# TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO CENTROAMERICA Y MÉXICO

**PRESENTACIÓN:** JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ

**PRÓLOGO:** JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

TOMO

# II

## DERECHO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

HENRY MEJÍA - EDMUNDO ORRELLANA
KARLOS NAVARRO MEDAL - ERNESTO JINESTA LOVO
CARLOS GASNELL ACUÑA - TERESITA RENDÓN HUERTA BARRERA

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIO SUPERIORES
IIES
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODÍA
"Universitas Graecorum"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA

# TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO CENTROAMERICA Y MÉXICO

**PRESENTACIÓN:** JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ
**PRÓLOGO:** JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

TOMO

# II

## DERECHO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

HENRY MEJÍA - EDMUNDO ORRELLANA
KARLOS NAVARRO MEDAL - ERNESTO JINESTA LOVO
CARLOS GASNELL ACUÑA - TERESITA RENDÓN HUERTA BARRERA

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES
IIES
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODÍA
"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: 978-99924-21-26-0

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

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

# Índice general

PRESENTACIÓN ..... 9
Por Jorge Fernández Ruiz

PRÓLOGO ..... 13
Por Jesús González Pérez

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR ..... 25
Por Henry Alexander Mejía

1.1. Origen del sistema contencioso administrativo ..... 25
1.2. Surgimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador ..... 27
1.3. Composición de la Sala de lo Contencioso Administrativo ..... 29
1.4. Objeto y ámbito de aplicación la jurisdicción contenciosa administrativa ..... 31
1.5. Competencias atípicas de la Sala de lo Contencioso Administrativo ..... 36
1.6. Exclusiones ..... 36
1.7. El Proceso Contencioso Administrativo ..... 42
1.8. Los sujetos del proceso contencioso administrativo ..... 47
1.9. Actos de desarrollo del proceso contencioso administrativo ..... 60
1.10. Terminación del procedimiento ..... 62
1.11. Ejecución de la sentencia ..... 65
1.12. El proceso de lesividad ..... 67
1.13. Reflexiones finales ..... 69
Bibliografía ..... 70

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN HONDURAS ..... 73
Por Edmundo Orellana

2.1. Antecedentes ..... 73
2.2. Objeto de la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ..... 74

2.3. Características de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo 75
2.4. Conflictos jurisdiccionales ..... 77
2.5. Materias incluidas ..... 78
2.6. Materias excluidas ..... 79
2.7. El Órgano jurisdiccional ..... 79
2.8. Las partes ..... 80
2.9. Actos impugnables ..... 82
2.10.La pretensión Contencioso-administrativa ..... 85
2.11.Procedimiento ordinario ..... 88
2.12.Terminación del proceso ..... 95
2.13.Ejecución de la sentencia ..... 99
2.14.Los procedimientos especiales..... 101
2.15.Los recursos ..... 103
Bibliografía ..... 104

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA ..... 105

Por Karlos Navarro

3.1 Introducción..... 105
3.2 Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350 ..... 108
3.3 Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo..... 111
3.4. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa ..... 113
3.5 Competencia ..... 118
3.6. Principios del proceso ..... 119
3.7. Las partes del proceso contencioso-administrativo..... 121
3.8. Objeto del proceso ..... 130
3.9. Acumulación de acciones ..... 136
3.10. El proceso contencioso-administrativo ..... 138

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA ..... 175

Por Ernesto Jinesta Lobo

4.1. Introducción..... 175
4.2. Adecuación de la justicia administrativa al paradigma constitucional ..... 177

4.3. Ampliación de la esfera de control: supresión de reductos exentos ..... 178
4.4. Control y reducción de la discrecionalidad ..... 179
4.5. Ampliación de la capacidad y la legitimación: reconocimiento de la acción popular ..... 180
4.6. Medidas cautelares positivas ..... 181
4.7. Agotamiento facultativo de la vía administrativa ..... 182
4.8. Requerimiento previo en la impugnación de las omisiones ..... 183
4.9. Plazos abiertos para la impugnar las diversas manifestaciones de la función administrativa ..... 184
4.10. Pretensiones ..... 184
4.11. Proceso unificado ..... 185
4.12. Proceso de trámite preferente ..... 187
4.13. Conciliación intra-procesal ..... 189
4.14. Oralidad y proceso por audiencias ..... 189
4.15. Procesos excepcionales sin juicio oral y público o sin audiencia 194
4.16. Extensión judicial a las partes principales de lo resuelto en vía administrativa para terceros ..... 194
4.17. Cumplimiento de la conducta omitida ..... 195
4.18. Tipología de las sentencias estimatorias ..... 196
4.19. Actualización o indexación de las obligaciones pecuniarias ..... 198
4.20. Efectos de la nulidad de un acto administrativo de alcance general y "dimensionamiento" de los efectos de la sentencia ..... 198
4.21. Apelación tasada ..... 199
4.22. Flexibilización de la casación y casación en interés del ordenamiento jurídico ..... 200
4.23. Cuerpo de jueces de ejecución ..... 200
4.24. Multas coercitivas ..... 201
4.25. Ejecución sustitutiva de la sentencia por el juez de ejecución ... 201
4.26. Sentencia estimatoria y presupuestos públicos ..... 202
4.27. Embargo de bienes del dominio fiscal y algunos del dominio público ..... 203
4.28. Disconformidad con el ordenamiento jurídico de toda conducta administrativa que no se ajuste a la sentencia y su impugnación en fase de ejecución ..... 204
4.29. Reiteración de la conducta administrativa ilegítima en contra de una condenatoria ..... 205
4.30. Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros ..... 205

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PANAMÁ ..... 207

Por Carlos Gasnell Acuña

5.1. Introducción..... 207
5.2. Aspectos generales ..... 210
5.3. Aspectos Históricos y Evolución del Contencioso Administrativo en Panamá ..... 212
5.4. El Procedimiento Administrativo..... 214
5.5. El Contencioso Administrativo ..... 220
5.6. Los Recursos de Plena Jurisdicción y Nulidad ..... 222
5.7. Las Medidas Cautelares..... 224
5.8. El Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción ..... 229
5.9. La sentencia ..... 243
5.10. El Contencioso Administrativo de Nulidad..... 244
5.11. El Contencioso de Apreciación de Validez ..... 247
5.12. El Contencioso de Interpretación ..... 248
5.13. La Acción de Reparación Directa..... 249
5.14. Los temas pendientes de revisión y reforma..... 250
Bibliografía ..... 254

LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE EN MATERIA ADMINISTRATIVA 255

Por Teresita Rendón Huerta Barrera

Introducción. ..... 255
6.1. La tutela judicial efectiva en materia administrativa en el contexto de los derechos humanos. ..... 257
6.2. Elementos de la tutela judicial efectiva en materia administrativa y derechos del justiciable. ..... 262
6.3. Los derechos del justiciable y la pretensión en el proceso administrativo. ..... 263
6.4. Conclusiones ..... 270

# PRESENTACIÓN

Durante siglos el Estado se negó a someterse al derecho, prueba de ello fue la existencia secular del estado absolutista y autocrático de las monarquías europeas de los siglos XVI a principios del XIX, mas el Estado moderno habrá de caracterizarse por su tendencia a sujetarse al derecho, como ocurrió en Inglaterra a partir de la llamada gran revolución (1688) y en Francia, a partir de su célebre revolución (1789), sometimiento de los actos del Estado al derecho que se produjo a través de tres sistemas diferentes: el de la sujeción parcial de la actuación del Estado, desarrollado al abrigo de la teoría del fisco; el del sometimiento total de la actividad del Estado a la ley común (*common law*), o sea, sin un orden normativo especial, realizado al amparo del *rule of law*; y el de la sujeción total de la actividad estatal a los dictados del derecho, pero con ciertas prerrogativas para el Estado, instrumentado a través del régimen de derecho administrativo.

Desarrollada durante la etapa del Estado gendarme, la teoría del fisco retoma la figura jurídica romana del *fiscus,* situada al lado del emperador, propietaria de bienes utilizados para lograr los fines del Estado, que gozaba de privilegios especiales; en el derecho alemán de la época del Estado gendarme, el fisco es la caja que recauda las multas, las confiscaciones, los tesoros descubiertos y demás bienes y recursos percibidos en ejercicio del derecho de supremacía, destinados a los fines patrimoniales; de esta suerte, el fisco es reconocido, antes que el Estado, como persona jurídica, por lo que, al reconocerse también al Estado el carácter de persona, se llega a la antesala de la teoría de su doble personalidad que cobraría auge ya en la etapa del Estado intervencionista.

En los términos de la teoría del fisco, éste al administrar su patrimonio se somete al derecho ordinario, por lo que se sujeta a la ley; el Estado, en cambio, carece de patrimonio, pero está investido del imperio, de la potestad, de la autoridad del poder público; el fisco es un súbdito más, a la manera de un sujeto privado ordinario, al que el Estado le impone cargas.

A la luz de la teoría del fisco, los actos del poder público eran de dos tipos: los realizados por el Estado –carente de personalidad jurídica–al margen del derecho, en ejercicio de su potestad, y los efectuados por el fisco –quien tenía personalidad jurídica--, con sujeción al derecho; lo que permitía al Estado expropiar y al fisco obligaba a pagar. Mas, la teoría del fisco enfrentó una crisis que no pudo resolver, al atribuirse personalidad jurídica al Estado; lo cual propició el surgimiento de la infundada teoría de la doble personalidad del Estado actualmente desechada.

El jurista inglés Albert Veun Dicey, en su libro *Introducction to the study of the Law of the Constitution*, publicado en 1885, emplea la expresión *rule of law* para enfatizar el imperio de la ley y el principio de legalidad, merced al cual, en los países anglosajones, la administración pública de su época no disfrutaba de ninguna prerrogativa, pues estaba sujeta al derecho común, por cuya razón los británicos carecían de derecho administrativo, y no podrían tenerlo mientras su administración estuviere desprovista de privilegios legales, habida cuenta que las relaciones de ésta con los administrados habrían de regirse por el derecho común, lo que impedía comparar el derecho administrativo con rama alguna del derecho del Reino Unido.

Usaba el profesor Dicey la locución *rule of law* para caracterizar la sujeción del Estado al derecho común en el sistema ingles y contrastarlo con el régimen administrativo francés, que somete al Estado a un derecho distinto al común, conformado con principios propios, habida cuenta que el derecho administrativo francés confiere un conjunto de prerrogativas a la administración pública.

Es de observarse que la evolución del *rule of law* permite, desde hace décadas, hablar de un derecho administrativo ingles y disminuye, además, sus diferencias con los regímenes de derecho administrativo, como son los de Francia y de Alemania.

En el régimen de derecho administrativo, también se da la sujeción total de la actividad estatal a los dictados del derecho, pero con ciertas prerrogativas para el Estado, así, en el sistema francés, que sirve de modelo a todos los que adoptan ese régimen, se advierte la existencia de un derecho especial aplicable a la administración pública. Se trata de todo un ordenamiento jurídico propio de la administración pública, no de un conjunto de preceptos de excepción al derecho común, pues el derecho administrativo es un derecho autónomo paralelo al derecho ordinario.

Entre las prerrogativas que el régimen de derecho administrativo confiere a la Administración pública, destacan las de expedir leyes en sentido material, que no otra cosa son los reglamentos, merced a la facultad reglamentaria de que se inviste a quien jefatura la administración pública; formular declaraciones con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos, así como ejecutarlas sin intervención de la autoridad judicial, gracias a la facultad que la doctrina denomina de autotutela; celebrar actos bilaterales de tipo contractual con los privilegios inherentes a su condición jurídica, con arreglo a una relación preestablecida de derecho público o a supuestos previstos para regular tal relación en aras del interés público; utilizar la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones; imponer sanciones a los administrados cuando infringen el ordenamiento administrativo.

Empero, así como confiere prerrogativas a la administración pública, también le impone restricciones, como la de reducir su actuación a lo que la ley le autoriza a hacer; la de sujetar su actuación a procedimientos formales y trámites precisos, para garantizar su legalidad, su imparcialidad y la igualdad de trato a los administrados; la del control presupuestal de su actividad por parte del poder legislativo, mediante la aprobación del presupuesto al que debe sujetar su gasto; el control contable y financiero de su actuación a través de la revisión de la cuenta pública practicada por el tribunal de cuentas u órgano de fiscalización superior, sin perjuicio del autocontrol a que se someta la propia administración pública; y especialmente la del control jurisdiccional de su actuación mediante el tribunal contencioso-administrativo o por medio de los órganos judiciales ordinarios cuando se somete al derecho ordinario.

La función jurisdiccional es una de las funciones primarias del Estado, conocida desde los tiempos de Pericles y de Sócrates, cuyo ejercicio se traduce en la declaración unilateral de un órgano del poder público que resuelve una controversia planteada entre dos partes contrapuestas, y genera consecuencias jurídicas concretas y personales, en aras de preservar el orden jurídico.

La competencia para conocer y resolver las controversias suscitadas entre la administración pública y los particulares en materia administrativa puede asignarse a tribunales ubicados fuera del ámbito del Poder Judicial e independientes de la administración pública activa –para dar paso a la justicia contenciosa administrativa--, como ocurre en el modelo francés de jurisdicción administrativa que ha sido adoptado con mayor o menor fidelidad en diversos países, o bien, encomendarse a tribunales insertos en el Poder Judicial.

La justicia contenciosa administrativa se imparte a través de órganos jurisdiccionales que no dependen del Poder Judicial ni del Poder Ejecutivo de la administración pública y, por tanto no están subordinados a la administración pública cuya actuación van a juzgar en el proceso contencioso administrativo, de ahí que se constituya en un instrumento de defensa de los particulares contra la indebida actuación de la administración pública.

La jurisdicción contenciosa administrativa ha sido aceptada en la región centroamericana donde se ha establecido con influencia del sistema francés, en aras de incrementar los mecanismos de protección de los particulares contra la indebida actuación de la administración pública, en un sistema de justicia administrativa que se complementa con el recurso en sede administrativa.

Cinco prestigiados juristas administrativistas centroamericanos: Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, bajo la coordinación del tercero y cuarto de ellos, sumaron sus esfuerzos académicos para conformar esta obra "Justicia Contenciosa Administrativa en Centroamérica" que presente una visión integral de la justicia contenciosa administrativa en sus respectivos países: El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

El libro que el lector tiene en sus manos da testimonio del proceso de desarrollo y perfeccionamiento del derecho administrativo y del derecho procesal administrativo, y de su inserción en el contexto de globalización de estas disciplinas jurídicas al impulso de jóvenes y talentosos juristas que tienen el común propósito de contribuir a la equidad de la justicia y al imperio del derecho.

Jorge Fernández Ruiz
Catedrático de Derecho Administrativo de la UNAM

# PRÓLOGO

*I*

Desde que, a edad muy temprana, me dediqué al estudio, aplicación práctica y enseñanza del Derecho administrativo, me preocupe especialmente por la eficacia de las vías para la plena sujeción al Ordenamiento de los hombres a los que se confía el gobierno y la administración, y, en lugar destacado, por la institución que la experiencia ha demostrado ser la única que puede hacerlo posible, la procesal, el proceso administrativo. Por lo que, una de las mayores satisfacciones de mi larga vida de jurista, la tuve el día que me llamó el Ministro de Justicia para encargarme que redactara el anteproyecto de la que sería Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1.956.

Esta preocupación mía por los temas de Justicia administrativa se proyectó fuera del Ordenamiento jurídico español en los Ordenamientos de los pueblos hermanos de América. No por el interés que pueda ofrecer el Derecho comparado. Fue una vocación hispanista que tuve desde niño. Fue la convicción de que la existencia de una comunidad hispánica supone la existencia de una idea de la vida que debe plasmar en las distintas normas de los pueblos que la integran, no solo en aquellas de sus normas que, por estar más vinculadas a la vida íntima del pueblo, reflejan mejor el espíritu común, sino también en aquellas otras que, por su carácter más técnico y formal, se encuentran más alejadas de ese vivir íntimo; en éstas como en aquellas deben encontrarse los mismos principios de Derecho, la expresión de cómo un conjunto de pueblos entiende y realiza el Derecho natural para regular sus relaciones. Así lo expresaba en uno de mis primeros trabajos, que tenía por objeto precisamente, el estudio de uno de los proyectos de Ley nacional argentina reguladora del contencioso-administrativo: el que fue sancionado por el Congreso Nacional el 30 de septiembre de 1.948, vetado por el Ejecutivo el 15 de octubre siguiente.

Desde entonces he seguido con todo interés la evolución de la legislación y la doctrina de los distintos pueblos, he intervenido en la elaboración de algunas de las Leyes y he publicado trabajos, algu-

nos de considerable extensión sobre algunos de ellos. Es, sin duda el Ordenamiento mejicano el que en mayor medida ha atraído mi atención; llegando a tener la osadía de enfrentarme con la compleja normativa que iba apareciendo en los Estados, y construir un Sistema de Derecho procesal administrativo mejicano. El prólogo de la primera edición del Derecho procesal administrativo mexicano (aparecido en 1.988), que me hizo el honor de hacer Héctor Fix-Zamudio, concluía así:

> "Puedo, ahora sí, congratularme en nombre de los estudiosos mexicanos, por contar con un estudio panorámico pero al mismo tiempo profundo del derecho procesal administrativo, que hemos deseado y esperado durante tanto tiempo, y expreso nuestra gratitud a Jesús González Pérez por culminar de manera tan brillante sus esfuerzos de tanto años durante los cuales ha demostrado su interés y su cariño por el derecho y por los juristas mexicanos".

Para las ediciones 2ª (1.997) y tercera (2009) conté con la colaboración de José Luis Vázquez Alfaro. Y con ella conté para la preparación del libo Derecho procesal federal, cuya primera edición apareció en 2007.

Aparte de los estudios concretos sobre alguno de los Ordenamientos, he intentando también el estudio comparativo de todos ellos. Ya en mi Derecho procesal administrativo dedicaba el capítulo primero del Título sobre Derecho comparado al "Derecho procesal administrativo de los pueblos hispánicos" y en 1.985, Editorial Temis publicó el libro Derecho procesal administrativo hispanoamericano.

Durante muchos años estuve madurando la idea de que los administrativistas hiciéramos respecto del contencioso-administrativo lo que habían hecho los procesalistas respecto del proceso civil: un modelo de reglamentación que pudiera servir de punto de referencia a los legisladores de las distintas Naciones que integran la Comunidad iberoamericana. Cuando expuse esta idea en la reunión del Instituto Iberoamericano de Derecho administrativo celebrada en Madrid en 2002, fue aceptada por unanimidad. Y me encargaron que redactara un anteproyecto, que sirviera de base para que los miembros del Instituto y Cualquiera otros que tuvieran preocupación por los problemas de la Justicia administrativa pudieran hacer las observaciones y sugerencias que creyeran oportuno, a fin de tenerlas en cuenta al procederse, en reuniones sucesivas, a redactar el texto

definitivo del modelo de reglamentación, que sería obra, no de nadie, sino del Instituto.

Una vez elaborado lo que se puede calificar de proyecto de anteproyecto, se lo remití a Enrique Rojas Franco, que centraliza las actividades del Instituto en San José de Costa Rica, a fin de que con algunos de los miembros más próximos a él, hiciera una revisión del texto inicial antes de darlo a publicidad para someterlo a las sugerencias de los colegas iberoamericanos. No obstante, se apresuró a incluir en el primer número que apareció de la revista iberoamericana que edita el Instituto lo que todavía no era más que un material de trabajo.

*II*

Los Ordenamientos de las Naciones de Centroamérica han ocupado siempre un lugar destacado en mis preocupaciones por los de América, especialmente el de Costa Rica. Así tuve ocasión de exponerlo en el acto de investidura del Doctorado honoris causa que me concedió la Escuela Libre de Derecho. Estas fueron mis palabras:

Mi vinculación a Costa Rica y a sus gentes empezó hace muchos años. Y por lo general en relación con la Justicia administrativa.

Empezó cuando, a finales de los años cincuenta del siglo pasado, recibí en mi despacho a un joven Profesor de Derecho administrativo y juez costarricense que llegaba a España a doctorarse en la Universidad Complutense. Con singular entusiasmo, me dijo: Nuestro sistema de justicia administrativa deja mucho que desear y quiero contribuir a su perfección. Como sé que ha sido usted uno de los que más decisivamente ha participado en la elaboración de la Ley española de 27 de diciembre de 1956, por tantos motivos elogiada, he elegido su clase del doctorado y vengo a pedirle que dirija mi tesis, que pretendo concluya con una propuesta de Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa costarricense. Era Gonzalo Retana. No solo no podía negarme a tal petición por el entusiasmo que me había mostrado, sino que me encantaba la idea de que una Ley para mí tan querida como la española de 1956 pudiera proyectarse fuera de nuestras fronteras y, precisamente, en el Ordenamiento de una Nación de lengua española.

Retana obtuvo el doctorado con la máxima calificación, con una tesis que se apartaba de los cánones tradicionales. Porque, en lugar de terminar con las conclusiones al uso, terminaba con todo un proyecto de Ley. La satisfacción que experimenté por el éxito con que se premió su trabajo, culminó cuando en 1966 tuve noticia de que las con-

clusiones de aquella tesis, tan cuidadosamente elaborada, se habían convertido en vuestra Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 12 de marzo de 1966, de la que me considerasteis, según me enteré después, su abuelo. Y como, a su vez, esta Ley se proyectó en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de Honduras de 1987, yo me he permitido considerarme bisabuelo de ésta.

