del orden judicial,[116] por lo que es a partir del pasado año 2007,[117] con la promulgación de la Ley 13-07, cuando la universalidad de las actuaciones de la administración pública son controladas por un órgano jurisdiccional ubicado institucionalmente en el ámbito del Poder Judicial, como lo era el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, hoy denominado Tribunal Superior Administrativo por disposición expresa de la Constitución del año 2010.

158. La Ley 1494, de 1947, siguiendo el modelo de la Ley Española de Santamaría de Paredes de 1888, establece los requisitos para que las personas puedan interponer los recursos contenciosos administrativos por ante el Tribunal Superior Administrativo, con excepción de la impugnación de los actos discrecionales, por desviación de poder, que el régimen dominicano, a diferencia del español, consagró de forma expresa.

116 Estas funciones jurisdiccionales le fueron traspasadas en el año 195 , a la Cámara de Cuentas de la República, que es el órgano constitucional de control financiero externo del Estado, cuyos miembros propone al órgano que designa, que es el Senado de la República.

117 Es importante aclarar varias cosas. Desde el año 1954, las decisiones de la Cámara de Cuentas, en funciones de Tribunal Superior Administrativo, eran susceptibles de Recurso de Casación ante la Suprema Corte de Justicia. Asimismo, el Código Tributario contenido en la Ley 11-92, creó el Tribunal Contencioso Tributario, que forma parte del Poder Judicial, encargado de conocer las controversias entre los contribuyentes y los órganos de la administración tributaria. Asimismo, mediante una Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del año 1999, se otorgó competencia a los juzgados de primera instancia, para conocer de los recursos de amparo frente a actos de la administración que vulneren derechos fundamentales de las personas, constituyendo este recurso un mecanismo a través del cual se obtenían las medidas cautelares frente a la administración.

159. La Ley 13-07, denominada como *"Ley de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Administración"*, constituyó una reforma trascendental para la efectiva protección de los derechos de las personas y el fortalecimiento del Estado de Derecho en la República Dominicana, ya que puso a cargo de órganos jurisdiccionales ubicados en el Poder Judicial el control contencioso administrativo,[118] y de los recursos de amparo frente a los actos de las autoridades públicas que vulneren derechos fundamentales;[119] eliminó el requisito de la obligatoriedad de agotar la vía administrativa para acceder a la justicia administrativa, convirtiendo los recursos administrativos en potestativos para el ciudadano afectado;[120] y amplió el radio de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, para extenderla a las acciones en materia de responsabilidad patrimonial de las entidades públicas y sus funcionarios, los casos de vías de hecho administrativa, de expropiación forzosa, así como del control de los actos de las personas públicas no estatales, de manera específica, de las Corporaciones Profesionales cuando actúen investidas de prerrogativas de poder público.[121]

160. Es importante resaltar que esa reforma legislativa, procuró, además, la efectividad de las decisiones de la justicia contenciosa administrativa,[122] haciendo efectivo el derecho fundamental a la tutela cautelar, al establecer un adecuado sistema de medidas cautelares[123] a cargo del Presidente del Tribunal, las que pueden ser solicitadas aún antes

118 Estos órganos jurisdiccionales son el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, y los Juzgado de Primera Instancia, que conocen del contencioso administrativo municipal.

119 **Artículo 1.- Traspaso de Competencias**. Se dispone que en lo sucesivo las competencias del Tribunal Superior Administrativo atribuidas en la Ley No. 1494, de 1947, y en otras leyes, así como las del Tribunal Contencioso Administrativo de lo Monetario y Financiero, sean ejercidas por el Tribunal Contencioso Tributario instituido en la Ley 11-92, de 1992, el que a partir de la entrada en vigencia de la presente ley se denominará Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo.

120 **Artículo 4.- Agotamiento facultativo vía Administrativa**. El agotamiento de la vía administrativa será facultativo para la interposición de los recursos, contencioso administrativo y contencioso tributario, contra los actos administrativos dictados por los órganos y entidades de la administración pública, excepto en materia de servicio civil y carrera administrativa.