Mi segunda visita a Costa Rica fue motivada por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1966. Ya llevaba algunos años de vigencia y se consideró que era el momento oportuno de, a la vista de la experiencia de su aplicación, hacer un examen de ella. A tal efecto, en 1974 me invitó el Colegio de Abogados a pronunciar unas conferencias, que fueron publicadas por su Revista de Ciencias Jurídicas en un librito que llevaba el título "La Justicia administrativa en Costa Rica". Tuvo la amabilidad de presentarle Jorge Enrique Romero, otro de los "ticos" que había pasado por mi curso de la Complutense, por cierto en días de revueltas estudiantiles, como suele recordarme siempre que nos encontramos. Y Eduardo Ortiz hizo un prólogo, tan extenso, que venía a ser un examen crítico de la Ley y de algunas de mis interpretaciones.

También mi visita siguiente obedeció a la misma razón. Pero esta vez fue porque Eduardo Ortiz, siempre con su aspiración a la perfección, creyó llegado el momento de empezar a pensar en la reforma de la Ley de 1966, y, justamente veinte años después, organizó unas jornadas a las que acudieron destacados administrativistas de América y Europa. De España fui con Eduardo García de Enterría, y no pasaba día que no recibiéramos un homenaje, homenajes a los que puso fin el que recibimos en la Universidad estatal en un acto que, por imposibilidad del Rector, tuvimos la suerte de que presidiera una bellísima Vicerrectora, la Dra. Del Vechio. Durante casi una semana estuvimos deliberando sobre qué aspectos de la regulación entonces vigente sería más necesaria la reforma.

La vez siguiente, cuando ya estaba avanzada la reforma e incluso elaborado un primitivo anteproyecto, se celebraron unos reuniones en el Colegio de Abogados para un estudio de lo que ya pretendía ser un texto inicial, a las que fui invitado para que participara en el estudio durante largas sesiones, en las que tuvo una importante participación Enrique Rojas Franco. En mi primera intervención me permití decir que cómo se había tenido la osadía de invitarme para que contribuyera a matar una Ley de la que me considerabais su abuelo. Y la última ocasión en que tuve la satisfacción de asistir a Costa Rica a unas jornadas sobre justicia administrativa, fue en las que organizó la Procuraduría General de la República, ya sobre un tex-

to de Código mucho más elaborado, aunque, como pude apreciar y comentar con Fernando Garrido Falla, que también asistió, distaba mucho de contar con el consenso de dos sectores que mantenían posiciones muy distintas.

Durante los años transcurridos desde aquellas Jornadas que organizó la Procuraduría General, no dejé de interesarme sobre la marcha del proyecto, hasta que, al fin, recibí el texto del Código procesal contencioso-administrativo de 2006.

Cuando se celebró mi investidura de Doctor honoris causa en la Escuela Libre de Derecho a que antes me referí ya se habían publicado excelentes trabajos sobre el Código como el que apareció en 2006 del que son autores Manrique Jiménez Meza, Ernesto Jinesta Lobo y Aldo Milano, el extenso y práctico Comentario de Enrique Rojas Franco y el tan didáctico Manual de Ernesto Jinesta. uno de los más brillantes alumnos que han pasado por mi curso del Doctorado hizo un excelente resumen de lo que suponía el nuevo Código en el artículo titulado "La nueva justicia administrativa en Costa Rica" que se publicó en nuestra "Revista de Administración Pública" (nº 179, pp. 413 y ss). El trabajo que aparece en este libro es un ejemplo de su facultad de síntesis y depurado sistema.

*IV*

Honduras no ha tenido una regulación específica hasta fecha relativamente reciente. Y como otros Estados de América suplió la ausencia de un buen proceso administrativo con el amparo. A esta situación puso fin la entrada en vigor el 1 de julio de 1.988 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 20 de noviembre de 1.987, por la que siempre he experimentado una especial predilección, análoga a la que he sentido por la de Costa Rica de 12 de marzo de 1.966, que, como antes señalé, sirvió de modelo a los redactores de la hondureña.

Derogada la Ley de Costa Rica por el Código de 2006, la de Honduras es la única Ley, aparte de la española vigente de 1.998, en la que se proyecta con mayor fidelidad la española de 1.956 y más se aproxima al proyecto de anteproyecto de modelo de Código procesal administrativo para Iberoamérica a que antes me ha referido.

Voy a permitirme referirme a un artículo concreto Siempre que lo leo me recuerda el tiempo dedicado a elaborar el anteproyecto de la Ley española, o, mejor dicho al momento en que trataba de con-

vertirse el anteproyecto en proyecto de ley que el Gobierno remitiría a las Cortes.

Al redactar el anteproyecto, pusimos especial cuidado en que respetara escrupulosamente la técnica procesal. Cuando llegamos a la regulación de la posibilidad de que, antes del trámite normal de oposición a la pretensión, los demandados plantearan la inadmisibilidad por motivos tasados que evitara la continuación de un proceso inútil, se nos planteó el problema del nombre con que designaríamos a este tipo de oposición, que superara las diferencias terminológicas que abundaban en la doctrina. Y consideramos que la terminología más correcta era la de defensas previas. El término defensa era utilizado para designar generalmente cualquier tipo de oposición, por lo que aceptarlo evitaba el riesgo de caer en otro que no fuera apropiado. Y como lo que caracterizaba a este tipo de oposición era el carácter previo al trámite normal de contestación, Defensas previas fue el título de la Sección que los regulaba y el que se empleaba en su regulación.

Al repartirse el texto del anteproyecto antes de someterlo a la aprobación del Consejo de Ministros hubo un sector que, aferrado a una vieja terminología legal incorrecta, insistía en que era inadmisible la extraña expresión de defensas previas, y debía emplear la terminología tradicional de "excepciones dilatorias". Me aterraba pensar que una Ley en cuya redacción se había cuidado tanto la terminología pudiera llamar "excepción dilatoria" a un tipo de oposición, que según había demostrado la doctrina, no era "excepción" ni "dilatoria". Ante tan cerrada oposición, encontré la fórmula salvadora: si tanto os molesta –aduje– la palabra "defensa", podemos sustituirla por "alegación", lo que no podía ponerse en duda, como tampoco que es "previa". Y así quedó, Y así apareció en la Ley de 1.956.

Cuando años más tarde dialogaba con Gonzalo Retana sobre este tema al trabajar sobre su tesis doctoral, le interesó la cuestión. Se dedicó a estudiar la doctrina procesal y llegó a la conclusión de que la terminología más correcta era la de defensas previas. Así figuró en el anteproyecto de Ley. Y así quedó en la Ley de Costa Rica de 1.966 y pasó a la Ley de Honduras de 1.987.

Como la Ley de Costa Rica de 1.966 fue derogada, tengo la enorme satisfacción que la única Ley reguladora del proceso administrativo de lengua española que emplea la tecnología "Defensas previas" es la de Honduras, dedicando a su regulación en la Sección 4ª del Capítulo primero del Título cuarto.

Eduardo Orellana nos ofrece un completo resumen de la Ley, correctamente sistematizado. Hubiera sido interesante que, con su sólida formación científica y su experiencia en la aplicación del Ordenamiento jurídico, tanto como Magistrado –fue Magistrado de la Corte de Apelaciones de lo Contencioso-administrativo–, como Fiscal –lo fue General de la Republica– como Abogado –actualmente ejerce la profesión–, hubiera expuesto algunas consideraciones críticas y, en especial, las posibles innovaciones que estimara podrían introducirse en la normativa vigente a la vista de la realidad hondureña. Es indudable que una interpretación informada por el principio de tutela judicial efectiva, puede permitir una eficaz garantía de los intereses legítimos del administrado y la sumisión de la Administración al Derecho; pero resulta conveniente alguna modificación que evite desviaciones interpretativas.

*V*

Nicaragua ha sido otro de los Estados de la América central que ha tardado en contar con una Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, supliendo la falta, como ya he dicho, con el amparo. Y la Ley nº 350 de 18 de mayo de 2000 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, que fue estimado parcialmente por la Sentencia nº 40 de la Corte Suprema de Justicia. Por lo que está pendiente de promulgarse una nueva Ley de la Jurisdicción, que se ajuste a la sentencia, al mismo tiempo que se trata de dar un paso más en la evolución a un sistema de plena garantía para los administrados, en la que está jugado un papel decisivo Karlos Navarro, Coordinador de la Comisión de la Asamblea Nacional para la redacción de la nueva Ley; que entre otros méritos, tiene el de ser Doctor de una Universidad para mí tan querida como es la de Salamanca.

Pero no puede afirmarse que actualmente Nicaragua carezca de garantías jurisdiccionales frente a la Administración pública. La Ley 350, en la parte no afectada por la sentencia de inconstitucionalidad rectamente interpretada permite en buena parte la satisfacción de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas. El problema radica, en Nicaragua como en los demás países –al tema me dedicaré después– en la independencia y formación especializada de los jueces.

El Profesor Navarro sí hace un estudio de las cuestiones más importantes que plantea la regulación del proceso administrativo. Me permito hacer unas consideraciones sobre alguno de los aspectos concretos que trata.

Como en otros Ordenamientos del Centroamérica se nota la influencia de la Ley española, en el caso de Nicaragua de la versión de la Ley de 13 de julio de 1.998, que ya contiene unas modificaciones de la de 1.956, que tiene en cuenta, criticado acertadamente algunas de éstas, como la regulación del coadyuvante, manteniendo la subsistencia de éste como parte accesoria de la parte principal.

Al referirse a los principios del proceso no destaca entre ellos el antiformalista. Es indudable que es una proyección del más amplio de tutela judicial efectiva que consagran todas las Constituciones, pero no está de más reiterarlo en las Leyes procesales ante la tendencia de los Tribunales a aferrarse a los requisitos de admisibilidad para evitar entrar en el examen de las cuestiones de fondo. Es esencial la improcedencia de declarar la inadmisibilidad por un defecto que sea subsanable sin dar oportunidad de subsanarlo, y, si no fuera subsanable, debe forzarse la interpretación de la normativa reguladora en el sentido más favorable a la admisión.

Al tratar de la capacidad, quizás preste excesiva atención a la distinción entre capacidad procesal y capacidad de ser parte. En principio bastará una referencia general a la legislación común. Únicamente planteará problemas cuando, como en la Ley española, se establece alguna especialidad en el proceso administrativo respecto del civil.

Medida muy acertada es la que trata de evitar que quede sin tutela judicial quien carezca de medios económicos, regulando un procedimiento sencillo para la designación de un defensor público o de un abogado de oficio.

Siguiendo una corriente muy generalizada, que se considera una exigencia del principio constitucional de tutela judicial efectiva, es que en los supuestos de silencio negativo es ilimitado el plazo para incoar el proceso frente a la denegación presunta, que también yo he defendido. Lo que, en principio, parece evidente, siempre que la cuestión que se plantea en el proceso no afecte a terceros. No obstante, hace algún tiempo que tuve en cuenta que un principio tan elemental como el de tutela es el de seguridad jurídica, que impide quede indefinidamente la duda de si una situación jurídica puede ponerse en tela de juicio. Pensemos en un acto administrativo que otorga una autorización para hacer algo, o una concesión de un derecho, o la ejecución de una obra, o el nombramiento de un funcionario, contra el que interpone el recurso administrativo un tercer perjudicado por el acto. ¿Es que si la Administración no resuelve expresamente y, consiguientemente, se presupone una desestimación presunta, es admisible que este tercero perjudicado pueda en cualquier momen-

to, cualquiera que fuera el tiempo transcurrido, incoar un proceso cuya estimación daría lugar a la privación de un derecho que se viene ejecutando pacíficamente autorizado, concedido o adjudicado?.

Otra norma que proviene de la Ley española y considero pugna abiertamente con la justicia es fijar un plazo para reaccionar contra la vía de hecho desde el momento en que ésta se produzca. El plazo para incoar en el proceso debe mantenerse en tanto subsista la vía de hecho. Y una vez que cese es cuando debe fijarse un plazo para pretender la reparación de los perjuicios que hubiese ocasionado.

*VI*

En 1.978, se publicó la versión española de la tesis con la que obtuvo el Doctorado en la Universidad de Estrasburgo José Antonio Carrasco. Su título es "Importancia de la jurisdicción contencioso-administrativo en Panamá. Notablemente influido por la doctrina francesa, sus conclusiones eran muy críticas de la situación e importantes las recomendaciones que hacía para poner fin al sistema de Justicia administrativa existente en Panamá, el cual fue creado a través de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, el cual desde esta fecha no ha tenido ninguna modificación.

El panorama, a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales que han tratado de adecuar la mencionada legislación a las realidades actuales, no ha cambiado gran cosa, como pone de manifiesto Carlos Gasnell Acuña en el trabajo que se incluye en este libro en cuyo apartado X (Temas pendientes de revisión y reforma es su título) fija las premisas para una reforma que, sin duda, son decisivas para que pueda ser realidad el principio de tutela judicial efectiva.

Pero no figura una que para mí es esencial. Estaba entre las conclusiones de la tesis de Carrasco, que se estimaba adecuadas por mi gran amigo Cesar Quintero en la introducción de la versión española. Su texto es el siguiente: "Especialización en derecho público de los magistrados que se nombren en la Sala de lo contencioso-administrativo". Y es que el juez, el titular del órgano al que se atribuye jurisdicción para juzgar a las Administraciones públicas es la pieza fundamental del sistema. Mucho más importantes que las Leyes. Porque un buen juez, con una legislación deficiente puede prestar una tutela judicial efectiva a los administrados. Y esto vale para Panamá y para lo demás Estados de Centroamérica y del mundo.

El tema me ha preocupado siempre. Desde que en 1.949 empecé a ejercer la profesión de abogado en los Tribunales del orden jurisdicción al contencioso-administrativo y más cada día. Hoy es imposi-

ble que un juez valga para todo. Porque es imposible que pueda tener los conocimientos exigidos para impartir justicia en cualquier orden jurisdiccional. Porque, aun partiendo de la unidad del Derecho e incluso del método de aplicación, existen peculiaridades de las que no se puede prescindir.

De aquí, la importancia de las especializaciones. Como se puso de manifiesto en España en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo con la creación de los Magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo por la Ley de esta jurisdicción de 1956. Con esta Ley –se ha dicho– se abrió la puerta a un juez nuevo que haría historia, sin cuya presencia de poco habrían servido las excelencias del nuevo proceso ni las que adornaban las leyes que iban jalonando las demás instituciones jurídicas ([6]). Con la incorporación, aunque minoritaria, de estos nuevos jueces a las Salas de lo contencioso administrativo, podemos decir que empezamos a tener justicia administrativa. Y así ha sido reconocido con generalidad por todos. García de Enterría, como autoridad más significativa, al destacar como una de las aportaciones de esta Ley –que califica de memorable en la historia de nuestro Derecho público– el haber introducido «un principio de especialización técnica en los Magistrados que nutren esos Tribunales, especialización que jugará un papel decisivo para la recepción plena de las más depuradas técnicas de control contencioso-administrativo.

El problema está en el sistema de selección. Del tema se ha ocupado con la extensión que exige su trascendencia, referido a Nicaragua, Juan Bautista Arrien Somarriba. Las dificultades son evidentes. Como lo son las que tienen por objeto evitar la politización de los jueces.

*VII*

En el Salvador no ha existido una jurisdicción contencioso-administrativa hasta la Ley de 14 de noviembre de 1.978, que entra en vigencia el 1 de enero de 1979, donde se crea una Sala de lo contencioso-administrativo, adscrita a la Corte Suprema de Justicia, único órgano jurisdiccional al que se atribuye el enjuiciamiento de las controversias entre los particulares y la Administración.

Esta circunstancia por sí sola sería suficiente para considerar que en esta República centroamericana está garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva frente a la Administración pública, pues, como dice el joven jurista salvadoreño Henry Alexander Mejía "si bien somos un país pequeño territorialmente, no por ello se hace fácil la interposición de una demanda contenciosa cuando el ciudadano reside fuera de la capital". Pero, además, es que la regulación contenida de dicha Ley, tampoco da respuesta adecuada a otras exigencias

de aquel derecho constitucional. De aquí que se postule la necesidad de una nueva Ley, que cumpla lo que después estableció el art. 172 de la Constitución de 1.983 y los órganos a los que se confíe el enjuiciamiento de los litigios en materia reglada por el Derecho administrativo, tengan potestad "de juzgar y hacer ejercitar lo juzgado" en este ámbito judicial.

Y para que los órganos de esta jurisdicción tengan potestad efectiva y vías procesales adecuadas para superar cuantos obstáculos puedan articular los titulares de los órganos administrativos, es necesario que la nueva normativa supere las diferencias de la Ley de 1.979, deficiencias que, en buena parte, ya habían sido superadas en otros Ordenamientos de lengua española.

Esto es lo que nos ofrece el Profesor Dr. Henry Mejía es un jurista joven y se ha constituido como la máxima referencia académica en los últimos años en el Derecho Administrativo salvadoreño, no sólo porque lo que ha escrito y disertado en los principales foros y congresos en Iberoamérica; sino como ha impulsado y motivado a las nuevas generaciones desde las aulas de la Universidad de El Salvador, para formar nuevo cuadros y discípulos académicos para el desarrollo de la disciplina en el "pulgarcito de América".

*VIII*

Aunque ha sido desigual el desarrollo del derecho administrativo, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal, en la actualidad en los distintos Estados centroamericanos se vive un proceso de impulso al derecho administrativo; y, de reforma de las Leyes reguladoras del contencioso-administrativo. Ejemplo expresivo de este proceso es este libro que he tenido el honor de prologar, en el que han tenido una participación decisiva dos de los más prestigiosos administrativistas de la América de lengua española: Ernesto Jinesta y Karlos Navarro. En el Salvador, Nicaragua y Panamá se están redactando nuevas leyes de lo contencioso administrativo, que esencialmente pretenden elaborar un modelo procesal administrativo predominante subjetivo, y, la introducción de un sistema plural o diferenciado de pretensiones procesales que pretende adecuarse a los distintos intereses subjetivos que los ciudadanos puedan tener en sus relaciones jurídicas con la Administración.

Jesús González Pérez
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense

# LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR

Henry Alexander Mejía

## 1.1. Origen del sistema contencioso administrativo

Al proclamarse la revolución francesa y decretarse la "Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano", en 1789, que contendría los principios elementales del nuevo sistema de libertades públicas vedadas en el régimen de absolutista, se plantea la necesidad de controlar los actos dictados por la Administración. En principio predominó la idea que los actos de la Administración fueran controlados por ella misma, por la desconfianza que existía hacia los tribunales que estaban en desacuerdo con el nuevo sistema.

En consecuencia, se crea el Consejo de Estado con dos modalidades principales: el primero, sistema de competencia retenida (1789-1872). Aquí el Consejo de Estado se organiza como dependencia del Poder Ejecutivo y como un organismo consultivo de éste.[1] Este me-

1 Las normas legislativas que crearon la jurisdicción contencioso-administrativa provenían del Decreto del 22 de diciembre de 1789, que establecía lo siguiente: "las administraciones de departamentos de distrito no podrán ser perturbadas, en el ejercicio de sus funciones administrativas, por ningún acto del poder judicial". A su vez, esta norma fue consagrada en el artículo 3º de la Constitución francesa de 1791, según el cual: "Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas o citar ante ellos a los agentes de la Administración, por razón de sus funciones". Posteriormente, estos dispositivos fueron

canismo no constituyó un sistema de control judicial, sino un simple autocontrol administrativo, de ahí lo de "retenida", pues quedó en manos de la Administración lo que era objeto de enjuiciamiento. No importando que ello fuera una contradicción en virtud que "nadie puede ser juez de su propia causa".

Es el año 1872 donde se implementa el segundo sistema, el "sistema de justicia delegada". En este el Consejo de Estado cambia su competencia a fin de juzgar plena y soberanamente en materia contenciosa administrativa.[2] Sus potestades se vieron mejoradas con las reformas de 1953 y 1987, que sustituyeron a los "Consejos de Prefectura" por tribunales administrativos; añadiéndose Tribunales de Apelación; pero sin estar integrados orgánicamente al Poder Judicial francés. De esta manera el sistema contencioso administrativo francés quedó jerarquizado con la preeminencia del Consejo de Estado.[3]

---

ratificados por la Ley del 16 de Fructidor del año III (2 de septiembre de 1795), donde se dispuso, que: "Se prohíbe intervenir a los tribunales de conocer los actos de la administración de cualquier especie que ellos sean". Por tanto, los litigios en los cuales la Administración estaba interesada escapaban del conocimiento de los tribunales judiciales. Véase Arauz Sánchez, H., Curso de derecho procesal administrativo: la Jurisdicción contenciosa administrativa en panamá, Universal Books, Panamá, 2004, págs. 61-64.

2 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. Véase al respecto, Ismael Farrando H., y Patricia Martínez, directores, op. cit., págs. 667-668.

3 Hutchinson, T., Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 64-84.

En consecuencia, la construcción científica inicial del Derecho administrativo se debe al aporte jurisprudencial del Consejo de Estado.[4] De ahí también que otros Estados hayan seguido al modelo francés como lo hizo Colombia –con ciertos matices propios. En cambio, los países del "*common law*" son los tribunales comunes los que controlan los actos de la Administración. Sin embargo, el modelo que predomina en muchas naciones es el que posee una estructura jurisdiccional especializada dentro del Órgano Judicial, por medio de tribunales contenciosos administrativos de instancia –como sucede en España– o centralizado –como en El Salvador.[5]

El Derecho administrativo salvadoreño no es un sistema puro sino mixto, donde los asuntos de la Administración son controlados por la Sala de lo Contencioso Administrativo y otros por medio de los tribunales comunes. Ejemplos de control por los tribunales comunes son los contratos administrativos, la responsabilidad patrimonial del Estado y la ejecución de los actos administrativos. También es posible el control común por los tribunales arbitrales cuando así lo hayan determinado los otorgantes por medio de la cláusula compromisoria en el contrato administrativo.

## 1.2. Surgimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador

El surgimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa en El Salvador es tardío, pese a que la Constitución de 1824 hacía alusión a la creación de los tribunales administrativos, pero sin que se creara ninguno al efecto. Las constituciones posteriores nada dispusieron en relación a los tribunales contenciosos administrativos. Es

4 Véase al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., op. cit., pág. 83; Santamaría Pastor, J. A, op. cit., Volumen I, págs. 166-167; VEDEL, G., op. cit., 1980, pág. 46. En la doctrina latinoamericana Cassagne, J. C., Derecho administrativo…cit, pág. 174. Todos estos autores manifiestan que la jurisprudencia administrativa dictada por el Consejo de Estado francés en la formación del Derecho administrativo, ha jugado una función preponderante en la formulación de las principales instituciones, tales como la responsabilidad del Estado, los contratos administrativos, nulidades del acto administrativo, entre otras instituciones administrativas.

5 GONZÁLEZ PERÉZ, J., Evolución de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en "Revista de Administración Pública", Nº 150, 1999, págs. 209 y ss.

hasta la Constitución de 1939, promulgada en la dictadura militar del general Maximiliano Hernández Martínez, que se estableció, en el artículo 77 ordinal 17, como atribución de la Asamblea Nacional, erigir jurisdicciones y establecer funcionarios que a nombre de la República conocieran, juzgaran y sentenciaran en toda clase de asuntos administrativos.[6]

Posteriormente, con la Constitución de 1950 aparece, en el artículo 46 ordinal 13, la atribución del Poder Judicial para conocer en toda clase de asuntos administrativos. Esa disposición fue retomada exactamente igual en el artículo 47 ordinal 13 de la Constitución de 1962.

La necesidad de la jurisdicción contenciosa administrativa para el constituyente era evidente, ya que el quehacer de la Administración cada día estaba sujeto arbitrariedades, aunado a los regímenes dictatoriales militares en los que era frecuente el quebrantamiento de la ley, y, consecuentemente, la imposibilidad de un verdadero Estado de Derecho.[7]

Entretanto, con la iniciativa del Ministerio de Justicia,[8] del Poder Judicial de la época y el apoyo de las Federaciones de Abogados, se

6 Véase en la escasa doctrina salvadoreña 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.

7 El Salvador no se escapa de la 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 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo el artículo 4, d) excluía que sus actos no fueran sometidos a la Sala de lo Contencioso Administrativo, conformándose una especie de justicia administrativa retenida. Es hasta que la referida Sala declara inaplicable en 1998 dicha disposición, por considerar que sus actos tenían que estar sujeto a control jurisdiccional. Posteriormente la Sala de lo Constitucional declara la referida disposición inconstitucional de manera general y obligatoria inconstitucional en 2004, haciéndola extensiva a los actos del Consejo Superior de Salud Pública.

8 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.

presentaron varias propuestas de proyectos de ley de la jurisdicción contenciosa administrativa. Después de estudiar varias propuestas la Asamblea Legislativa dictó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa el catorce de noviembre de 1978, vigente desde el uno de enero de 1979, erigiéndose la Sala de lo Contencioso de lo Administrativo (SCA) adscrita a la Corte Suprema de Justicia.

## 1.3. Composición de la Sala de lo Contencioso Administrativo

En el artículo 172 de la Constitución de 1983 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 de 1992, se reformó la Ley Orgánica Judicial. En dicha reforma se aumentó el número de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de catorce a quince, y se recompuso de tres a cuatro magistrados –un presidente y tres vocales– la Sala de lo Contencioso de lo Administrativo.[9] [10] Se adujo que el aumento de un Magistrado era por el crecimiento de los casos sometidos por los particulares ante dicha Sala.

En principio para que la Sala emitiera sentencia interlocutoria o definitiva se necesitan los votos unánimes de los cuatro magistrados.[11] El magistrado que no estaba de acuerdo con la decisión debía razonar su voto y la Sala mandaba a llamar a un suplente para resolver

9 Artículo 4 inciso 2 de la Ley Orgánica Judicial.

10 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 Sala- 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 (artículos 172 y 186 de la Constitución).

11 Artículo 14 inciso 2 de la Ley Orgánica Judicial.

la discrepancia.[12] Con esto se generaba el incidente dilatorio de discordia, según los artículo 12 y 14 de la Ley Orgánica Judicial, y artículos 197 y 220 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Esto se vio modificado con la jurisprudencia constitucional,[13] que declaró inconstitucional 14 inciso 2 de la Ley Orgánica Judicial, en virtud que la regla de la unanimidad carece de justificación suficiente en relación con el carácter pluralista y deliberativo de la decisión judicial colegiada y con el derecho a una decisión judicial fundada y oportuna. En consecuencia, la regla de votación de la Sala de lo Contencioso Administrativo, cambió a tres votos para dictar una decisión y el Magistrado que no concurre con su voto tendrá que razonarlo, pero ya no se genera el incidente.

La Sala tiene competencia para resolver las controversias entre los particulares y la Administración –artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA). Siendo una jurisdicción especializada pero centralizada, por ser el único tribunal nacional donde los justiciables pueden impugnar los actos administrativos que consideren ilegales o nulos de pleno derecho, según el caso.

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 de plena jurisdicción, donde las partes pueden controvertir lo que consideren a su derecho, en iguales condiciones y con todas las garantías constitucionales.

Sin embargo, que la SCA sea el único Tribunal contencioso administrativo resulta violatorio al derecho de acceso a la justicia. Ello porque dificulta el acceso de los justiciables de los diferentes puntos del país hasta la sede del tribunal en la capital de la República. Si bien El Salvador es un país territorialmente pequeño, ello no hace fácil al particular interponer una demanda cuando el ciudadano reside fuera de la capital. Además, el aumento de la litigiosidad ha desbordado la capacidad de la SCA para tramitar con rapidez los procesos, lo

12 Como caso relevante es el auto interlocutorio de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 13 de julio de 2007, referencia 164-P-2003, donde para decidir se mandó a llamar hasta tres suplentes, habiendo existido siete votos en un resolución interlocutoria, los Magistrados suplentes adujeron que conformaron Sala, queriendo hacer valer su criterio.

13 Véase sentencia de inconstitucionalidad de 1 de marzo de 2013, referencia 78-2011.

que hace aconsejable la creación de mecanismos que posibiliten el acercamiento de los tribunales a los justiciables.

En virtud de lo anterior, se requiere una articulación jurisdiccional en tribunales de instancia, por lo menos un tribunal en cada cabecera departamental para acercar las puertas de la justica a los ciudadanos.

Finalmente, el control de las decisiones se haría con mayor eficacia, puesto que en la actualidad el único mecanismo jurisdiccional que podría invocarse para examinar una decisión de la SCA es por medio del proceso de amparo, pero la pretensión debe estar fundamentada en la violación de un derecho constitucional.

## 1.4. Objeto y ámbito de aplicación la jurisdicción contenciosa administrativa

El proceso contencioso administrativo es una garantía de tutela los derechos y libertades de los ciudadanos, afectados por una decisión arbitraria o ilegal 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 Administración, pero que se encuentran vinculados por relaciones emanadas del Derecho administrativo, como sucede con los concesionarios de servicio u obra pública, e incluso las empresas públicas de forma parcial.

La LJCA, si bien fue un hito jurídico en su momento, es una ley preconstitucional que no está acorde al nuevo modelo procesal administrativo imperante en Iberoamérica, puesto que su aplicación es limitada.[14] Tanto es así que el artículo 2 inciso 2 de la LJCA prescribe

14 La Sala de lo Contencioso Administrativo en auto interlocutorio del 22 de mayo de 2000, referencia 230-C-2002, 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 Sala de lo Contencioso Administrativo aquellos órganos, que aun cuando dicten actos similares o sujeto al Derecho administrativo, tal es el caso de los particulares, cuando actuando como concesionarios realizan potestades derivadas del contrato administrativo de concesión.

que su ámbito de aplicación se circunscribe a actos dictados por una Administración pública.[15] Francamente esto es limitativo del derecho de protección jurisdiccional, por lo que es de esperar que, a través de una interpretación conforme a la Constitución, u otras técnicas de decisión constitucional, se ampliara el ámbito de competencia de la justicia contenciosa administrativa.

Por otra parte, el artículo 5 de la LJCA establece que la competencia de la SCA es improrrogable, extensiva a todo el territorio de la República. Esto en virtud del carácter privativo de la jurisdicción contenciosa administrativa, que constituyen un orden específico dentro de la jurisdicción en general de todo el Estado.[16]

### 1.4.1. Impugnación exclusiva de actos administrativos

La competencia natural de la LJCA viene representada históricamente con el fin de fiscalizar la legalidad de los actos administrativos,[17] aspecto reconocido en los artículos 2 y 3 de la referida Ley. En dichos artículos se cataloga que actos están sometidos al conocimiento de la

15 Sobre la organización y los entes que conforman la Administración pública, véase supra capítulo IV.

16 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.

17 Sobre un amplio análisis del tema puede consultarse supra el capitulo V.

Sala; sean estos definitivos o de trámite;[18] reglados o discrecionales;[19] expresos o presuntos denegatorios[20] y presuntos estimatorios;[21] y, actos nulos de pleno derecho. Estos últimos tienen una particularidad normativa, a estudiar en el apartado siguiente.

18 La Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido un que no todos los actos administrativos de trámite puede ser impugnados por esta vía, los actos administrativos a saber:

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 (sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 14 de octubre de 2003, referencia 199-A-2001).

19 El artículo 3 letra b), de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, establece que constituye como tal: "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico."

20 La Sala de lo Contencioso Administrativo, ha manifestado según el artículo 3 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, 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 (sentencia del 11 de noviembre de 1997, referencia 8-U-94).

21 Los actos presuntos estimatorios no están regulados en forma expresa por la de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, 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 Sala 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.

Por otra parte, se excluyen del conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sca) la impugnación de disposiciones normativas, tales como los reglamentos y ordenanzas municipales de manera directa. Solo es posible la impugnación de los actos administrativos que se produzcan en aplicación de los referidos cuerpos normativos, cuando las disposiciones en que se fundan no estén conforme a derecho, a esto se le denominan el recurso indirecto.[22] Sin embargo, los efectos que producen son concretos, ya que no se declara ilegal la disposición sino el acto administrativo.

### 1.4.2. Sobre la impugnación de 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,[23] 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,[24] por la vía jurisprudencial, estableció que los actos nulos de pleno derecho regulados en el Art.

22 El artículo 3 letra c) de la Ley Jurisdicción Contenciosa Administrativo, 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.

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

24 Esta doctrina ha sido creada por la sentencia definitiva de la SCA, del 20 de junio de 2005, ref. 88-V-2002.

7 de la LJCA son una expresión de los actos nulos a que se refiere el Art. 164 de la Constitución.[25] 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:

Que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria (de carácter administrativo), por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas;

1. Que esta vulneración trascienda a la violación del ordenamiento constitucional;
2. 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.

De hecho la SCA, ya fijó posición respeto a un caso de nulidad de pleno derecho. Recientemente ha pronunciado una sentencia definitiva,[26] donde declara como tal, los actos administrativos dictados por el Jefe del Departamento de Registro Tributario de la Municipalidad de Soyapango, por haberse violado los derechos constitucionales de audiencia, defensa, debido proceso, culpabilidad, presunción de inocencia y legalidad tributaria del demandante, en tanto que el referido funcionario, no aplicó el procedimiento estatuido en el Art. 106 de la Ley General Tributaria Municipal, además irrespetó los derechos y garantías constitucionales antes aludidos. Con esto

25 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.

26 Véase la Sentencia Definitiva del 18 de febrero de 2011, Ref. 02-2006.

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 a nuestro juicio ocasiona mayor confusión sobre todo por es innegable que la nulidades de pleno derecho son zonas reservadas a la ley.

## 1.5. Competencias atípicas de la Sala de lo Contencioso Administrativo

Es de enmarcar que algunas leyes otorgan otras competencias a la SCA que desnaturaliza el objeto para el cual se erigió. Por ejemplo, el artículo 79 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal otorga competencia a la SCA para que conozca de actos jurisdiccionales dictados por la Cámara de lo Laboral, o con competencia en esta materia, cuando resuelva el recurso de revisión en los casos de despidos a servidores públicos municipales. Así, también, el artículo 75 inciso 3 de la Ley de la Carrera Docente otorga potestades sancionatorias para seguir el trámite de remoción de los miembros del Tribunal de la Carrera Docente, aplicando un procedimiento administrativo sancionador para la destitución de los mismos.

## 1.6. Exclusiones

La LJCA, al igual que muchas leyes, hace referencia a las materias que se encuentran excluida de la competencia de la SCA, así encontramos en el artículo 4 de la LJCA[27] los ámbitos que no son impugnables. Regístrese que este precepto no debe entenderse de manera literal, puesto que, como ya nos referimos, la LJCA es una ley preconstitucional y en algunos aspectos es contraria a la Constitución.

27 El artículo 4 de la de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, 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.

En este sentido, la Sca declaró inaplicable el artículo 4 letras d) y e), respecto a las exclusiones del control de los actos administrativos del Tribunal del Servicio Civil[28] y el Consejo Superior de Salud Pública.[29] Posteriormente, la Sala de lo Constitucional los declaró inconstitucional.[30] En consecuencia, los actos dictados por los referidos entes administrativos son justiciables ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

### 1.6.1. Actos políticos de gobierno

El artículo 4 letra a) de la Ljca excluye expresamente la impugnación de los actos políticos de gobierno ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Estas exclusiones en un Estado de Derecho son contrarias al derecho al acceso a la justicia, ya que estos actos, al igual que los actos discrecionales, están sujetos a requisitos reglados –competencia y procedimiento–, controlables jurisdiccionalmente. Por lo cual en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho no se justifica esa inmunidad de poder.

La Constitución establece una gama de actos políticos de gobierno emanados de los Órganos del Estado. Así, por ejemplo, al Órgano Legislativo compete: elección de funcionarios de segundo grado (artículo 131 ordinal 19), nombramiento de Comisiones Políticas de investigación (artículo 131 ordinal 32), elección de Designados a la Presidencia, indultar (artículo 131 ordinal 18) y decretar amnistía (artículo 131 ordinal 26). Al Órgano Ejecutivo compete: designación de embajadores (artículo 171), nombramientos de Ministros

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

29 Véase Sentencia del 29 de octubre de 1996, referencia 108-M-1996

30 Véase la Sentencia de la Sala de lo Constitucional, de inconstitucional del 22 de octubre de 2004, referencia 9-2003, el fallo literalmente dice: "Declarase 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".

y Viceministros de Estado y de los Presidentes de las Instituciones Oficiales Autónomas (artículo 162), y Gobernadores Departamentales (artículo 200).

La jurisprudencia de la Sca al inicio fue tajante en reafirmar su incompetencia en controlar los actos políticos de gobierno, como ha sucedido en la impugnación de funcionarios de elección de segundo grado.[31] La anterior negativa conllevó a que la Sala de lo Constitucional por medio del proceso de inconstitucionalidad[32] ejerciera el control de la constitucionalidad, contra los actos políticos, tales como: a) la designación del Pleno Legislativo de Comisiones Políticas;[33] b) elección de funcionarios de segundo: Magistrados del

31 Véase auto interlocutorio del 27 de noviembre de 2007, referencia 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.

32 Al respecto sobre el tema véase Brewer Carías, A. R., El control de la constitucionalidad de los actos estatales, Colección de Estudios Jurídicos, número 2, Editorial Venezolana, Caracas, 1977, págs. 108 a 114.

33 Sentencia de la Sala de lo Constitucional, inconstitucionalidad del 1 de diciembre de 1998, referencia 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 partir 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 Sala de lo Constitucional, inconstitucionalidad del 11 de noviembre de 2003, referencia 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.

Tribunal Supremo Electoral,[34] Magistrados de la Corte de Cuentas de la República,[35] Magistrados de la Corte Suprema de Justicia,[36] incluyendo la elección del Presidente de la Corte Suprema de Justicia;[37] y, c) nombramientos del Ministro de la Defensa Nacional y Director de la Policía Nacional Civil.[38]

La Sala de lo Constitucional ha sentenciado al respecto para evitar que existan actos exentos de control jurisdiccional, haciendo suya la competencia de actos políticos de gobierno. Lo cual nos resulta lógico porque se trata de aplicación directa de disposiciones constitucionales.

Sin embargo, la SCA cambiando de precedente sin seguir las técnicas para ello, pues admitió tres demandas por la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia en julio de 2013. Lo anterior, atentó contra el precedente de la Sala de lo Constitucional que ya se había pronunciado al respecto.

No obstante, según el Código Modelo de Derecho Procesal para Iberoamérica, corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa realizar el control de los actos políticos como los mencionados supra. Para ello se necesitaría un cambio en la comprensión del artículo 4 letra a) de la LJCA o una reforma del mismo que deslinde que actos deben controlar por la vía contenciosa, y qué actos por la jurisdicción constitucional.

34 Véase sentencias de la Sala de lo Constitucional inconstitucionalidad del 21 de diciembre de 2007, causas acumuladas, referencia 29-2004/1-2005, sobre la petición de inconstitucionalidad de la elección de la Asamblea Legislativa del tercer Magistrado del Tribunal Supremo Electoral.

35 Sentencia de inconstitucionalidad del26 de junio de 2013, referencia 49-2011.

36 A manera de ejemplo véase la sentencias de inconstitucionalidad ambas del 5 de junio de 2012, referencia 19-2012 y referencia 23-2012, respectivamente.

37 Sentencia de inconstitucionalidad del 14 de octubre de 2013, referencia 77-2013.

38 Véase la sentencia de la Sala de lo Constitucional de inconstitucionalidad del 16 de mayo de 2013, referencia 4-2012.

### 1.6.2. Actividad privada de la Administración

El artículo 4 letra b) de la LJCA excluye las actuaciones de la Administración pública cuando no actúe con poderes soberanos y cuando intervenga como un particular. En este caso sus decisiones estarán sometidas sea al Derecho civil sea al mercantil, en casos siguientes: 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.

Apunta la SCA que cuando se trate de actos derivados con prerrogativas soberanas dentro del trámite de dicha actividad privada, sí estarán sujetas a su control, por ser verdaderos actos administrativos. Con dicho parecer aplica la teoría francesa de los actos separables.[39]

### 1.6.3. Actos sometidos a jurisdicciones administrativas especiales

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

Ejemplo de esa exclusión de actos son los relacionados con la fiscalización de la Hacienda Pública encomendadas a la Corte de Cuentas de la República (artículo 195 y siguientes), puesto que este órgano tiene competencia para resolver el ámbito del control y vigilancia del gasto de fondos públicos y manejo de bienes de parte de autoridades y funcionarios públicos. En este caso, corresponderá a la Corte de Cuentas 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, esto es, 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

39 Véase sentencia de la Sala Constitucional, inconstitucionalidad del 22 de octubre de 2004, referencia 9-2003.

de actos no fiscalizables en sede contenciosa administrativa, los que deniegan la inscripción de Partidos Políticos.[40]

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. Además, debe recordarse la existencia en otros sistema del "contencioso electoral", institución que tiene por objeto fiscalizar de manera imparcial las controversias suscitadas en materia de Derecho electoral.

### 1.6.4. OTRAS EXCLUSIONES: LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.

La actividad contractual en el orden salvadoreño está regulada por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.[41] 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 tendrá competencia.[42]

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública prevé mecanismos propios de solución de controversias, por ejemplo en los artículos 161 y siguientes se regula el trato directo y el arbitraje de derecho, siempre que se establezca la cláusula compromisoria en el contrato administrativo. Por otro lado, en caso de no resolver el conflicto, las controversias serán resueltas según la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Después, sino funciona nada de lo anterior ante la Cámara de lo Civil. Esto último es contrario al principio de especialidad, porque se trata de un verdadero conflicto entre un particular y una Administración pública.

Tristemente, la SCA solo ha reconocido la impugnación de los actos de preparación y adjudicación del contrato y las multas que pueda imponer la Administración,[43] como consecuencia del incumplimiento del mismo. Asimismo, la SCA sostiene que tiene competencia en la extinción del contrato, por medio de declaratoria de caducidad.

40 Véase auto interlocutorio del 20 de junio de 2006, referencia 105-L-2004, donde se declara inadmisible la demanda presentada por representantes del partido político de los trabajadores, por considerar que la denegatoria de inscripción constituye función estrictamente electoral.

41 Véase capítulo 7.

42 Véase sentencias, del 7 de agosto de 2001, referencia 161-C-2000, y del 25 de febrero de 2003, referencia 99-S-99.

43 Véase sentencia, del 21 de diciembre de 2004, referencia 19-J-2001.

Sin embargo, 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, pues en ambas actuaciones esta innata una prerrogativa del poder público que limita derechos e interés legítimos.

Además son materias ajenas –no obstante se encuentran excluidos expresamente–, la inactividad de la Administración por falta de prestación de servicios públicos;[44] y la actividad de los entes concesionarios, y actos dictados por los sociedades de economía mixta por no considerarse actos emanados de la Administración.