121 Párrafo del Artículo 1 de la Ley 13-07.

122 Hay que reconocer que la Cámara de Cuentas en funciones de Tribunal Superior Administrativo otorgó medidas cautelares en el curso de la instrucción de procedimientos contencioso administrativo, a pesar de que no existía un texto que de forma expresa las previera. En una sentencia del 10 de septiembre del año 2002, señaló que "es de principio que para que la suspensión provisional de la ejecución de un acto administrativo tenga lugar es necesario la reunión de los siguientes elementos: 1) que el acto impugnado sea ejecutorio por su propia naturaleza; 2) que su ejecución sea susceptible de causar al solicitante de la suspensión perjuicios graves; 3) que los motivos en que se apoya la solicitud de suspensión tengan carácter de seriedad".

123 **Artículo 7.- Medidas Cautelares**. El recurrente podrá solicitar, en cualquier momento del proceso, por ante el Presidente del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de una eventual sentencia que acoja el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario. Esta petición se someterá mediante instancia separada del recurso principal. Una vez recibida, el Presidente del Tribunal, o el de una de sus Salas que designe mediante auto, convocará a las partes a una audiencia pública que celebrará dentro de los cinco (5) días siguien-

de la interposición del recurso contencioso administrativo,[124] las solicitudes de adopción de medidas cautelares que sean interpuestas frente a los actos administrativos de naturaleza sancionadora producen un efecto suspensivo sobre el acto sancionador; y, en adición, la demanda en suspensión de ejecución de sentencia interpuesta ante la Suprema Corte de Justicia, contra las decisiones adoptadas por el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo o el Presidente o de una de sus salas en materia de medidas cautelares, no tienen efecto suspensivo.[125]

161. Un aporte importante realizado por la jurisprudencia, mucho antes de ser dictada la Ley 13-07, lo constituyó la declaratoria de inconstitucionalidad del solve et repete, como requisito de admisibilidad del recurso contencioso administrativo. El primero en pronunciarse al respecto, por vía de excepción, lo fue el Tribunal Contencioso Tributario.[126] Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia, en funciones de control concentrado de constitucionalidad expulsó del ordenamiento jurídico los artículos del Código Tributario que contenían la exigencia del previo pago.[127]

162. En adición al control jurisdiccional de la administración, a través del contencioso administrativo y de los recursos de amparo, a cargo del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, hoy Tribunal Superior Administrativo, los actos normativos del Poder

---

tes, a los fines de escuchar sus argumentos y conclusiones, debiendo fallar el asunto en un plazo no mayor de cinco (5) días.

Párrafo I. Requisitos para la adopción de Medidas Cautelares. El Presidente del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, o el de una de sus Salas, adoptará la medida cautelar idónea siempre que: (a) Pudieran producirse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la sentencia; (b) De las alegaciones y documentos aportados por el solicitante, sin prejuzgar el fondo del asunto, parezca fundada la pretensión; y (c) No perturbare gravemente el interés público o de terceros que sean parte en el proceso. Si de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios podrá exigirse la constitución de una garantía o acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. En este caso la medida cautelar adoptada no se llevará a efecto hasta que se acredite el cumplimiento de la garantía.

124 **Párrafo IV, del Artículo 7. Medidas cautelares anticipadas**. Las medidas cautelares podrán ser solicitadas al Presidente del Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo, antes de iniciarse el proceso contencioso administrativo. En caso de que la medida cautelar sea concedida, el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario deberá presentarse en el plazo previsto en esta ley; de lo contrario, se ordenará su levantamiento y se condenará a la parte solicitante al pago de las costas. En caso de que el administrado haya interpuesto recurso en vía administrativa el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo o contencioso tributario, a los fines de este párrafo, se computa a partir del momento en que se haya agotado la vía administrativa.

125 En la práctica judicial dominicana esta previsión de la Ley 13-07, ha sido de capital importancia, ya que el Tribunal Contencioso Tributario y Administrativo juzga en instancia única, y un mecanismo al que con frecuencia acudía la autoridad para hacer inefectiva la tutela judicial conferida al beneficiario de la decisión, era recurrir de manera inmediata, en casación, la sentencia y demandar, al mismo tiempo, la suspensión de la ejecución, con cuya notificación automáticamente quedaba suspendida en virtud del artículo 12 de la Ley de Procedimiento de Casación dominicana.