## 1.7. El Proceso Contencioso Administrativo

### 1.7.1. Principios básicos

El proceso contencioso administrativo en el Derecho salvadoreño es un verdadero proceso, cuya finalidad es la defensa de los derechos o intereses legítimos del administrado vulnerados por la Administración. Tiene como propósito reafirmar y fortalecer la legalidad misma. Nos 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 la LJCA, se configuran principios procesales que deben respetarse y que resultan del Derecho procesal en general. Siguiendo a Gamero Casado[45] la mayor parte derivan del

44 Véase sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 28 de julio de 2010, referencia 295-2007, se pronunció sobre las omisiones del Director del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por falta la falta de prestación de servicios farmacéuticos, médicos hospitalarios y de laboratorio de algunos usuarios, que dicho Instituto hospitalario no lo prestaba, aduciendo falta de medicamentos en algunas de sus farmacias y no realizar exámenes y operaciones quirúrgicas. Esta fue es una sentencia revolucionaria, porque sentó las bases para que la Sala, sea competente enjuiciar casos por omisiones concretas que conllevan la no prestación de servicios públicos esenciales y consecuentemente la violación de los derechos a la salud y la vida de los derechohabientes.

45 Gamero Casado, E., Monografía...cit., op. cit., págs. 9-15.

"derecho de protección jurisdiccional",[46] del que constituye manifestaciones singulares 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 probar los hechos que alegan en su propio beneficio.
b) *Principio de audiencia*. La garantía de audiencia recogida en el artículo 11 constitucional tiene relación con el derecho de protección jurisdiccional. Este principio exige la participación en el proceso contencioso administrativo de todos los sujetos afectados por el acto administrativo.
c) *Principio pro actione*. Supone que los preceptos de la LJCA deben interpretarse en un sentido no restrictivo 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. La Ley en alguna medida no responde a este principio, puesto que el artículo 50 exige a los particulares que la demanda y todo escrito deberá llevar firma y sello de abogado director.
d) *Principio de oficialidad*. El juez contencioso administrativo tiene un conjunto de facultades, a fin de ordenar e impulsar la trami-

46 La Sala de lo Constitucional 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 válidamente 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. (sentencia de amparo del 16 de octubre de 2006, referencia 407-2004). El nuevo Código Procesal Civil y Mercantil lo ha instaurado en el artículo 1 como un principio esencial en que se fundamenta el proceso.

tación del proceso. Se manifiesta su operatividad en la fase de la admisión de la demanda, ya que el juez debe analizar los requisitos formales de la demanda que estipula el artículo 10 de la LJCA, pero conforme al principio "pro actione".

En el transcurso del proceso según las facultades que le otorga los artículos 47 y 48 de la LJCA, podrá subsanar vicios que causaren nulidad de los actos procesales, y podrá solicitar cualquier prueba para mejor proveer. Es por ello que en el proceso contencioso administrativo salvadoreño, cuando se admite la demanda se crea una carga para la Administración consistente en enviar el expediente administrativo.

e) *Principio rogatorio o dispositivo*. El proceso contencioso se inicia a instancia de parte. La SCA no podrá introducir nuevas pretensiones planteadas inicialmente. Esto está ligado al principio de congruencia, recogido en el artículo 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. Sin embargo, es de hacer notar que rige, obviamente, el iura novit curia.

Esto a veces no es bien comprendido por las partes ni por la misma SCA, pues, por un lado los particulares creen que el tribunal pueden componerles la pretensión, pero por otro, la SCA no es consciente que si los hechos de una pretensión están bien claros, y el actor ha identificado el efecto jurídico concreto que pretende, es posible aplicar otra norma jurídica o derecho invocado en la demanda.

Además, recuérdese que en el caso de las nulidades de pleno derecho esta limitación no existe. En estos casos lo que debe hacer la SCA es reabrir el contradictorio para permitir la participación de los sujetos procesales, todo, por supuesto, en traslado común.

Por tanto, 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, que por su gravedad justifican el conocimiento de oficio por el juez y su pronunciamiento sobre el asunto.

### 1.7.2. Presupuestos procesales para la iniciación del proceso

Para iniciar el proceso contencioso administrativo la LJCA confiere potestades a los Magistrados para examinar requisitos formales, con el fin de conocer del fondo del asunto y resolver la controversia trazada en la demanda. El artículo 7 estipula aspectos fundamentales que el demandante debe plantear:

### *1.7.2.1. Agotamiento de la vía administrativa*

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dispone el agotamiento de los recursos administrativos previo a interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo. Por carecer de una ley de procedimientos administrativos existe una dispersión de recursos administrativos, por tanto la regulación de éstos no son uniformes en cuanto al tipo de recursos, requisitos formales, plazos de interposición y tramitación del recurso. Esta dispersión ocasiona grandes inconvenientes y una carga procesal para el administrado.

En este contexto, existen básicamente tres formas de agotar la vía administrativa en el ordenamiento salvadoreño, a saber:[47]

1) La forma normal y clásica es interponer los recursos administrativos pertinentes en tiempo y en forma, según el artículo 7 inciso 1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
2) Cuando una ley o reglamento diga expresamente o de manera implícita, que un determinado acto administrativo da por agotada la vía administrativa. A guisa de ejemplo podemos mencionar los actos de la Administración que extinguen un contrato administrativo, según los artículos 100 y siguientes de la Ley Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.
3) La tercera modalidad es el *ejercicio potestativo* de la utilización de los recursos administrativos. En el ordenamiento salvadoreño se tiene las disposiciones de las leyes administrativas, a saber: artículo 97 de la Ley del Medio Ambiente; artículo 55 de Ley de Áreas Naturales Protegidas; artículo 148 de Ley de Protección al Consumidor, y articulo 48 de la Ley de la Superintendencia de Competencia. En estos casos se puede directamente presentar la demanda contenciosa administrativa

Por tanto, los particulares, que no cumplan este requisito, se les declararán la demanda inadmisible por la Sala de los Contencioso Administrativo, por tener el acto el carácter de consentido. Igual efecto será, si la impugnación recae en actos administrativos que sean reproductores o definitivos de actos anteriores.

Además, la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo en principio sostenía que la regulación de los recursos

47 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, número 1, época VI, 2006.

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 Sala de lo Constitucional modificó dicho criterio, en el sentido de 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 artículo 7 letra a) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, podrá hacerse por la vía reglamentaria o legislativa.[48]

### *1.7.2.2. El plazo para presentar la demanda*

El artículo 10 de la LJCA estipula los requisitos formales que deben cumplir la demanda, caso contrario la SCA previene al actor para que las subsane dentro del plazo de tres días. La práctica de la SCA en este punto es contraria al principio de economía procesal. Lo anterior se fundamenta por que antes de prevenir por los defectos que puede presentar la demanda conforme al artículo 10, la SCA previene de forma separada los defectos por aspectos de postulación.

En verdad, la prevención por postulación sólo se justifica en el caso que en la demanda no se presente el documento que pretenda justificar la relación jurídica del representante legal o procurador con el "señor de la litis". En caso en que sí exista documento y éste presente defectos no es verdad que no se pueda prevenir de una sola vez por el supuesto defecto y a la vez por los presupuestos procesales del artículo 10 de la LJCA. Acá opera del principio de economía procesal en sus manifestaciones de eventualidad y concentración, pues el eventual defecto de postulación o de representación legal es algo subsanable dentro del mismo procedimiento.

La SCA evitaría de cuatro a cinco meses de duración si realiza de manera concentrada la prevención de postulación o representación legal junto con la del artículo 10 de la LJCA. No tiene firmeza el argumento contrario según el cual dicha unión de prevenciones no es posible basado en que no existe representación comprobada entre él que presenta la demanda o escrito y el legitimado, pues prevalece la probabilidad que así sea. De todas formas no se causa ningún

48 Véase sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del 18 de noviembre de 2002, referencia 135-G-2002, y auto interlocutorio del 8 de enero de 2003, referencia 69-F-2002.

perjuicio a las partes. Al contrario, se gana celeridad y cumplimiento del derecho de protección jurisdiccional.

Por otra parte, en relación al plazo para interponer la demanda, la SCA ha sido categórica en sostener en que de conformidad a los artículos 11 letras a) y b) y 12 de la LJCA la admisibilidad de la acción contenciosa administrativa[49] 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.

Pero también existe otro plazo que se debe tener en cuenta. Tal es el que se genera por la denegación presunta. En este caso el plazo se comienza a computar el 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 referido Acuerdo. Este plazo es perentorio y la acción caduca si no se intenta en la forma y el plazo establecido con anterioridad.

## 1.8. 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".[50] Para intervenir en él los sujetos deberán de tener la capacidad procesal, que en nuestro ordenamiento se rige por el Derecho común según el cual

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

50 Así lo sostiene Gimeno Sendra, V., et al., Derecho Procesal Administrativo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 204. La SCA en Sentencias de la SCA del 17 de noviembre de 1998, referencia 22-H-92 y otra de la misma fecha, referencia 20-H-91, establecen que la pretensión objeto del juicio –declaratoria de ilegalidad del acto impugnado– si el demandante no es un 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.

solo tendrán capacidad los que estén en el ejercicio de sus derechos civiles y plena capacidad jurídica de obrar.[51]

Los que ostenten dicha calidad podrán comparecer en el proceso mediante apoderado, que es meramente potestativo. La LJCA exige únicamente, según el artículo 50, la firma y sello de abogado director que deberán de estamparse al pie de la demanda. El artículo 9 letra a) de la LJCA regula que para la comparecencia de los menores de edad, tendrán que hacerlo por medio de su represéntate legal –padres o tutores– según sea el caso.

### *1.8.1. La Legitimación activa*

La legitimación indica quienes son los verdaderos titulares de la relación material –pretensor y demandado– que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso, cuya participación procesal es necesaria para que la sentencia resulte eficaz.[52]

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 some-

51 Echandía D., Teoría general del proceso, 3ª edición, 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, Temis, Santa Fe, Bogotá, 2ª edición, 1999. pág. 159, y ss.

52 González Pérez, J., Derecho procesal administrativo hispanoamericano, Temis, Bogotá, 1985, pág. 115.

te al enjuiciamiento de los tribunales. Condiciona la eficacia misma de la sentencia.[53]

La demanda contenciosa administrativa, que busca la declaratoria de ilegalidad de actos de la Administración pública, puede ser presentada por los titulares de un derecho que se considere infringido y quien tenga un interés legítimo y directo en ello, según lo prescrito por el artículo 9 de la LJCA. Para que una persona tenga la legitimación debe de cumplir dos requisitos, a saber:

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 presente. 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. He aquí uno de los principales retos de la justicia administrativa, pues la pretensión administrativa puede originarse por una serie de circunstancias que rebasan a la manifestación formal de la Administración.

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, Cualquiera 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, u otras formas de personificación de agrupaciones de sujetos privados de carácter asociativo. Éstas son una agrupación de intereses individuales y, por consiguiente, ostentan el mismo interés colectivo que es propio de cada uno de sus miembros.

53 Véase sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 17 de enero de 1997, referencia 29-H-95 y del 15 diciembre de 1997, referencia 32-F-96.

> 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 propia de la entidad.[54]

### 1.8.2. Legitimación e intereses difusos

La referida concepción doctrinal sobre el interés legítimo que se reconoce en el artículo 9 de LJCA no se ajustaba literalmente a todos aquellos que se encontraban en una situación supraindividual. Ante ello la SCA interpretó de forma amplia o extensiva el sentido del contenido del referido artículo, más allá de la perspectiva individual o personalizada. La razón de ello fue el reconocimiento de los intereses difuso,[55] a fin de potenciar el acceso a la jurisdicción a todos aquellos que ostenten de manera suficiente y razonable tales intereses.[56]

54 Auto interlocutorio del 12 de mayo de 2005, referencia 354-C-2004.

55 En el Auto interlocutorio de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 7 de febrero de 2007, referencia 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, 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 Sala del 26 de marzo de 2007, referencia 73-2007, la Sala admite la demanda presentada, por la Fundación de Vecinos del Arrecife de los Cóbanos, que se abrevia FUNDARECIFE, contra el referido Ministerio, 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.

56 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 esquemas tradicionales. Véase ARMIJO SAN-

El titular del denominado "interés difuso"[57] 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 la podrían ejercer las personas directamente afectadas, las comunidades sin personalidad jurídica, la propia Administración, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y, por supuesto, las asociaciones que ostentan un reconocimiento legal.

En síntesis, puede señalarse que el interés legítimo, además de ser personal y directo, puede ser colectivo e indirecto. A partir de un cambio de precedente 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. Lo anterior, no sólo en los derechos e intereses individualizados, sino también los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso.

### 1.8.3. 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 Administración.

---

CHO, G. A., La Tutela Constitucional del Interés Difuso, 2ª edición, Ed. Investigación Jurídica S.A., San José de Costa Rica, 1999, pág. 41.

57 La Sala de lo Constitucional 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.

De lo anterior se colige, de conformidad al artículo 10 letra b) de la LJCA,[58] que está permitido demandar, sea a los funcionarios a través de quienes las entidades realizan las funciones, o a la entidad misma. En concordancia con tal postura las disposiciones de la LJCA hacen referencia a "la autoridad 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 las alegaciones: informe que justifiquen la legalidad del acto administrativo (artículo 24 LJCA), así como las pruebas a favor de la Administración y alegaciones conclusivas dentro del proceso (artículos 26, 27 y 28 de la LJCA).

Por otro lado, no es posible 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 artículo 8 de la LJCA. En este particular, es ilustrativo el ejemplo que expone Gamero Casado,[59] 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. Tampoco es posible que lo pueda hacer, por ejemplo, las Juntas de la Carrera Docente contra el Tribunal de la Carrera Docente. Lo que sí ha consentido la SCA es que un Director o Ministro impugne un acto dictado por el Tribunal de Servicio Civil, lo cual nos resulta lógico por no estar dichos entes en una relación jerárquica.

En este sentido, la SCA ha reconocido los contenciosos interadministrativos,[60] 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 capacidad de actuar por sí sola. De ahí se puede establecer la siguiente máxima: es posible reconocer la legitimación activa a todo ente de la Administración que posea una personalidad jurídi-

58 Es el "Órgano-Institución" que se encuentra pasivamente legitimado en el proceso contencioso administrativo (Sentencia del 25 de septiembre de 1998, referencia 37-G-95).

59 Gamero Casado, E., Monografía…cit., op. cit., pág. 74.

60 A manera de ejemplo tenemos la sentencia del 29 de julio de 2004, referencia 266-M-2002.

ca propia, esto es, que no tenga relación de subordinación con otro ente de la Administración.

Otros casos que "atípicos" de legitimación son aquellos que se presentan cuando un ente de la Administración deja de existir, sea por traslado de competencia a otro ente, sea por la extinción del mismo. Cuando eso suceda habrá que observar que dispone el decreto o acto de extinción, pues lo normal es que se cree otro ente para ejercer las competencias del extinto. En esa situación, la legitimación la tendrá el ente que asume las competencias.

### 1.8.4. OTROS SUJETOS INTERVINIENTES

#### *1.8.4.1. La calidad de tercero*

El artículo 14 de la LJCA reconoce al tercero como parte en el proceso contencioso administrativo, que sólo podrá demandar cuando el acto que se impugna le beneficie o perjudique. De hecho, el artículo 9 de la LJCA estipula, como requisito formal de la demanda, la identificación de un posible tercero en las condiciones antes descritas, para que la Sala le notifique todas las resoluciones que se deriven dentro del proceso y pueda apersonarse y pueda hacer uso de sus derechos y garantías procesales reconocidas constitucionalmente.

El tercero no podrá postular en la demanda una pretensión con el actor, no está facultado para retrotraer los trámites procesales ya cumplidos y solo 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, sea oponiéndose, sea arguyendo a favor del actor. Su intervención surte efecto al momento de emitir la sentencia definitiva, afirmándose en su derecho o sucumbiendo en las pretensiones con el actor. También puede ser condenado en costas y en daños y perjuicios.

#### *1.8.4.2. El Fiscal General de la República*

El artículo 13 de la LJCA establece la intervención en el proceso contencioso al Fiscal General de la República, en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad. Este mandato es una particularidad del derecho salvadoreño, ya que su función se debe limitar a dar informes u opiniones imparciales sobre las pretensiones de las partes, sin que sus argumentos puedan incidir en el fallo correspondiente.

Inclusive nada impide que solicite la presentación de pruebas para esclarecer los hechos.

Sin embargo, a tenor del Derecho procesal moderno, su intervención a título de *amicus curiae* se prescindirá cuando sea éste el que interponga la demanda en el ejercicio de sus funciones constitucionales, en defensa de la legalidad y de los intereses del Estado.

### 1.8.5. .La tutela cautelar

#### *1.8.5.1. Presupuestos básicos*

La tutela cautelar[61] constituye una necesidad esencial del proceso contencioso administrativo, sobre todo a favor del particular, que

61 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 transformarse 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. Véase sentencia de la SC Inconstitucionalidad del 12 de julio de 2005, referencia 59-2003. Sobre un amplio desarrollo de los caracteres de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo Rodríguez 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, págs. 36-39. Padros, R. S., La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, págs. 137 y ss.

suele ser el más débil dentro del proceso.[62] Con su adopción se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso como de la efectividad de la sentencia que lo culmina; es decir, se pretende asegurar el cumplimiento de la decisión de fondo.

Las medidas cautelares son las herramientas procesales que se persigue en dotar de eficacia la decisión que dicte el órgano jurisdiccional al pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento.[63]

La SCA podrá acordar la medida cautelar al admitir la demanda, según el artículo 16 inciso 1 de la LJCA, o en el transcurso del mismo a solicitud de cualquiera de las partes, según los artículos 20 al 22 de la LJCA. Aunque la LJCA no prescribe expresamente, las medidas cautelares podrían solicitarse previo al proceso, haciendo una integración con el Derecho procesal común, artículo 435 Código Procesal Civil y Mercantil.

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 según lo prescriben los artículos 19, 36 y 37 de la LJCA.

### *1.8.5.2. Requisitos de la tutela cautelar en el proceso contencioso*

La LJCA había considerado históricamente como única medida cautelar[64] y exclusiva, "la suspensión de los efectos del acto impugnado" (artículo 16 inciso 1). Además, la jurisprudencia de la Sala había tomado en consideración que al momento de otorgar la suspensión de la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado era necesario cumplir con los siguientes requisitos: a) primero,

62 Al respecto puede consultarse: MARINONI, L. G., y CRUZ ARENHART, S., Processo Cautelar, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 3ª reimpresión, 2008.

63 Así lo ha prescrito la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad del 12 de julio de 2005, referencia 59-2003.

64 Nuestra Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, 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 supra, la que se ha referido a ella con dicha denominación.

que mediare petición de parte y, b) segundo, que se trate de un acto capaz de producir efectos positivos.

De acuerdo con lo anterior, la Sala interpreta que la suspensión requiere previamente el examen y valoración de todos los requisitos que determina la ley, de modo que ésta no era en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática que atienda la sola petición y el efecto positivo que se derive del acto administrativo. Después, la Sca modificó dicho entendimiento y pasó a exigir tres requisitos a examinarse en cada caso para estimar la procedencia de la suspensión del acto, a saber:

1) Que sea un acto capaz de producir efectos positivos (artículo 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).
2) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia (artículo 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).
3) Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público (artículo 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. Esto en virtud que el artículo 246 "in fine" de la Constitución manda que el interés público prevalezca sobre el privado.

A esto se le agrega que, pese al silencio del legislador, para la adopción de la medida cautelar es necesario valorar no sólo los intereses de la parte demandante y los públicos que demandan la inmediata ejecución, sino también los intereses de los terceros que puedan resultar perjudicados o beneficiados con la adopción de la medida cautelar.

Lo anterior según el artículo 14 de la LJCA que reconoce la posibilidad de que los terceros puedan intervenir en el proceso, con el fin de recabar la tutela de sus derechos e intereses. En sentido también es posible interpretar que su posición también deba ser considerada al momento de decidir la suspensión del acto.

### *1.8.5.3. Necesidad de ampliar la tutela provisional. Cautelar y anticipatoria*

En la mayoría de los casos, para que la sentencia definitiva sea eficaz, se necesita de otro tipo de medidas provisionales, sean cautelares o anticipatorias. Ello porque mantener como una única medida cautelar la "suspensión del acto" es contrario al "derecho de protección jurisdiccional", ya que puede presentarse otras circunstancias en que sea necesario el reconocimiento de un derecho subjetivo provisionalmente.[65]

Durante muchos años se lamentó mucho que la SCA realizara interpretaciones muy restrictivas y no conformes a la Constitución de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Lo anterior por que en muchas ocasiones los peticionarios solicitaban en las demandas medidas cautelares de índole "positiva o innovativa"–llevándose verdaderas batallas por el reconocimiento de otras medidas cautelares[66]– y esas era denegadas con el argumento que no estaban previstas en la Ley.[67]

65 Es de reconocer que la moderna doctrina procesal la distingue de la "Tutela anticipada y la tutela cautelar". Véase en este tema: Marinoni, L. G., Anticipacão da tutela, 10ª ed., Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2009.

66 En un análisis cronológico del tema García Enterría, E., La batalla por las medidas cautelares, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1995.

67 A manera de ejemplo véanse las sentencias de la Sala, del 30 de junio de 2006, referencia 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, referencia 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, referencia 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.

Lo anterior pese a que la Sala de lo Constitucional, en materia de amparo, ya había reconocido dichas medidas cautelares[68] a fin de salvaguardar los derechos constitucionales de los demandantes.[69] Aunado a esto el Código Procesal Civil y Mercantil, según el artículo 53 de la LJCA, debe aplicarse de manera supletoria, ya que éste recoge la tutela cautelar como una manifestación propia del derecho de protección jurisdiccional.

Ello hacía imperativo que la SCA realizara un análisis progresista de las medidas provisionales, regístrese, cautelares o anticipatorias, en el proceso contencioso administrativo.

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

69 Para justificar la adopción de medidas cautelares que superan la clásica suspensión del acto reclamado, la Sala de lo Constitucional en auto interlocutorio del 14 de enero de 2002, referencia 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 paralización 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 inmune 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 (…)"

Es así como en el mes de enero de 2014 la Sala dejó atrás todas líneas jurisprudenciales vetustas y haciendo una interpretación conforme a la Constitución –y al Código Modelo para Iberoamérica de Derecho procesal administrativo–, respecto a los artículos 16 y 17 de la LJCA y adoptó las medidas cautelares innovativas.[70] En dicho caso la SCA ordenó a la Comisión Calificadora de Invalidez de Superintendencia del Sistema Financiero, a que a su vez ordenara a la Administradora de Ahorro para Pensiones, que otorgara de forma provisional la pensión por invalidez, tomando en consideración la proporción y la cuantía según el artículo 128 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

Con lo anterior la Sala de lo Contencioso Administrativo reconoce un derecho subjetivo de forma provisional al demandante con el propósito de salvaguardar sus derechos constitucionales. Lo cual quiebra el mito procesal, donde solo ordenaba medidas "cautelares" basadas en la suspensión de actos administrativo. En suma este precedente se vuelve vinculante para la misma Sala, siendo suficiente para que en el futuro otorgue cualquier medida cautelar que fuese necesaria según las circunstancias de la *causa petendi*.

70 Auto interlocutorio del 22 de enero de 2014, referencia 293-2013. Aunque a decir verdad ya antes la SCA había emitido resoluciones "cautelares" con contenido innovativo. Sin embargo, es la primera vez que se nomina de forma expresa esa medida de forma diferente. El auto en verdad es meritorio por que deja atrás el temor que tenía la SCA de diferenciar las suspensiones de medidas provisionales que no solo son. Sin embargo, al Auto en referencia le faltó distinguir lo cautelar de lo anticipatorio. Básicamente la diferencia radica en que una medida cautelar no puede contener parte o todo de lo pretendido en la demanda. La medida cautelar solo puede asegurar la pretensión. Por ejemplo, el embargo asegura la ejecución del crédito, pero no adelanta la satisfacción del mismo. Al contrario, el contenido del Auto interlocutorio del 22 de enero de 2014, realiza una anticipación de la tutela, por que otorga la pretensión al actor en un momento anterior a la sentencia. Debe alentarse que este tipo de medidas anticipatorias son constitucionales en la medida que la resolución judicial no es firme y puede revocarse. Para despejar cualquier sospecha de inconstitucionalidad el lector debe acordarse de que los alimentos provisionales también son de esa naturaleza y a nadie se le ha ocurrido afirmar que son violatorias al debido proceso. Véase, MARINONI, L. G., Anticipacão da tutela, op. cit.

## 1.9. Actos de desarrollo del proceso contencioso administrativo

### *1.9.1. La fase probatoria*

El proceso contencioso administrativo, tal como hemos apuntado supra, no es una mera revisión respecto de las cuestiones de hecho acontecidas durante la tramitación del procedimiento administrativo. Es un verdadero proceso con plenitud de garantías para las partes, por lo que se podrá discutir tanto los hechos como el derecho, y para tal fin, se necesita la etapa probatoria.

El artículo 26 LJCA prevé que, de ser necesario, la SCA procederá a la apertura del periodo probatorio, dentro del plazo de veinte días hábiles comunes para todos los intervinientes.

Adicionalmente, puede hacerlo a petición de las partes, inclusive el tercero, y por el mandato del artículo 13 de la LJCA puede pedirlo el Fiscal General de la República. En cualquier caso, aun cuando no se solicite la apertura a pruebas la SCA, en virtud del principio de oficialidad, puede hacer cuando considere necesario esclarecer los hechos. En tal caso invitará a las partes a que las propongan, sobre la pertinencia de los hechos.

El artículo 48 inciso 2, de la LJCA otorga amplio poderes a la SCA para que ordene la práctica de cualquiera de las pruebas, incluso pruebas para mejor proveer. De hecho la SCA, al admitir la demanda, solicita al funcionario o autoridad demanda el envío del expediente administrativo, para ser utilizado como prueba documental.

La LJCA no contiene reglas específicas respecto a los medios probatorios. La SCA ha preestablecido que deben de aplicarse la remisión supletoria al Derecho procesal común,[71] en virtud del artículo 53 de la Ley. 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 artículo 27 de la LJCA no permite la "absolución de posiciones" o confesión provocada. El sistema de valoración de la prueba es la "sana crítica".

El término de prueba, según prescribe la LJCA, en el artículo 25, puede prescindirse si el "objeto del litigio" se fundamenta en la discu-

71 Véase la sentencia del 26 de enero de 1996, referencia 11-Z-94.

sión de la ley o un hecho preestablecido que se basó con documentos públicos o auténticos. La LJCA dispone que una vez establecida la anterior circunstancia queda concluida la causa y la SCA debe emitir sentencia definitiva.

Sin embargo, en virtud de los principios de audiencia e igualdad, previo a pronunciar sentencia, se deberá dar 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.[72]

### *1.9.2. Alegaciones conclusivas*

El artículo 28 de la LJCA dispone: "concluido el término de prueba…" –o haberse omitido por no ser pertinente según la jurisprudencia de la Sala–, se dará traslado al agente fiscal, al demandante, demandado, por el plazo de ocho días hábiles a cada uno, para que presenten sus respectivos alegatos, pero sin que pueda agregar nuevas pretensiones.

El artículo 28 inciso 2 de la LJCA estipula que cuando fueren varios los que tengan la calidad de tercero, la Sala no les dará traslado, sino audiencia común por ocho días, previniéndoles que designen un representante común para que evacuara dicha audiencia. Esto virtud del principio de celeridad y economía procesal.

Finalmente, 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 Sala no conozca sobre el fondo del asunto.

Devueltos los traslados con las alegaciones correspondientes, el proceso queda listo para que la Sala pronuncie la sentencia (artículo 30 de la ley), dentro del plazo de doce días, que, de acuerdo a la práctica, se vuelve un mero ideal, ya que transcurre mucho meses para que ésta dicte la anhelada sentencia.

72 Así lo expresó en la sentencia del 23 de julio de 2003, referencia 164-P-2003.

## 1.10. Terminación del procedimiento

### *1.10.1. 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 Sala 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 establece en el artículo 40 las causas que se pueden agrupar, siguiendo el esquema de SANTAMARÍA PASTOR,[73] de la forma siguiente:

a) Desistimiento y conformidad expresa del demandante. (Artículos 40, letras b) y c) de la ley).
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, según el artículo 40, letras a) y d) de la LJCA.
c) Cuando la demanda contenga un vicio en la pretensión, sea porque es materia ajena al conocimiento de la Sala sea porque el caso se ha resuelto con anterioridad (artículo 40, letra f) de la LJCA).
d) La LJCA señala, en el artículo 40 letra ch), la falta de presentación de prueba sobre la existencia del acto administrativo. Esa situación ya no tiene razón de ser porque la Sala, sobre la base del principio de oficialidad, solicita el expediente administrativo –o judicial según el caso– y ahí se comprueba el acto o los actos impugnados. Asimismo, la letra e) estipula como causa de terminación la muerte del demandante, cuando afecte únicamente a su persona.

Este aspecto que hoy en día suele ser difícil que proceda, 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

73 SANTAMARÍA PASTOR, J. A., op. cit., págs. 690-691.

la ilegalidad del acto para efectos de perseguir por medio de los "daños y perjuicios" a la Administración.

### *1.10.2. La sentencia definitiva*

La sentencia definitiva contiene dos aspectos básicos: 1) su contenido formal y 2) sus efectos. El artículo 31 de la LJCA, señala que la sentencia definitiva debe contener las formalidades siguientes:

a) la relación de los hechos y cuestiones jurídicas que se controvierten (thema decidendum);[74]
b) los argumentos principales de cada parte procesal;
c) los fundamentos legales que la Sala estime conveniente, citando doctrina de los expositores del Derecho, principios del derecho, jurisprudencia y leyes (ratio dicendendi y obiter dictum);

74 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 del 9 de septiembre de 2004, referencia 52-F-2001; y del 13 de diciembre de 2004, referencia 246-R- 2004.

d) 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;
e) el fallo donde determina sus efectos y la obligatoriedad de las partes.

Por su parte, el artículo 32 de la LJCA determina los puntos en que recaerá la sentencia, que base del principio de congruencia versará 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 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 líquida cobrada ilegalmente, reinstalar en su cargo de servidor público, más cantidades líquidas provenientes de salarios, y prestaciones sociales.

Según lo prescribe el artículo 39 de la Ley, la Sala 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 Sala 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 (…) éstas tienen un pronunciamiento que se encuentra acompañado de una medida para restablecimiento 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…".[75]

En virtud de lo anterior, no se podrá ejecutar un acto que tenga como propósito alterar el goce de una situación jurídica concreta, ya que

75 Véase la sentencia del 28 de marzo de 2005, referencia 27-U-2001.

conllevaría el incumplimiento de los efectos de la sentencia. Esto evita que el particular esté entablando una cadena de procesos sobre el mismo objeto ya resuelto y tutelado a su favor.

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 pagarlas a todo aquel que no pruebe sus pretensiones, excepciones o que abandone la acción incoada. Segundo: el resarcimiento de daños y perjuicios, (artículo 34 de la ley) 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 probar la existencia del daño si la Sala no estimó su pretensión y la tasación de los daños materiales o morales que dieren lugar, respondiendo directamente el funcionario y subsidiariamente la Administración.

Finalmente, la SCA debe pronunciarse sobre todos los motivos de ilegalidad planteados en la demanda. Por ello debe abandonar la práctica antigua de inhibirse de todos los pronunciamientos cuando haya concedido la razón al demandante por un punto de la pretensión. Esto deviene de la estructura de la sentencia ya que según el artículo 217, inciso 3, parte final, del Código Procesal Civil y Mercantil: "Los fundamentos de derecho habrán de contener una respuesta expresa y razonada de todas y cada una de las causas de pedir, así como a las cuestiones prejudiciales y jurídicas necesarias para la adecuada resolución del objeto procesal".

## 1.11. Ejecución de la sentencia

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

La LJCA en el artículo 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 artículo 34 inciso 1 de la citada Ley, determina que recibida la certificación de la sentencia, el funcionario o autoridad practicará las diligencias para su cumplimiento dentro del plazo del treinta días, contados desde aquel en sea recibida, por supuesto, siempre que la sentencia resulte estimatoria.

Al transcurrir el plazo anterior, si la sentencia no se cumple, a solicitud de parte la Sala requerirá al funcionario superior jerárquico inmediato, si lo tuviere, o si es el propio titular de la institución el condenado, que la haga cumplir o que la cumpla. En caso que se negare a cumplirla, la Sca 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 artículo 241 constitucional[76] (artículo 37 de la ley).

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 aplazan su ejecución, llevando en muchos ocasiones al particular a otro valladar procesal para que se haga efectiva. A nuestro juicio la Sala 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 Sala sobre el acatamiento de la misma. Esos poderes nacen de las potestades que otorgan el principio de oficialidad. Recuérdese que ese mismo principio es el que sustenta que se requiera el expediente administrativo, por lo cual es contrario derecho de protección jurisdiccional que no se emplee en este caso.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que pueda entablar las partes interesadas, de conformidad con el artículo 38 de la Ljca. Ello porque la potestad constitucional del artículo 172 inciso 1, atribuida al Órgano Judicial, conlleva el uso de todas las vías legales y activarse todos los medios que el ordenamiento jurídico contempla.

Por otra parte, los artículos 41 y 42 de la Ljca, otorgan la prerrogativa a la Administración para que puede solicitar a la Corte Suprema de Justicia la suspensión de la ejecución de la sentencia, sea total o parcialmente, previa audiencia al demandante, siempre que esté fundada en las causas siguientes:

76 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."

a) si la ejecución pudiere ocasionar peligro de trastorno grave al orden público, supresión o suspensión del servicio público esencial a la comunidad; y,
b) cuando la cantidad líquida que se pagará de parte de la autoridad administrativa, implicare grave detrimento a la Hacienda Pública.

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, según el artículo 245 constitucional. El plazo de la suspensión no podrá acordarla en un período mayor de tres años.

## 1.12. El proceso de lesividad

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

Según el artículo 8 de la LJCA, el proceso de lesividad se estatuye como un instrumento procesal para revocar actos administrativos firmes,[77] de carácter favorable,[78] es decir generadores de derechos subjetivos a la esfera de un particular.[79] Es una manifestación objetiva del derecho a la seguridad jurídica prescrito en el artículo 2 de

77 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.

78 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. (Véase sentencia del 13 de julio de dos mil uno, referencia 138-A-1999).

79 Quedan excluidas las pretensiones que en el proceso de lesividad las que estén fundadas en razones de oportunidad o conveniencia de la de-

la Constitución, ya que la Administración para anular dichos actos no podrá hacerlo a "muto propio", sin que siga este procedimiento especializado.[80]

Además, prescribe la aludida disposición, que para iniciar este procedimiento el órgano superior deberá previamente acordar "la lesividad al interés público" 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 deberá ser publicado en el Diario Oficial; pero la LJCA no establece plazo preciso para que la Administración haga la publicación respectiva. Esto genera 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.

En esa línea, aunque la LJCA no lo diga la publicación debe hacerse en un plazo razonable. Del mismo modo, no señala que la Administración debe de notificar el "acuerdo de lesividad" al particular titular del derecho reconocido por el acto que se proyecta declarar ilegal. Sin embargo, sobre la base del artículo 11 de la Constitución, es necesario hacer dicha notificación para garantizar el derecho de defensa.

Además, la demanda deberá de contener los requisitos formales del artículo 10 de la LJCA, en lo que fuere aplicable a la pretensión de la declaratoria de lesividad al interés público. Se exige que se anexe a la presentación de la demanda el ejemplar del Diario Oficial donde se publicó dicho acuerdo.

El artículo 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 Sala

cisión administrativa, pues no es esa la finalidad procesal en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

80 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 Sala de lo Contencioso Administrativo, 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.

lo estime necesario, y se aplicaran las reglas del proceso contencioso ordinario, en el cual se puede solicitar medidas cautelares y la realización cualquier otro acto procesal.

Finalmente, este proceso es poco utilizado. Primero por el desconocimiento de las autoridades administrativas o funcionarios, que en muchas ocasiones revocan sus actos administrativos sin la realización de éste procedimiento. Ante ello el particular demanda por violación al principio de legalidad y la Sala le da la razón. Segundo, por el poco interés de la Administración en declarar la "lesividad" de sus 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, para declarar ilegal el pago de una indemnización originada del proceso de reforma agraria que acordó en Consejo Directivo del ISTA.[81]
2) El promovido por la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, para declarar ilegal un acto de la Junta de Gobierno de ANDA, que resolvió adjudicar parcialmente a la Sociedad "Drillmasters", Sociedad Anónima de Capital Variable. Dicha adjudicación consistió en la construcción de ochenta y cinco pozos de extracción de agua.[82] En ambos casos la Sala resolvió declarar la ilegalidad, consecuentemente lesivos los actos administrativos impugnados por los entes administrativos antes mencionados.

## 1.13. Reflexiones finales

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 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa fue un avance importante para robustecer el Derecho administrativo, pero hoy una ley vetusta que necesita grandes reformas, y porque no decirlo la aprobación de una nueva que se encauce a las tendencias modernas del Derecho procesal administrativo. El modelo contencioso ad-

81 Véase sentencia del 11 de septiembre de 1998, referencia 26-I- 96.

82 Véase sentencia del 31 de octubre de 2006, referencia 295-A-2004.

ministrativo costarricense puede ser un paradigma a seguir, incluso se debe incorporar la oralidad.

2ª Dentro de esos grandes cambios a realizar se encuentra la descentralización de la justicia contenciosa administrativa. Sobre todo creando tribunales de primera y segunda instancia, presididos por jueces especializados guardianes de la Constitución, de la legalidad. De esta forma la Sala se transformaría en un órgano de carácter jurisdiccional extraordinario, que conozca del recurso de Casación o de segunda instancia según la importancia del asunto.

3ª El ámbito de la competencia material de la jurisdicción contenciosa administrativa debe abrirse a nuevos espacios de control, tales como los actos políticos de gobierno, 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 Sala ha dado un alcance amplio de la legitimación activa reconociendo la tutela de los intereses colectivos y difusos, 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 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.

## Bibliografía

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

AA. VV., El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Tomo I, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008.

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.

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

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.

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.

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.

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

HUTCHINSON, T., Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.

JINESTA LOBO, E., Manual del Proceso Contencioso Administrativo, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2009.

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

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

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.

ROJAS FRANCO, E., Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo, Editorama, San José de Costa Rica, 2008.

SANTAMARIA PASTOR, J. A, Principios de Derecho Administrativo, Volumen I, 4ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 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.

# LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN HONDURAS

Edmundo Orellana[1]

## 2.1.Antecedentes

Antes de la emisión de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, los tribunales ordinarios no podían revisar los actos administrativos, particulares o generales, ni los contratos administrativos.

El único medio de impugnación de los actos administrativos era la garantía de amparo. Pero por ésta solamente podía declararse la violación a la Constitución y reconocer la lesión a un derecho constitucional. Estaba previsto que por el amparo no se podía revisar el acto en cuestión. De manera que éste quedaba vigente después de la sentencia; su revocación o anulación era competencia del órgano competente.

Las obligaciones pecuniarias a cargo del Estado eran del conocimiento de los tribunales civiles, tanto las derivadas de contratos como de

1 Se desempeña como Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNAH. Es Abogado, con un doctorado en Bolonia, Italia. Ha laborado como Magistrado en la Corte de Apelaciones de lo Contencioso-administrativo, 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.

acciones culposas. Sin embargo, no se podían hacer efectivas una vez reconocidas en sentencia, porque la prohibición de embargar bienes del Estado era absoluta.

En estas condiciones, la Administración Pública ostentaba un poder absoluto sobre sus actos y sus consecuencias. Terreno fértil para la arbitrariedad.

La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo fue emitida, con fecha 20 de noviembre de 1987 y entró en vigencia el 1 de julio de 1988, por mandato de la Constitución de la República, ubicado dentro del apartado destinado al Poder Judicial. La norma pertinente, posteriormente derogada, decía: Créase la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Una ley establecerá la competencia de la materia, así como su organización y funcionamiento". Entiéndase, en consecuencia, que se trata de una jurisdicción especial, ubicada dentro del Poder Judicial.

## 2.2. Objeto de la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Con esta ley se regula la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, encargada de conocer las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos, de carácter particular o general, de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.

Con esta jurisdicción se logra el objetivo de someter el Estado al Derecho. Antes de su emisión, los particulares podían demandar al funcionario o empleado responsable de la emisión de los actos o acciones que lesionaran sus derechos subjetivos, pero no al Estado. Un despido injusto no podía ser revisado en sede judicial, en consecuencia la reparación era imposible. Una acción que causara daños o perjuicios en el patrimonio de un particular, podía ser juzgada en la jurisdicción civil, pero el responsable era siempre el funcionario o empleado; en ningún caso el Estado.

Con la posibilidad de juzgar los actos del Estado en una jurisdicción especial, quien queda sometido al Derecho es el Estado. El demandado es el Estado; a quien se declara responsable, en caso de comprobarse, es al Estado; a quien se condena en la sentencia, es al Estado; el obligado a reparar el daño, cuando proceda, es el Estado.

La Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo es el medio efectivo para eliminar la arbitrariedad en la Administración Pública. Por

su medio se despoja al Estado de su condición de Poder irrestricto y se le obliga a mantenerse dentro de los límites que el ordenamiento jurídico reconoce para proteger al ciudadano de su ejercicio arbitrario.

## 2.3 Características de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo

Son tres las características que el ordenamiento jurídico reconoce a esta jurisdicción, a saber: improrrogabilidad de la jurisdicción y falta de jurisdicción.

### A) IMPRORROGABILIDAD DE LA JURISDICCIÓN

Cada jurisdicción está debidamente delimitada en el ordenamiento jurídico y las normas que las regulan son de orden público, es decir, su cumplimiento es obligatorio y no está previsto que puedan sustituirse por la voluntad de las partes.

La extensión y límites de cada una se determina en esa normativa. De modo que ninguna puede conocer de asuntos que son propios de otra jurisdicción. Queda, pues, eliminada la posibilidad de que las partes puedan someterse voluntariamente a una jurisdicción distinta de la Contencioso-administrativa, cuando deduzcan pretensiones en relación con los actos de la Administración Pública sometidos al Derecho Administrativo; igualmente, la posibilidad de que la jurisdicción de lo contencioso-administrativa conozca de cuestiones cuyo juzgamiento corresponda a otra jurisdicción.

### B) FALTA DE JURISDICCIÓN

Se reconoce que los órganos de esta jurisdicción pueden declarar, incluso de oficio, la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes sobre la misma.

Si la cuestión no es de esta jurisdicción, el tribunal, incluso de oficio, puede negarse a resolver una cuestión que sea propia de una jurisdicción distinta. La jurisdicción, por consiguiente, se constituye como requisito de este proceso, cuya falta impide conocer la pretensión planteada.

La falta de jurisdicción, que impide a los tribunales examinar a fondo la pretensión formulada, puede ser declarada de oficio o a instancia de parte.

*a) De oficio*

La apreciación de oficio de la falta de jurisdicción es una demostración palmaria de la vigencia del principio inquisitivo en este proceso. Solamente se permite en dos momentos procesales, a saber: en la admisión y en la sentencia; pero en ambos, antes de la declaración respectiva, debe concederse a las partes la oportunidad de alegar todo cuanto estimen pertinente sobre el asunto.