126 Sentencia del 9 de enero de 1988.

127 Sentencia del 10 de mayo de 2006.

Ejecutivo y de las demás autoridades públicas, se encuentran sujetos al control concentrado de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional.[128]

163. La Constitución de la República Dominicana proclamada en el año 2010, le da un respaldo importante a la jurisdicción contenciosa administrativa al incorporarla directamente en su texto,[129] y previendo, a diferencia del régimen actualmente vigente, un doble grado de jurisdicción, encontrándose pendiente, a finales del año 2011, el conocimiento por parte del Poder Legislativo de la nueva ley que regulará la materia.

164. Por otra parte, desde el punto de vista de control de la actividad administrativa de los entes públicos, la Constitución de la República en su artículo 220, reconoce la figura del arbitraje para dirimir controversias con los entes públicos:

> "el Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes. Pueden también someterlas a arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley".

165. En la Ley 489-08, sobre Arbitraje Comercial de la República Dominicana, se recogen disposiciones específicas en materia de representación del Estado en los litigios arbitrales.[130] Ya hemos señalado anteriormente en este trabajo, que en materia de contratos administrativos la ley de contratación pública reconocía desde el año 2006, la posibilidad de arbitraje para solucionar los conflictos que se presentarán en la materia.

XIII. Otras técnicas de control de la Administración

166. La Administración pública en la República Dominicana está sujeta a otros controles, como lo constituyen, el control legislativo y el control financiero.

167. En efecto, el ordenamiento constitucional dominicano pone a cargo del Poder Legislativo atribuciones en materia de fiscalización y control,[131] en ámbitos como la aprobación y rechazo del estado de recaudación e inversión de las rentas, examen anual de todos los actos del Poder Ejecutivo, la citación de los ministros y de los titulares de los organismos autónomos.

168. Asimismo, al Poder Legislativo le compete aprobar los contratos que celebre la administración cuando contengan disposiciones relativas a la afectación de las rentas nacionales, a la enajenación de bienes del Estado, al levantamiento de empréstitos o cuando estipulen exenciones de impuestos en general, cuando exceden en su valor de doscientos salarios mínimos del sector público.[132]

169. En lo que respecta al control financiero, la Carta Fundamental del Estado dispone en su artículo 246 que "el control y fiscalización sobre el patrimonio, los ingresos, gas-

128 Art. 185 de la Constitución.

129 Artículos 164 a 167.

130 Artículo 5 de la Ley.

131 Artículo 93.2

132 Artículo 128.2, letra d), de la Constitución.

tos y uso de los fondos públicos se llevará a cabo por el Congreso Nacional, la Cámara de Cuentas,[133] la Contraloría General de la República,[134] en el marco de sus respectivas competencias y por la sociedad a través de los mecanismos establecidos en las leyes".

133 La Cámara de Cuentas es el órgano de control financiero externo del Estado. Su régimen básico figura en la Constitución en los artículos 248 al 250.

134 La Contraloría General de la República es el órgano de control interno, dependiente del Poder Ejecutivo, aunque posee atribuciones propias que la Constitución le confiere en el artículo 247.

El libro que el lector tiene en sus manos es la primera obra que estudia la disciplina del Derecho Administrativo desde la óptica centroamericana y dominicana. Sólo por eso, los coordinadores: José Antonio Moreno Molina y Karlos Navarro; y, los autores de este gran proyecto editorial deberían ser felicitados efusivamente. Pero es que, además, la calidad del libro, la brillantez de sus profesores y el sistema y metodología empleados acreditan un trabajo pionero y sólido desde todos los puntos de vista.

Por ello, quiere empezar estas breves líneas manifestando públicamente mi más cordial felicitación a los profesores, y amigos, Karlos Navarro, Ernesto Jinesta, Henry Mejía, Edmundo Orellana, Carlos Gasnell y Olivo Rodríguez Huerta. Gracias a ellos la región cuenta desde ahora con un manual en el que se exponen los fundamentos, historia y principales instituciones del Derecho Administrativo de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Dominicana.

Jaime Rodríguez-Arana

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Miembro la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya

ISBN 978-99924-21-41-9