En el trámite de admisión, el tribunal, apreciada que sea la falta de jurisdicción, podrá declarar la inadmisión de la demanda, pero antes hará saber a las partes el motivo en que se funde, para que, en el término de diez días hábiles, aleguen lo que estimen pertinente y acompañen los documentos respectivos.

El tribunal Contencioso-administrativo, como todos los demás tribunales, está obligado a juzgar dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar la acción y la oposición. Sin embargo, la ley autoriza al tribunal para que, en caso de que nadie alegare el motivo de falta de jurisdicción, éste pueda apreciarlo y dictar sentencia fundándose en él. En efecto, entre los motivos por los cuales el tribunal puede decretar en sentencia la inadmisibilidad de la acción, se reconoce, justamente, la falta de jurisdicción. En este supuesto, el tribunal, aunque ninguna de las partes hubiere alegado este motivo, podrá, de oficio, apreciarlo y dictar sentencia fundándose en él. Cuando así proceda, debe someter a las partes este motivo, para que, en el plazo común de ocho días hábiles, formulen las alegaciones que estimen oportunas, decretando la suspensión del plazo para pronunciar el fallo. Cumplido este trámite e independientemente de lo alegado por las partes, el tribunal podrá dictar sentencia declarando la inadmisibilidad de la acción, basándose en el motivo apreciado por el tribunal.

*b) A instancia de parte*

La parte demandada y el coadyuvante podrán alegar la falta de jurisdicción solo en un momento procesal: el de las defensas previas.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes al emplazamiento, podrán alegar como Defensas Previas la falta de jurisdicción. Trascurrido ese plazo, no se les dará curso ni se atenderán las alegaciones que se formulen.

Sin embargo, nada impide que se incluya en la contestación de la demanda, pero solo para efecto de ilustrar el tribunal, que tiene la po-

testad de apreciar de oficio la falta de jurisdicción en sentencia, pero como causa de inadmisibilidad de la demanda.

*c) La declaración de falta de jurisdicción*

Es obligatorio motivar o razonar el auto o sentencia en el que se declare la falta de jurisdicción. También lo es indicar siempre la concreta jurisdicción que se estime competente.

El efecto de la declaración de falta de jurisdicción es el de no decidir la cuestión de fondo planteada. Pero también el siguiente: que si la parte demandante comparece ante la jurisdicción que se indique en el auto o sentencia como competente en el plazo de diez días, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inicie el plazo señalado para la presentación de la demanda, siempre que la hubiere planteado ante lo Contencioso-administrativo siguiendo las indicaciones de la notificación administrativa o ésta fuere defectuosa, porque se entiende que la falta de jurisdicción es consecuencia del proceder incorrecto de la Administración Pública. Es decir, cuando en la notificación administrativa se le indica incorrectamente al afectado que la jurisdicción competente para conocer su impugnación es la contencioso-administrativa; su incorrecto proceder deriva de la notificación de la Administración.

## 2.4 Conflictos jurisdiccionales

Cada órgano es creado por ley, asignándole la competencia respectiva en términos claros y precisos. Esas normas que regulan la competencia son irrenunciables y no pueden ser vulneradas ni incumplidas. De donde resulta que ningún órgano puede conocer lo que por ley corresponde a otro.

No obstante, en la realidad se plantean injerencias de un órgano en la competencia de otro, generando conflictos.

Cuando se trata de la jurisdicción, cada tribunal creado tiene competencias dentro de la jurisdicción respectiva. En la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, los tribunales tienen sus competencias dentro de esta jurisdicción. Por lo que no está permitido que conozcan asuntos de otras jurisdicciones.

Cuando dos tribunales pretenden conocer o no conocer, a la vez, de un mismo asunto, se plantea un "conflicto jurisdiccional", que puede ser interno o externo, según que se dé entre órgano judiciales o

entre un órgano judicial y órganos de otro Poder del Estado; o, positivos (cuando ambos se consideran competentes) y negativos (cuando ambos se consideran incompetentes).

Cuando el conflicto es interno, positivo o negativo, (entre un tribunal Contencioso-administrativo y, por ejemplo, un tribunal civil) será resuelto por la Corte Suprema de Justicia. Cuando el conflicto se de entre un tribunal Contencioso-administrativo y un órgano de otro Poder del Estado, lo resuelve la Corte de Apelaciones dentro de cuya jurisdicción se encuentren ambos, pero si se trata de órganos que se encuentran dentro de la jurisdicción de una Corte de Apelaciones, el conflicto lo resuelve la Corte Suprema de Justicia.

## 2.5.Materias incluidas

Las materias incluidas dentro de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo son las siguientes:

a) Las cuestiones referentes al cumplimiento, interpretación, resolución, rescisión y efectos de los contratos regulados por la Ley de Contratación del Estado que celebren los Poderes del Estado, las instituciones autónomas y las municipalidades, así como todo lo relativo a los contratos de servicios profesionales o técnicos que celebren con los Poderes del Estado.

   Los contratos que regula esa ley son los siguientes: de obra pública, suministros y consultoría.

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

   Se refiere a la responsabilidad extracontractual del Estado, de las instituciones autónomas y de las municipalidades. Según nuestra legislación, el Estado es responsable solidariamente con el servidor público cuando éste, en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares, y lo será directamente por el mero funcionamiento disfuncional de los servicios públicos. En el primer caso, la Administración de que se trate podrá ejercer la acción de repetición, es decir, recuperar lo pagado del servidor público responsable, mediante la acción respectiva ante la jurisdicción civil.

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 el pago de indemnizaciones.

Cuando el Consejo de la Carrera Judicial decida que un despido ha sido injusto y que procede el reintegro o el pago de indemnizaciones, el interesado, en caso de que el Poder Judicial no cumpla con la resolución voluntariamente, podrá interponer la acción respectiva para hacer efectiva la decisión.

Lo relativo a los actos, particulares o generales, emitidos por las entidades de Derecho Público (colegios profesionales, por ejemplo), 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 tengan por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

d) Todos los actos emitidos por los colegios profesionales, cámaras de comercio u otra entidad de Derecho Público, en el ejercicio de las prerrogativas que la ley respectiva le otorgue con relación a sus agremiados, quedan sometidos a la revisión de esta jurisdicción; igualmente, los contratos que éstas celebren cuando sean de obras o de servicios públicos.
e) Las cuestiones que una ley le atribuya especialmente.

## 2.6 Materias excluidas

No corresponde al conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, lo siguiente:

a) Las cuestiones de orden civil, mercantil, laboral y penal y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, se atribuyan por una ley a otra jurisdicción o correspondan al Derecho Agrario; y,
b) Las cuestiones que se susciten sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales, defensa del territorio nacional y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.

## 2.7 El Órgano jurisdiccional

Los órganos responsables de la jurisdicción Contencioso-administrativa se ordenan en grados de primera y segunda instancia. Los Juzgados de Letras son los competentes de conocer los asuntos en primera instancia y las Cortes de Apelaciones conocen de éstos en segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Laboral, conoce de los recursos de casación provenientes de esta jurisdicción.

El nombramiento de los titulares de los Juzgados y Cortes de Apelaciones, corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Se exige que el nombramiento recaiga en quien reúna los requisitos exigidos por la legislación, acrediten capacidad y experiencia académica y profesional en el Derecho Administrativo.

## 2.8. Las partes

### A) Clasificación

El que acciona ante los tribunales formulando la pretensión procesal, es el demandante. Aquel frente a quien ésta se deduce, es el demandado.

También se reconoce la figura del coadyuvante.

### B) Demandante

Demandante podrá ser tanto el "administrado" como la Administración.

El "administrado" es la persona natural o jurídica que tenga capacidad procesal (es decir, que sea mayor de edad o menor si se encuentra habilitado por la ley) y esté legitimado para demandar, es decir, que tenga "interés legítimo y directo" en lo demandado.

La Administración podrá ser demandante cuando pretenda declarar la ilegalidad o la anulación de un "acto propio, firme y creativo de algún derecho subjetivo", que previamente haya sido declarado lesivo a los intereses públicos que ella representa.

### C) Demandado

Se considerará parte demandada los siguientes: el Estado, cuando el acto impugnado provenga del Poder Ejecutivo, de alguno de los órgano en éste integrados o, dentro de los límites que la misma ley establece, de los demás Poderes Públicos; las entidades estatales, entendiéndose por éstas las instituciones autónomas y las municipalidades; las entidades de Derecho Público, entendiéndose por éstas aquellas que sin ser estatales, ostentan potestades o prerrogativas públicas, como los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comer-

cio e Industrias; y las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto impugnado.

### D) EL COADYUVANTE

Es la persona que teniendo interés directo en el mantenimiento del acto impugnado por el demandante, interviene en el proceso adhiriéndose a la pretensión del demandado, o bien aquella que interviene cuando es la Administración la demandante, adhiriéndose a la pretensión de ésta por tener interés directo en la misma.

Sólo puede adherirse a la pretensión de la parte principal y su actuar procesal estará subordinado al de ésta. No puede, en consecuencia, actuar independientemente, al grado que no podrán apelar directamente; sino adherirse a la apelación interpuesta por la parte principal.

### E) REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

La representación y defensa del Estado ante esta jurisdicción corresponde a la Procuraduría General de la República, cuyas facultades están determinadas en la ley. No podrá allanarse si no está autorizada especialmente en un acuerdo emitido por el Poder Ejecutivo. Si sus agentes estimaren que el acto impugnado no se ajusta al ordenamiento jurídico, lo harán saber así, en comunicación razonada al Procurador General de la República y éste transcribirá de inmediato al Secretario de Estado o superior jerárquico de quien dependa el órgano que emitió el acto, para que acuerde lo que estime procedente, en cuyo caso sus agentes podrán solicitar al tribunal respectivo, y éste debe concederlo, la suspensión del juicio por el plazo de un mes.

La representación y defensa de las instituciones autónomas y de las municipalidades, se regirá por lo dispuesto en las leyes especiales o en sus leyes orgánicas, pero si lo solicitan podrá representarlas y defenderlas la Procuraduría General de la República.

La representación y defensa de los particulares se hará mediante profesionales del Derecho inscritos en el Colegio de Abogados de Honduras.

Los particulares considerados demandados porque del acto impugnado se deriven derechos a su favor o los coadyuvantes, litigarán unidos y bajo una misma representación y dirección, siempre que sus posiciones no sean contradictorias. Estos demandados o coadyuvantes decidirán lo pertinente dentro del plazo que fije el tribunal y de

no hacerlo será éste el que designará la representación y dirección a un profesional seleccionado por él.

## 2.9. Actos impugnables

### a) Los actos

Los actos revisables en esta jurisdicción son los emitidos por la Administración Pública, particulares o generales, sometidos al Derecho Administrativo.

Los actos particulares son los que afectan a los interesados, es decir, a los que son parte en el procedimiento. Los generales son aquellos cuyos efectos van dirigidos a un grupo indeterminado de sujetos, como el reglamento.

Solamente los emitidos por la Administración Pública pueden ser revisados, entendiendo por ésta el Poder Ejecutivo, las instituciones autónomas y las municipalidades. Pero no todos los actos. Porque aquellos regulados por el Derecho Mercantil, el Derecho Civil u otro Derecho, estarán sometidos a la jurisdicción que corresponda.

Los actos que emita la Administración Pública revisables en esta jurisdicción, serán únicamente aquellos sometidos al Derecho Administrativo, es decir, los regulados por la Ley de Procedimiento Administrativo y demás leyes administrativas.

### b) Los actos emitidos por la Administración Pública

Los actos que emite la Administración Pública son los siguientes: Decretos, Acuerdos, Resoluciones y Providencias.

Se emiten por Decreto los actos privativos del Presidente de la República (nombramiento de Secretarios de Estado, por ejemplo) y los dictados por el Consejo de Ministros.

Por Acuerdo se emiten las decisiones de carácter particular que se tomen fuera de los procedimientos en los que intervengan los particulares como parte interesada y los de carácter general que se dicten en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por Resolución se emiten las decisiones se tomen para dar por concluido el procedimiento en el que intervengan los particulares como parte interesada.

La Providencia es la que se emite para darle curso al procedimiento administrativo.

### c) Los actos particulares impugnables

Los actos administrativos, particulares o generales, quedan sometidos a esta jurisdicción, sin embargo no todos son susceptibles de impugnación. Lo serán únicamente los que la ley indique. Estos son los siguientes: los actos definitivos y los actos de trámite.

Los actos definitivos son los que concluyen el procedimiento, sea que resuelvan la cuestión en el fondo o que no la resuelvan, como cuando se declara sin lugar la petición. Sin embargo, se requiere que no sea susceptible de ulterior recurso en vía administrativa. Serán definitivos pero no susceptibles de ser revisados en esta jurisdicción, los actos emitidos por un Director General de una Secretaría de Estado, porque pueden ser impugnados mediante el recurso de apelación que resolverá el Secretario de Estado respectivo, superior jerárquico de aquel. Los actos definitivos adoptan la forma de Decretos, Acuerdos o Resoluciones.

Los actos de trámite son los emitidos para darle curso al procedimiento administrativo. Estos actos son las denominadas Providencias. La regla general es que estos actos no son revisables en sede judicial, pero excepcionalmente podrán ser conocidos en esta jurisdicción, cuando no sean susceptibles de ulterior recurso 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.

### d) Actos particulares inimpugnables

No se admite la acción Contencioso-administrativa contra los actos particulares siguientes: los firmes, los confirmatorios de actos firmes, los que sean reproducción de otros anteriores ya firmes, los que no han sido impugnados vía Contencioso-administrativo dentro del plazo legal, las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa previa a la judicial y los que se dicten en virtud de una ley que expresamente los excluya de la vía Contencioso-administrativa.

Los actos definitivos adquieren el carácter de firmes cuando no sea susceptible de impugnación, porque ha transcurrido el plazo para impugnarlo o porque la ley lo manda, y cuando ha sido consentido expresamente. Excepcionalmente, se reconoce ese carácter a los actos de trámite que se encuentren en uno de los supuestos previstos

para su impugnación vía Contencioso-administrativa; de modo que si el acto de trámite, que se encuentre en uno de estos supuestos, no es impugnado o es consentido expresamente, adquiere el carácter de firme. No obstante, se admite una excepción a esta regla general de que los actos firmes no son revisables en esta jurisdicción, y es la siguiente: cuando el acto fuere nulo de pleno derecho y esté surtiendo efectos, en cuyo caso la acción será admisible únicamente para fines de anulación e inaplicabilidad, es decir, que en la sentencia no se podrá reconocer ninguna situación jurídica subjetiva al demandante.

Los actos confirmatorios de actos firmes son los emitidos para confirmar un acto firme, como cuando se deniega lo solicitado porque ya se negó en una resolución firme emitida previamente o cuando se declara sin lugar un recurso porque se interpuso fuera del plazo legal. La excepción reconocida para el acto firme también es aplicable para estos actos.

Los actos que son reproducción de actos anteriores ya firmes, son los que deciden una solicitud en el mismo sentido que se contiene en una resolución anteriormente dictada, cuando el que dicta ambos actos sea el mismo órgano. La excepción supradicha cabe en estos actos también.

Los actos administrativos que los afectados no impugnen dentro del plazo legal ante la vía Contencioso-administrativo, se tornan inimpugnables.

Las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa como previa a la judicial son las que se emiten para decidir un reclamo del particular en materia de Derecho Privado y que la Ley de Procedimiento Administrativo impone como requisito para que éste pueda entablar su demanda ante la jurisdicción civil.

Los actos excluidos por ley de esta jurisdicción, deben ser expresamente señalados en ésta.

### e) Impugnación de actos generales

Puede ser directa o indirecta.

Directa será cuando la acción se dirija directamente contra el acto de carácter general; indirecta, cuando se dirija contra los actos de carácter particular dictados en aplicación de los actos generales, alegando

que éstos, y no necesariamente los actos de carácter particular, fueron dictados en infracción del ordenamiento jurídico.

f) REQUISITOS DE IMPUGNACIÓN

El requisito impuesto a los particulares para impugnar los actos administrativos particulares, es el agotamiento de la vía administrativa. Se agota la vía administrativa se interponga en tiempo y forma los recursos administrativos previstos en la ley para el caso de que se trata y cuando la ley lo disponga expresamente. Son dos los recursos por los cuales se puede agotar la vía administrativa, a saber: reposición y apelación. El primero, procede contra el acto definitivo que emane de un órgano superior, excepto cuando se emita para resolver un recurso; el segundo, contra los actos definitivos que emita un órgano en primera instancia. Los actos que agotan la vía administrativa por disposición de la ley, son los siguientes: el acto emitido por la autoridad superior de la jerarquía administrativa que no fuere susceptible de ulterior recurso; el acto por el que se resuelva un recurso administrativo; el acto presunto; el acto no manifestado por escrito; y el acto de carácter general emitido por la autoridad superior de la jerarquía administrativa.

La impugnación de los actos de carácter general no está sometida a ningún requisito, cuando éste haya sido emitido por el órgano de la jerarquía superior. Por consiguiente, la acción Contencioso-administrativa contra los actos generales emitidos por los órganos inferiores de la jerarquía administrativa, no podrá plantearse ante esta jurisdicción si previamente no se agota la vía administrativa.

Cuando la Administración Pública pretenda la anulación de un acto propio, firme y creador de un derecho subjetivo, debe cumplir con el siguiente requisito: declarar, en vía administrativa, que el acto administrativo a impugnar es lesivo a los intereses públicos, de carácter económico o de cualquier naturaleza. Se trata, por supuesto, de actos anulables, porque los nulos pueden revisados de oficio por la misma Administración en cualquier tiempo.

## 2.10.La pretensión Contencioso-administrativa

A) LA PRETENSIÓN COMO LÍMITE DE LA POTESTAD DE JUZGAR

La LJCA dispone que en esta jurisdicción se juzgue dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes.

No podrá conceder más ni menos de lo pedido, ni pronunciarse sobre cuestiones no planteadas por las partes.

### B) Acumulación

Se pueden acumular las pretensiones que no sean incompatibles entre sí y que se deduzcan en relación con el mismo acto; también cuando se deduzcan en relación con actos que sean reproducción, confirmación o ejecución de otros, o exista entre ellos cualquier conexión directa.

### C) Clases de pretensiones

Las pretensiones reconocidas por la ley son las siguientes: anulación; reconocimiento de una situación jurídica individualizada; y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando la pretensión sea de anulación, la sentencia contendrá los siguientes pronunciamientos: declarar procedente la acción; declarar que el acto impugnado, particular o general, no es conforme a Derecho; y, finalmente, que se decrete la anulación, total o parcial, del acto administrativo. Estarán legitimados para formular esta pretensión los siguientes: quienes tengan interés legítimo y directo en la declaratoria de ilegalidad y de anulación; y, cuando impugnen actos de carácter general, las entidades estatales (instituciones autónomas y municipalidades), las de Derecho Público (colegios profesionales y demás) y las demás que ostenten representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo (sindicatos, por ejemplo).

Cuando la pretensión sea de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, la sentencia, además de los pronunciamientos propios de la pretensión de anulación, declarará lo siguiente: reconocer el derecho subjetivo del demandante y la lesión provocada en este derecho por el acto administrativo impugnado. Estará legitimado para formular esta pretensión quien sea titular de un derecho subjetivo lesionado por el acto impugnado.

Cuando la pretensión sea de adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada, la sentencia, además de los pronunciamientos propios de las pretensiones anteriores, decretará lo siguiente: restablecer la situación jurídica al estado que se encontraba antes de la emisión del acto ilegal y lesivo del derecho subjetivo del demandante (si se trata de un des-

pido, además de la anulación del acto contentivo del despido y el reconocimiento de la lesión en el derecho de estabilidad, se decretará el reintegro del servidor público o la condena al pago de prestaciones a favor de éste, incluidos, en ambos casos, los salarios caídos). Estará legitimado para formular esta pretensión quien fuere titular del derecho subjetivo lesionado.

### D) LAS PRETENSIONES DEBEN SER LAS MISMAS EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Las pretensiones que se formulen en esta jurisdicción serán las mismas que en forma de peticiones el solicitante haya planteado ante el órgano administrativo competente y éste haya resuelto, expresa o presuntamente.

En esta jurisdicción se impugna el acto administrativo que deniega, total o parcialmente, lo que en el ejercicio del derecho de petición, el interesado haya solicitado al órgano administrativo competente. Cuando se exija agotar la vía administrativa, el tribunal apreciará si la pretensión del actor coincide con lo pedido en vía administrativa y si no coincide la pretensión carece de fundamento jurídico. Porque no podrá formular como pretensión lo que no fue objeto de análisis en el proceso de formación del acto administrativo impugnado.

Agotar la vía administrativa no es un simple trámite. Con ello se pretende que la Administración Pública tenga la oportunidad para resolver con apego al Derecho lo pedido por el interesado. Para ello, éste debe plantear exactamente lo que desea que el órgano administrativo resuelva y que, eventualmente, pueda conocer el tribunal. Éste, en consecuencia, conocerá de la impugnación que contenga lo mismo que se planteó ante el órgano administrativo y que fue resuelto, expresa o presuntamente, para verificar si fue decidido en relación con lo solicitado y con sujeción al Derecho.

### E) PRETENSIONES DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada puede aceptar las pretensiones del demandante u oponerse a ellas.

Cuando se aceptan, se procede mediante el allanamiento.

Cuando se opone, las pretensiones del demandado pueden ser de dos clases: las que se oponen para concluir el proceso por defectos procesales y las que se oponen al fondo del asunto.

Las primeras, se formulan en el incidente de Defensas Previas con el objeto que se declare la inadmisibilidad de la demanda; las segundas, en la contestación de la demanda y van dirigidas contra el fundamento jurídico- material de las pretensiones del demandante, es decir, contra el fondo del asunto litigioso.

La reconvención no cabe en este tipo de procesos, porque en éstos se conoce lo que se discutió y decidió en vía administrativa, y de admitir la reconvención es permitir que se traigan al conocimiento del tribunal elementos y consideraciones que no fueron discutidos ni decididos en vía administrativa.

### F) Apreciación de las pretensiones por el juez antes de la sentencia

La LJCA concede al tribunal la potestad de introducir a la alegación motivos diferentes a los planteados por las partes para sustentar sus pretensiones.

El tribunal, en este caso, debe cumplir con lo siguiente: plantearlo dentro del plazo para dictar sentencia; emitir la providencia en la que, advirtiendo que no prejuzga el fallo definitivo, expondrá los nuevos motivos; conceder un plazo de ocho días hábiles a las partes para que formulen las alegaciones que estimen oportunas; suspender el plazo para pronunciar el fallo.

## 2.11.Procedimiento ordinario

### A) La demanda

El particular debe presentar la demanda dentro del plazo de treinta días a partir del día siguiente a la notificación, cuando fuere un acto particular, o publicación, cuando fuere un acto general. La notificación puede ser personal o mediante Tabla de Avisos. La publicación se hará en el Diario Oficial La Gaceta. En el caso de un acto presunto, se contará desde el día siguiente a aquél en que se entiende desestimada presuntamente la petición.

La Administración Pública tiene un plazo de dos meses, contados a partir del día hábil siguiente de la emisión de la resolución por la cual se declara lesivo a los intereses públicos el acto impugnado.

El contenido de la demanda es el siguiente: suma, que indique su contenido o el trámite de que se trate; designación del tribunal a quien

se dirige; designación de las partes y de sus representantes; los hechos en que se base la acción, indicando, en su caso, con precisión el acto impugnado; los fundamentos de derecho de las pretensiones, en apoyo de los cuales podrá alegarse cuantas razones procedan aunque no hubieren sido expuestas en la vía administrativa; lo que se pide o demande del tribunal; lugar y fecha de la demanda; y la firma del autor o su representante o la huella digital, si no pudiera firmar. En todo caso, deberá anunciar los medios de prueba que se utilizarán, expresando con claridad puntos de hecho sobre los cuales haya de versar la prueba.

A la demanda se acompañará lo siguiente: documento que acredite la representación del compareciente, cuando no sea el mismo interesado; documento que acredite la legitimación con que el autor se presente en juicio, cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título; certificación o copia autorizada del acto impugnado o ejemplar del Diario Oficial La Gaceta; y, copia de la demanda y, si los hubiere, de sus anexos. Si no se presentaren los documentos o el tribunal estime que no concurren todos los requisitos necesarios para la validez de la comparecencia, concederá al actor un plazo de cinco días hábiles para que subsane el defecto, y si no lo hiciere, se tendrá por no presentado el escrito y ordenará archivar las actuaciones.

Cuando fuere la Administración la parte demandante, acompañará a la demanda los siguientes documentos: el expediente administrativo y una copia certificada de la declaración de lesividad, cuando ésta no constare en aquel.

Presentada la demanda, el tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dictará providencia acordando su admisión, si procediere, ordenando que se publique sucintamente en el Diario Oficial La Gaceta y en otro de circulación nacional, el contenido de la demanda, a fin de que pueda personarse cualquier otra persona interesada.

De oficio, el tribunal podrá declarar inadmisible la demanda cuando conste Cualquiera de las siguientes causas: falta de jurisdicción o incompetencia del tribunal; 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; y, que no está agotada la vía administrativa. Antes de declarar la inadmisibilidad, el tribunal hará saber a las partes el motivo en que se funde concediéndoles un plazo de diez días hábiles para que aleguen lo que estimen pertinente y acompañen los documentos a que hubiere lugar. Si el motivo fuese el no agotamiento de la vía administrativa, bastará que el actor acredi-

te haber presentado el recurso que proceda dentro de los cinco días siguientes y quedará en suspenso el procedimiento hasta que dicho recurso sea resuelto en forma expresa o presunta.

La cuantía de la acción se fijará en la demanda y se determinará por el valor de la pretensión objeto de ésta. Si así no ocurriere, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, requerirá al demandante para la fije dentro del plazo de tres días hábiles. Si transcurre este plazo sin fijarla, la fijará el tribunal, previa audiencia del demandado. Y si el demandante no estuviere de acuerdo con la fijada judicialmente, lo expondrá dentro de los tres primeros días hábiles concedido para contestar la demanda, siguiendo el trámite incidental. En supuestos de acumulación de pretensiones, se determinará por la suma del valor de éstas; cuando fueren varios los demandantes, no se estará a la suma de todos, sino al valor de la pretensión deducida por cada uno de ellos. Si la pretensión es de anulación del acto, se atenderá el contenido económico del mismo, tomando en cuenta el débito principal y los intereses al día de la interposición, pero no los recargos, costas ni cualquier otra clase de responsabilidad. Si, además, fuere de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, se determinará por el valor íntegro del objeto del reclamo, salvo que en sede administrativa se haya reconocido éste parcialmente, en cuyo caso se determinará por la diferencia del valor entre el objeto del reclamo y el del acto que motivó la acción. Cuando el acto impugnado fuere de carácter general o de aquellos particulares no valorables económicamente, la acción se reputará de cuantía indeterminada.

### B) La contestación

En el auto de admisión de la demanda se ordenará el traslado de ésta a la parte demandada, entregándole copia de la misma y emplazándola a contestar la demanda dentro del plazo de veinte días hábiles, contado a partir del día siguiente al de la citación.

Cuando el demandado sea el Estado, se emplazará al Procurador General de la República; cuando sea una institución autónoma, se hará al Presidente, Director o quien sea el titular del organismo y ostente su representación legal; cuando sea una municipalidad, se hará al Alcalde.

Las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto impugnado y los coadyuvantes, se entenderán emplazados con la publicación en el Diario Oficial La Gaceta del contenido de la demanda ordenada por el tribunal, previa a su admisión, salvo que el de-

mandante conociere su domicilio, en cuyo caso deberá indicarlo en la demanda, a efecto de su emplazamiento.

Cuando sea la Administración la demandante, el emplazamiento de los demandados se hará como se indica en el primer párrafo de este apartado. La demanda, en este caso, se formulará siguiendo, en lo que fuere procedente, el contenido general de la demanda, acompañando el expediente administrativo en el que se hubiere dictado el acto impugnado, y si se estimare que él no está completo, el tribunal, a instancia de parte, ordenará, si procediere, la presentación de los antecedentes adecuados para completarlo en un plazo que no podrá exceder de diez días hábiles, con apercibimiento de multa de cien a quinientos lempiras en caso de incumplimiento, y se aplicara y no fuere pagada voluntariamente, se procederá a embargar el sueldo o bienes de él o los responsables, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que se deducirá a excitativa del tribunal Contencioso-administrativo. Si el representante de la Administración no lo presentare por culpa de su representada lo hará saber así al tribunal en la contestación y éste ordenará directamente a la Administración responsable que lo remita en el plazo máximo e improrrogable de cinco días hábiles.

Si el demandado no contesta la demanda dentro del término del emplazamiento, de oficio será declarado en rebeldía, lo que no impide que pueda comparecer en cualquier estado del juicio. En ningún caso podrá retrotraerse el proceso. En estos casos, el tribunal no tendrá obligación de practicar notificación alguna al rebelde, incluso a aquellos que emplazados mediante la publicación sucinta del contenido de la demanda, no comparezcan en los tiempos previstos legalmente para ello.

Cuando la Administración Pública no conteste la demanda o contestada no presente el expediente o lo presente incompleto, el tribunal solicitará del órgano responsable de la emisión del acto impugnado su remisión en el plazo máximo e improrrogable de cinco días hábiles, contado desde que se reciba la comunicación respectiva, bajo la personal y directa responsabilidad del titular de la dependencia en que obrare el expediente. Si no cumpliere con lo ordenado por el tribunal, se concederá un nuevo plazo de tres días hábiles, con apercibimiento de multa de quinientos a mil lempiras sino se remitiere el expediente dentro de este último plazo. Y en caso de incumplimiento, se ordenará hacer efectiva la multa dentro del plazo de doce horas, advirtiéndole a él o a los responsables que de no pagarla voluntariamente, se decretará embargo sobre sus sueldos o bienes para hacerla efectiva, sin perjuicio de la denuncia que el tribunal Conten-

cioso-administrativo debe presentar ante el órgano competente para incoar el proceso criminal respectivo. Estas diligencias no suspenderán el curso principal del proceso.

### C) Defensas Previas

Los demandados y los coadyuvantes podrán alegarlas dentro de los cinco días hábiles siguientes al emplazamiento y se tramitarán en pieza separada, sin suspender el plazo para contestar la demanda. No se les dará curso ni se atenderán si se presentan después de transcurrido este plazo.

Se reconocen como defensas previas las siguientes: las que se funden en los motivos por el cual el tribunal puede decretar en sentencia la inadmisibilidad de la acción; la litis pendencia; y, la falta de agotamiento de la vía administrativa.

El trámite incidental es el siguiente: el tribunal dará traslado al demandante del escrito de las defensas previas; fijará, además, una audiencia que se celebrará dentro de los cincos días hábiles siguientes a aquel en que se ordene el traslado; a la audiencia comparecerán las partes a alegar lo pertinente, presentando los documentos en que se funden sus alegaciones.

La sentencia incidental que desestime las Defensas Previas no será susceptible de ningún recurso ordinario. Cuando se declaren con lugar, también se declarará la inadmisibilidad de la demanda.

### D) La prueba

El tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, la apertura a prueba por un período de treinta días, dentro del cual se propondrá y ejecutará la prueba. Podrá ampliarse por veinte días más cuando haya de evacuarse pruebas fuera del Departamento.

No procede el recibimiento del proceso a prueba en los casos siguientes: cuando la cuestión debatida sea de puro de derecho y cuando haya conformidad entre las partes acerca de los hechos. La ley no es objeto de prueba ni lo es la jurisprudencia; igualmente, no serán objeto de prueba los hechos que ambas partes acepten como ciertos.

Los hechos son objeto de la prueba cuando son dudosos o controvertidos, siempre que sean de indudable trascendencia para la resolución del pleito. No serán dudosos o controvertidos cuando habiendo conformidad en cuanto a los hechos, haya disparidad en relación a

su apreciación y consecuencias jurídicas, ya que estos aspectos constituyen verdaderos puntos de derecho. No serán de indudable trascendencia para la resolución del pleito, cuando no se relacionen con la materia o con el fondo de la cuestión objeto del juicio o litigio.

La LJCA exige un requisito más para que se reciba a prueba el proceso, a saber: que en la demanda o contestación se expresen con claridad los puntos de hecho sobre los cuales haya de versar la prueba.

La rigurosidad que presenta la normativa que regula esta jurisdicción para el recibimiento a prueba del proceso, se explica porque el acto impugnado es producto de un procedimiento administrativo en el que se puede acordar la apertura del período probatorio, en el cual se pueden utilizar todos los medios de prueba aceptables para acreditar los hechos relacionados en su petición. De modo que si en el expediente administrativo consta que los hechos fueron objeto de prueba en sede administrativa, no tiene sentido abrir el período probatorio en sede judicial. Si justificaría en casos excepcionales, como cuando por causas extraordinarias no se practica la prueba propuesta o cuando con posterioridad hayan ocurrido hechos ligados a la cuestión objeto del proceso.

No obstante, el tribunal tiene la potestad para decretar de oficio la apertura a prueba, cuando lo estime procedente para la más acertada decisión del asunto. Aun cuando los hechos se tengan por ciertos por las partes, el tribunal tiene la potestad de ejercerla en su afán de cumplir con su deber de buscar la verdad material por sobre la verdad procesal.

Los medios de prueba admisibles son los mismos que reconoce la legislación procesal civil vigente.

Las reglas especiales que rigen la prueba en este proceso son las siguientes: la Administración Pública no podrá ser obligada a absolver posiciones por medio de sus agentes, porque las declaraciones de éstos no pueden ser, en ningún caso, una confesión ya que para la validez de ésta es condición indispensable que recaiga sobre hechos personales del confesante, y los actos administrativos no son personales, sino de la Administración Pública; los servidores públicos, cualquiera que sea su jerarquía, están obligados, en lugar de absolver posiciones, a suministrar los informes que los tribunales les soliciten; los interrogatorios, de preguntas y repreguntas, se formularán para el titular de la Administración autora del acto impugnado, a quien se le remitirán las comunicaciones contentivas de los mismos, pero serán contestados por los servidores públicos a quienes

se refieren los hechos, bajo su responsabilidad personal, y se entenderán dados bajo juramento; el tribunal podrá formular las preguntas o repreguntas que estime del caso; si el servidor no contestare o lo hiciere con evasivas, podrán ser tenidas por exactas las manifestaciones que la parte haya hecho acerca de los hechos respectivos; entregada el informe al tribunal por el representante de la Administración, se hará del conocimiento de las partes para que, al igual que el Juez, dentro de un plazo de tres días hábiles, soliciten cualquier adición o aclaración pertinentes, la que será remitida a la Administración respectiva.

Antes o después de la citación para sentencia, el tribunal podrá acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime procedente y se ejecutará dentro del plazo de veinte días hábiles, con la intervención de las partes. Si lo decide después de la citación para sentencia, se suspenderá el plazo para dictarla hasta que se ejecute las diligencias de prueba y el resultado de éstas se pondrá de manifiesto a las partes, para que, dentro del plazo de tres días hábiles, aleguen cuanto estimen conveniente sobre su alcance e importancia.

Concluida la fase probatoria, el tribunal, de oficio, acordará lo siguiente: que se unan a los autos las pruebas practicadas y que se pongan los autos en la secretaría del tribunal por diez días hábiles para conocimiento de las partes. En este plazo podrán presentar sus conclusiones sobre los hechos alegados, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que respectivamente apoyen sus pretensiones; también podrá solicitar en el mismo escrito, que la sentencia formule un pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constaren ya probados en autos. No se admite que en las conclusiones se introduzcan cuestiones que no hayan sido consignadas en la demanda o en la contestación, porque sería aceptar que se pueden discutir cuestiones nuevas, alterando el equilibrio procesal entre las partes. Presentados los escritos de conclusiones o vencido el plazo para presentarlos, el tribunal, de oficio y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dictará providencia declarando finalizada la fase de conclusiones y citando a las partes para sentencia.

## 2.12.Terminación del proceso

### A) FORMAS DE TERMINACIÓN

Por el proceso, el tribunal determina, apreciando las alegaciones de las partes, cuál de las pretensiones formuladas por las partes es conforme al ordenamiento jurídico, reconociendo o denegando lo pedido en la sentencia respectiva.

Sin embargo, no siempre el tribunal decide sobre la controversia o disconformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico. Estos casos son los siguientes: el desistimiento, el allanamiento, el reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante y la caducidad.

El primer caso es la forma normal de terminación del proceso; el segundo, es la forma anormal.

### B) TERMINACIÓN NORMAL

Por medio de la sentencia el tribunal resuelve definitivamente las cuestiones controvertidas planteadas por las partes, decidiendo si la pretensión formulada es conforme o no con el ordenamiento jurídico, reconociendo lo pedido o denegándolo.

Se dicta dentro de los diez días hábiles siguientes a la emisión de la providencia que declara finalizada la fase de conclusiones y cita a las partes para sentencia, salvo cuando éste acordare la práctica de cualquier diligencia de prueba, en cuyo caso se procederá como queda indicado en el número anterior.

El juzgamiento se hará dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar la acción y la oposición. La sentencia necesariamente debe ser congruente con las pretensiones formuladas oportunamente. Esta congruencia debe darse entre las pretensiones y la parte resolutiva de la sentencia, ya que en ésta es en donde se decide sobre el reconocimiento o denegación de aquellas. Debe exigirse solamente de aquellas cuestiones planteadas respecto de las cuales se formule petición formal y concreta, pues de aquellas que nada se hubiere pedido se entiende que no son cuestiones debatidas y, por tanto, no deben ser objeto de resolución en sentencia.

La congruencia entre pretensión y sentencia no se pierde porque el tribunal ejerza la potestad de introducir motivos que las partes no

hubieren apreciado oportunamente, ya que debe someter el o los motivos que de oficio hubiere apreciado, al conocimiento de las partes para que aleguen lo que estimen pertinente, y solo después de escucharlos decidirá sobre los mismos.

La sentencia puede ser declarativa, constitutiva y de condena. Será declarativa cuando se limite a constatar la existencia de una situación jurídica, como cuando se declara la nulidad del acto impugnado o cuando se desestima la pretensión deducida. Será constitutiva cuando crea, modifica o extingue una situación jurídica. Será de condena cuando impone el cumplimiento de una prestación de hacer, de dar, de no hacer o tolerar.

La sentencia puede decidir el fondo del asunto o no decidirlo. Lo deciden las que acogen las pretensiones formuladas por el demandante, es decir, las que declaran procedente la acción; o bien, las que deciden no acoger las pretensiones del actor porque el acto es conforme al ordenamiento jurídico, es decir, las que declaran improcedente la acción. Cuando no deciden el fondo del asunto, son aquellas que se limitan a apreciar cuestiones estrictamente procesales, sin entrar a resolver la pretensión deducida, ya que resulta ilógico enjuiciar y decidir una pretensión cuyo planteamiento no puede legalmente admitirse.

La sentencia también puede ser definitiva o firme. Es definitiva, cuando es susceptible de ser impugnada mediante los recursos ordinarios respectivos; es firme, cuando contra la misma, no cabe recurso alguno.

Los efectos de la sentencia sobre los sujetos son distintos según la acción sea declarada inadmisible, improcedente o procedente. Los efectos de la inadmisibilidad o de la improcedencia solo afectan a las partes, es decir, a los demandantes, demandados y coadyuvantes, como cuando se declara inadmisible la acción porque la demanda se presentó fuera del plazo legal o cuando se declara que el Acuerdo de Despido impugnado es legal porque se emitió con estricto apego al ordenamiento jurídico. Los efectos de las sentencias que declaren procedente la acción, comprenden a las partes y a las personas afectadas por el mismo, porque tal declaración implica la anulación del acto impugnado.

Los efectos objetivos de la sentencia son los siguientes: la cosa juzgada y cumplir con lo dispuesto en el fallo pasado por autoridad de cosa juzgada.

### C) TERMINACIÓN ANORMALES

Las formas de terminación anormal del proceso Contencioso-administrativo son las siguientes: desistimiento, allanamiento, cesación de la materia litigiosa y caducidad.

La característica de estas formas de terminación del proceso es que por su medio el tribunal no decide una contienda, es decir, no se pronuncia sobre las pretensiones, o, en otras palabras, no decide sobre la conformidad o disconformidad de las pretensiones con el ordenamiento jurídico.

El desistimiento tiene una regulación especial en la LJCA distinta de la contenida en el Código Procesal Civil. En éste se le da un trámite incidental, ya que no se podrá resolver sobre el mismo sin la conformidad expresa del demandado. En cambio, en la legislación que regula esta jurisdicción se establece que el actor podrá desistir de la demanda en cualquier estado del proceso, antes de dictarse sentencia, y que el tribunal simplemente dictará un auto por el que se declara terminado el proceso y se ordena el archivo de las actuaciones, es decir, no se requiere el consentimiento de la parte demandada. Esto tiene la siguiente explicación: el actor lo que persigue es que se declare que el acto impugnado es ilegal, por lo que la Administración Pública no podrá oponerse al desistimiento porque ello implicaría aceptar que el acto impugnado sea revisado en esta jurisdicción para verificar su conformidad con la legislación, cuestión que la Administración solamente puede plantear si previamente lo ha declarado lesivo a los intereses públicos y mediante la presentación de la acción respectiva. El proceso se concluye mediante un auto de desistimiento, por lo que la acción no se extingue por lo que queda a salvo el derecho del actor nuevo proceso sobre la misma pretensión, salvo cuando el acto llegue a adquirir el carácter de firme, en cuyo caso el actor no podrá demandar la anulación de este acto, salvo que se trate de un acto nulo de pleno derecho, es decir, de los que expresamente reconoce como tales la Ley de Procedimiento Administrativo.

Cuando el actor es la Administración Pública, la ley no prohíbe que ésta desista. Sin embargo, habrá que considerar que antes de presentar la demanda, la Administración deviene obligada a someter el acto en cuestión a un análisis exhaustivo de orden jurídico y económico para concluir que es lesivo a los intereses públicos, y luego presentar la demanda. Este proceso administrativo previo es la etapa en donde la Administración revisa a profundidad todas las implicaciones del caso, por lo que el supuesto del desistimiento no encuadra en una lógica formal. Sin embargo, los intereses de la Administración se va-

loran en función de las circunstancias del momento, que pueden ser de orden político, y si éstas recomiendan, a pesar de todos los análisis previos, que ya no es conveniente proseguir el pleito, lo correcto es evitar la revisión del acto promoviendo el desistimiento, para evitarle males mayores a los intereses de la misma Administración.

El demandado podrá allanarse a todas las pretensiones del actor, aceptándolas, en cuyo caso el juez, sin más trámite, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del actor. No obstante, si el tribunal aprecia que el allanamiento supone una infracción al ordenamiento jurídico o la demandada fuere la Administración Pública, el ordenamiento jurídico le confiere la potestad de emitir la sentencia que estime justa y conforme a Derecho. El primer caso, es cuando la Administración es la demandante y el segundo cuando ésta es la demandada. En ambos casos, el Juez goza de esta potestad para fallar de acuerdo con las pretensiones del actor, solamente si después de estar seguro de que el allanamiento no supone una infracción al ordenamiento jurídico. El allanamiento podrá limitarse sólo a una parte de la pretensión planteada por el actor. En tal caso, el juez, siempre a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato un auto acogiendo los puntos que hayan sido objeto de dicho allanamiento, cuando sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, y pueda ejecutarse conforme a lo establecido en la legislación procesal. En caso de allanamiento parcial, el proceso continuará adelante para discutir y resolver sobre las cuestiones planteadas por el actor que no hubieran sido objeto de allanamiento. En todo caso, la Procuraduría General de la República, que es el órgano competente para representar y defender al Estado, no podrá allanarse mientras el Poder Ejecutivo no lo autorice expresamente. Si fueren varios los demandados, el proceso continuará respecto de aquellos que no se hubieren allanado.

Si hallándose en tramitación el proceso, se reconociere totalmente al actor en vía administrativa sus pretensiones, el tribunal, a instancia de parte y previa comprobación de lo alegado, declarará terminado el proceso, en cualquier instancia, y ordenará el archivo de la los autos. Esto sucede cuando la Administración revoca o anula el acto impugnado o bien reconoce la situación jurídica individualizada y, cuando procediere, la indemnización, porque desaparece la cuestión litigiosa, es decir, desaparece el objeto del proceso ya que las pretensiones del demandante serían satisfechas directamente por la Administración Pública. Sin embargo, en caso de que posteriormente a la terminación del proceso, la Administración revoque o anule el acto administrativo por el cual se satisfacen las pretensiones del actor, éste podrá presentar nuevamente la demanda, contándose el plazo

para ello a partir del día hábil siguiente a la notificación o publicación del acto revocatorio.

La caducidad de la instancia se declara cuando por cualquier causa imputable al actor se haya paralizado el proceso durante seis meses. La declaración se adoptará mediante una providencia.

## 2.13.Ejecución de la sentencia

La regla general en la legislación procesal hondureña es que la ejecución de la sentencia corresponde al tribunal que la hubiere dictado en primera instancia. En la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo se reconoce el denominado "Privilegio de la Jurisdicción", es decir, que la ejecución se llevará a cabo por medio del órgano que hubiere producido el acto objeto de la acción. Adquirida la condición de sentencia firme y dentro de los cinco días siguientes, el tribunal ordenará su ejecución por medio del órgano competente, al cual se librará comunicación judicial para que adopte las resoluciones que procedan y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Si el fallo declara la anulación del acto impugnado quedará éste sin efecto firme que sea la sentencia y la Administración no podrá continuar con la ejecución del mismo.

Si el fallo, además de declarar la nulidad del acto, condena a la Administración al pago de una cantidad líquida, su ejecución estará sujeta a las reglas siguientes:

1) El pago debe verificarse en la forma y dentro de los límites establecidos en el presupuesto aprobado y con arreglo a las disposiciones legales vigentes.
2) Si para verificar el pago se requiere de una reforma presupuestaria, se procederá de la siguiente forma: si se tratare del Presupuesto General de Ingresos y Egresos de la República, la tramitación debe iniciarse dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia; si se tratare del presupuesto de una institución descentralizada, dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia; iniciada la tramitación no podrá interrumpirse por ningún concepto.
3) Si transcurridos doce meses desde la fecha de recepción de la comunicación que manda cumplir la sentencia, la Administración aún no ha pagado la cantidad de dinero a que fue condenada, el tribunal, a instancia de parte, ejecutará directamente la senten-

cia, es decir, procederá de conformidad con los trámites del procedimiento de apremio, que consiste en el "embargo de bienes suficientes para hacer efectivas las obligaciones de dar, cuando éstas consistan en entregar determinadas cantidades de dinero";

4) Las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias que condenen a la Administración devengará, aunque la sentencia no lo dispusiere, intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término;
5) Se le impone la obligación a la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas de no presentar el proyecto de presupuesto o de reformas al presupuesto vigente, si no se contemplan en los mismos las partidas suficientes para el cumplimiento de las sentencias dictadas en esta jurisdicción. Asimismo, se prohíbe a la Secretaría de Estado de Planificación y a la de Finanzas emitir dictámenes favorables sobre los proyectos de presupuesto o de reformas al vigente, si en los mismos no se contemplan las partidas presupuestarias para el pago de las cantidades líquidas a las que haya sido condenada la Administración. Y se le confiere a la Procuraduría General de la República la función de llevar el listado de esas sentencias y hacerlo del conocimiento de esas Secretarías de Estado;
6) Para dar cumplimiento a las sentencias, el funcionario titular del órgano respectivo no podrá excusarse en la obediencia jerárquica para no dar cumplimiento a la sentencia, pero sí podrá hacer ante el tribunal las alegaciones pertinentes para efectos de deslindar su responsabilidad;
7) Si después de recibida la comunicación judicial ordenando la ejecución de la sentencia, el titular del órgano competente renuncia o su período de nombramiento vence, no por ello estará exento de responsabilidad si inmediatamente después de recibida la comunicación no hiciere lo procedente para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia;
8) Si el nombramiento vence o la renuncia es efectiva antes de la recepción de la comunicación judicial, quien asume la responsabilidad de ejecutar el fallo inmediatamente, es quien reemplace a éste;
9) Quienes no den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, siendo legalmente responsables para ello, incurrirán en las responsabilidades siguientes: criminal, tipificándose el delito de abuso de autoridad; civil, la cual se deducirá por la parte afectada mediante la indemnización de daños y perjuicios; y, disciplinaria, que consiste en una multa que no podrá ser menor de L. 500.00 ni mayor de L. 5.000.00 que impondrá y hará efectiva el tribunal mediante el procedimiento de apremio. En caso de la multa, la san-

ción se aplicará cada vez que el tribunal confirme los retrasos en los trámites del pago de la obligación contenida en el fallo.

## 2.14.Los procedimientos especiales

### A) CLASIFICACIÓN

Los procedimientos especiales se reconocen en las siguientes materias: tributaria o impositiva, personal y licitación o concurso.

### B) EN MATERIA TRIBUTARIA O IMPOSITIVA

Se someten a este procedimiento todas las acciones de los particulares que impugnen los actos sobre fijación o liquidación de impuestos, contribuciones, tasas, multas y demás rentas o créditos públicos establecidos en actos administrativos definitivos.

En este procedimiento se impone la regla "*solve et repete*" (paga y repite). De modo que quien acciona contra aquellos actos debe acreditar que ha pagado la cantidad respectiva. Este documento, sin embargo, podrá sustituirse por un arreglo de pago entre el actor y la Administración respectiva. Si el documento que acredita el pago o el arreglo de pago ya consta en el expediente, el actor se limitará a indicarlo.

Los plazos para la presentación y contestación de la demanda, para la proposición y evacuación de la prueba y para formular conclusiones, se reducen a la mitad de los fijados para el procedimiento ordinario.

Cuando la sentencia sea favorable al contribuyente, parcial o totalmente, la Administración devolverá la suma pagada por el actor, reconociéndole los intereses devengados desde el momento del depósito hasta el día de su devolución.

### C) EN MATERIA DE PERSONAL

A este procedimiento deben someterse las acciones que tengan por objeto actos de cancelación o separación de servidores públicos, protegidos expresamente por una ley especial. Entre éstos se encuentran los protegidos por la Ley de Servicio Civil, el Estatuto del Docente y el Estatuto del Empleado Médico.

También podrán impugnarse ante esta jurisdicción y mediante este procedimiento, los actos de cancelación o separación de aquellos servidores públicos que hayan sido nombrados para períodos deter-

minados, cuando el acto de cancelación se produzca antes del vencimiento del período respectivo. En este caso se encuentran todos aquellos a quienes la ley reconoce expresamente que deben ejercer el cargo por un período determinado.

Las acciones contra estos actos se interponen directamente, es decir, no se exige que se interponga previamente el recurso de reposición.

La sentencia que se dicte en este procedimiento, cuando fuere procedente la acción, podrá disponer lo siguiente:

1) La anulación del acto de cancelación del servidor público;
2) Si lo pidiere, el reintegro o restitución al cargo respectivo, en cuyo caso también decretará la anulación del acto de nombramiento del sustituto, a quien se tendrá por emplazado por la publicación sucinta del contenido de la demanda ordenada por el tribunal previo a la admisión de ésta;
3) Si lo pidiere, el pago de la indemnización que corresponda;
4) En los casos de los servidores nombrados para períodos determinados, se dispondrá el reintegro, si se pidiere, siempre que no haya transcurrido el período para el que fuera nombrado el actor, y si ya hubiese transcurrido se impondrá la sanción de pago de daños y perjuicios, los que no podrán ser superiores a la totalidad de los salarios dejados de percibir desde la fecha de cancelación a la fecha de la sentencia.

### D) En materia de licitaciones o concursos

La impugnación contra la decisión por la cual se adjudica el contrato en los procedimientos de licitación o concurso, se someterá a este procedimiento especial.

Cualquiera sea la naturaleza del contrato (administrativo, civil, mercantil, etc.), si éste es adjudicado mediante licitación o concurso, la impugnación se hará mediante este procedimiento.

La presentación de la demanda no está condicionada al agotamiento de la vía administrativa. El plazo para presentarla es de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación o de la publicación respectiva.

Interpuesta la demanda, se dará traslado a la parte demandada para que la conteste en el plazo de cinco días hábiles.

Si procede la recepción de las pruebas propuestas en la demanda y en la contestación, se evacuarán en un plazo que en ningún caso excederá de ocho días hábiles.

El tribunal goza de la facultad de reducir prudencialmente los plazos establecidos en la ley, en supuestos de emergencia.

Contra la sentencia que se dicte en este procedimiento no se admitirá ningún recurso ordinario.

## 2.15.Los recursos

En esta materia, la LJCA se remite al Código Procesal Civil.

Las reglas especiales que rigen en esta materia, son las siguientes:

1) Los coadyuvantes solamente podrán adherirse a la apelación interpuesta por la parte principal;
2) Cuando el recurso de apelación se admita en ambos efectos, el tribunal de primera instancia estará habilitado para adoptar, a petición de los interesados, las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia;
3) Cuando en la apelación se revoque la sentencia recurrida que haya declarado la inadmisibilidad de la acción, el tribunal de alzada resolverá, al mismo tiempo, sobre el fondo del asunto;

Se reconoce el recurso extraordinario de apelación, denominado "apelación en interés de la ley". Corresponde a la Procuraduría General de la República interponerlo, aunque no haya intervenido en el proceso. Procede contra las sentencias que no hayan sido impugnadas y adquieren el carácter de firmes, cuando la Procuraduría estime que es gravemente dañosa y errónea la resolución dictada. Se interpone dentro de los seis meses siguientes a la fecha de emisión de la sentencia impugnada y su tramitación tiene carácter preferente. La sentencia que se dicte servirá únicamente para fijar la doctrina legal, por lo que afectará la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre ni la ejecutoria del mismo.

## Bibliografía

ORELLANA, EDMUNDO: - Análisis de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, ILANUD, Tegucigalpa, 1987.

Origen, Naturaleza, Extensión y Límites de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1990.

Procedimientos Especiales en la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1990.

Terminación Normal y Anormal del Proceso Contencioso-administrativo, Editorial Universitaria, Tegucigalpa, 1990.

Los Sujetos y el Objeto del Proceso Contencioso-Administrativo, Editorial Universitaria, 1993.

# LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA

Karlos Navarro[1]

## 3.1 Introducción

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

Se estableció la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 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

1 Karlos Navarro. Doctor en Derecho administrativo por la Universidad de Salamanca, España. Profesor y miembro de la Comisión Académica Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DAI) de la Universidades de la Coruña, España. Director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores, Nicaragua. Profesor de Derecho administrativo e investigador del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

de Autoridades Supremas. El Magistrado primeramente electo será el Presidente de dicho Tribunal. La Ley podrá, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, crear otros órganos de la Contencioso–Administrativo".

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

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

A inicios de los años noventa, tras el triunfo electoral en 1990 de Doña Violeta Barrios de Chamorro se redactó un documento que era un acuerdo entre el Frente Sandinista de Liberación Nacional, FSLN y al Unión Nacional Opositora, UNO, sobre reformas Constitucionales. Aunque no fue aprobado tenía una serie de artículos referentes a la constitución de un Tribunal Contencioso-Administrativo. Fue un intento fallido de incorporar nuevamente esta materia en la Constitución de la República.

Es hasta julio de 1995 a través de la Ley No. 192 que entraron en vigencia las reformas de la Constitución de 1987, reformando 65 de los 202 artículos que la componían.

En el Título VIII de la Organización del Estado, Capítulo V del Poder Judicial, se instituyo nuevamente el Contencioso–Administrativo pero ya no con la estructura de un Tribunal, sino como una Sala más de la Corte Suprema de Justicia, esto se observa en su arto 163 que estipulaba: "La Corte Suprema de Justicia estará integrada por doce Magistrados electos por la Asamblea Nacional. La Corte Suprema de Justicia se integrará en Salas, que estarán conformadas por un número no menor de tres Magistrados cada una: Civil, Penal, de lo Constitucional y de lo Contencioso–Administrativo, cuya organización e integración se acordará entre los mismos Magistrados".

De acuerdo a este artículo se estableció como requisito numérico un mínimo de tres Magistrados por cada Sala, lo que no impedía que estas se integrarán por más de tres miembros como planteaba el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia sobre la División en Salas, (Acuerdo No. 125) de enero de 1996, que en su inciso segundo decía: " Cada una de las Salas estará integrada por seis Magistrados,

quienes elegirán de entre sus miembros al Presidente de la misma por un período de un año y cuyas atribuciones se establecen en el Reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia.

Cada uno de los doce Magistrados que formaban la Corte Suprema de Justicia, podían participar al mismo tiempo en dos y en algunos casos hasta en tres Salas diferentes, de acuerdo a sus respectivas especializaciones, inclinaciones o preferencias, para que conozcan de las materias propias de su competencia.

Como percibimos en la reforma constitucional no se señaló la necesidad de promulgar una Ley de lo Contencioso–Administrativo que normará la funcionalidad de la Jurisdicción Contenciosa–Administrativa en Nicaragua, que hasta hace muy poco era inexistente, lo que ocasionaba un gran vacío en la legislación Nicaragüense y un desamparo del ciudadano frente al actuar de la Administración Pública, que sólo podía defender sus derechos a través del Recurso de Amparo.

Este vacío legislativo se trató de llenar con la prestación de un Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de la República de Nicaragua por la Corte Suprema de Justicia a la Asamblea Nacional el veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y siete. En este proyecto de ley, por razones de técnica legislativa se obvió el titulo primero.

En su título segundo referente al Contencioso–Administrativo, capitulo II, titulado: " De los órganos de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa", en su artículo 36 se señalaba que la Jurisdicción Contencioso–Administrativa se ejercería por los siguientes órganos:

a) La Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.
b) Las Salas de lo Contencioso–Administrativo de los Tribunales de Apelaciones.

Se proponía ya una propuesta de estructura orgánica de lo Contencioso-Administrativo digna de discutir de ley a simple vista, sin embargo, nunca fue aprobado.

Junto a esta reforma constitucional y producto de la presión internacional y en un contexto de obligaciones y condiciones para el desembolso de la ayuda externa de los países cooperantes, las cuales deben ser cumplidas por nuestro Gobierno como garantía del buen uso de dichos fondos, se dictamino el Proyecto de Ley de 1997, por una Comisión Técnica Asesora de la Comisión Dictaminadora de la Asamblea Nacional, creándose una especie de Proyecto dictaminador de-

nominado Proyecto de lo Contencioso–Administrativo, con fecha de 16 de Marzo del año 2000, que en realidad era el dictamen del proyecto de ley de 1997, para su aprobación en la Asamblea Nacional.

Dicho dictamen estableció la misma estructura orgánica del proyecto de ley de 1997, pero localizó el conocimiento y la resolución del fondo del asunto en las Salas de lo Contencioso–Administrativo que se crearían en los Tribunales de Apelaciones, convirtiendo a la Corte Suprema de Justicia en una Segunda instancia o especie de Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso–Administrativo, es decir que le Recurso Contencioso–Administrativo pasó a ser un juicio o proceso de doble instancia según el arto. 48 de dicho dictamen.

La Comisión Dictaminadora aprobó dicho dictamen, pasando al plenario del Poder Legislativo, aprobándose el día 18 de Mayo del año 2000, publicándose como Ley No. 350 (Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo) la cual según su arto. 19 mantuvo la misma estructura física del proyecto de ley de 1997, pero con el funcionamiento propuesto en el dictamen del año 2000, según su arto. 49 (de la ley No. 350), con la gran novedad de utilizar a los Juzgados de Distrito y Locales de todo el país como uno de los órganos receptores de la demanda Contencioso–Administrativa (arto. 25 de la Ley No. 350).

## 3.2 Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350

El dieciocho de junio del año dos mil uno, José Antonio Bolaños Tercero, presento ante la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, un recurso de inconstitucionalidad, contra de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo.

El 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 no fallar en el plazo fijado por dicha ley, asumiendo dicho órgano legislativo facultades de juzgar y ejecutar lo juzgado, que son propias del Poder Judicial de conformidad con los Arts. 158 y 159 de nuestra Constitución Política, constituyéndose la Asamblea Nacional en un Tribunal de Justicia, invadiendo el ámbito de competencia del Poder Judicial, contradiciendo los Arts. 34 numerales 3), 4) y 9), 129, 158, 19 y 130, todos de la Constitución Política.

El señor José Antonio Bolaños Tercero, asimismo señalo que la Ley 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, le ocasionaba los siguientes perjuicios: a) como usuario de la administración de justicia, al pretender ser destituidos los Magistrados, y que como ciudadano tenía derecho de salvaguardar y proteger; b) Que como ciudadano tiene la obligación de respetar y hacer que sean respetados los Poderes del Estado, convirtiéndose el Art. 119 de la Ley 350 en un desequilibrio entre los Poderes del Estado, debilitando las instituciones de un Estado Democrático y de Derecho, en que se debe respetar y tutelar los Derechos Humanos; c) El desorden que dicha ley quiere imponer entre los propios administradores de justicia, ya que por cualquier denuncia podrían ser destituidos de sus cargos, lo que violenta el Art. 160 2 Cn. al establecer un procedimiento anómalo y arbitrario. Que por todas las razones expuestas, consideraba que el Art. 119 párrafo segundo de la Ley 350, violaba los artículos 34 numerales 3) 4) y 9) , 129, 158, 159 y 130, todos de la Constitución Política, por lo que comparecía en su propio carácter y como ciudadano a entablar Recurso de Inconstitucionalidad en contra del Art. 119 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dirigía su recurso en contra del Doctor Arnoldo Alemán Lacayo, mayor de edad, casado, Abogado y Notario Público, en su calidad de Presidente de la República de Nicaragua, por haber sancionado dicha ley. Asimismo, dirigía su recurso en contra de Don Oscar Moncada Reyes, mayor de edad, casado, Administrador de Empresa, del domicilio de Masatepeque, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional.

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, fundadas en causas legales debidamente comprobadas y desaforarlos, para someterse a los Tribunales de Justicia, pero que ningún precepto constitucional autoriza destituirlos. Que la Asamblea Nacional se desvió de su esfera de acción que le marca la Constitución Política, que solamente tiene la facultad de desaforar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, similar a la formación de causa, que es la pérdida de inmunidad en virtud de una acusación o denuncia. Pidió se le diera el curso de ley, al presente Recurso de Inconstitucionalidad, y que se declarara la inaplicabilidad del Art. 119, segundo párrafo de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, se tuvo como parte a la Procuraduría General de Justicia, a la que se le ordenó notificarle dicha providencia y darle copia del presente Recurso de Inconstitucionalidad.

Mediante escrito de las once y cincuenta minutos de la 3 mañana del veintisiete de julio del año dos mil uno, compareció ante la Corte Suprema de Justicia, la Licenciada Delia Mercedes Rosales Sandoval, en su carácter de Procuradora Administrativa y Constitucional por delegación del Procurador General de Justicia. Por escrito presentado por el doctor Oscar Tenorio Hernández a las once y cuarenta minutos de la mañana del seis de agosto del año dos mil, rindió informe el doctor Arnoldo Alemán Lacayo, en su carácter de Presidente de la República de Nicaragua, quien expuso en síntesis: Que la parte final del Art. 119 de la Ley 350, instituye una norma característica del derecho administrativo sancionador, similar a muchas otras que se encuentran diseminadas en distintos cuerpos jurídicos, cuya finalidad es evitar la retardación de justicia y salvaguardar los derechos del ciudadano. No existía violación constitucional, ya que el artículo en referencia establece una causal de destitución y encomienda la aplicación de una sanción administrativa a la Asamblea Nacional. Que dicha disposición constituía por ley, una causa autónoma para la remoción de aquellos Magistrados que incurran en retardación de justicia y que el procedimiento para la aplicación de esta disposición no queda al arbitrio de la Asamblea Nacional, sino que dispone que ésta determinará el procedimiento para aplicarlo, y que la misma de conformidad con los Arts. 138 numerales 7) y 24) Cn. establece que es el Poder del Estado facultado para nombrar y juzgar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. El doctor Arnoldo Alemán pidió a la Corte Suprema de Justicia que fuera desestimado y rechazado el Recurso de Inconstitucionalidad.

Por escrito presentado por el doctor Oriel Soto Cuadra, a las dos y cuarenta y nueve minutos de la tarde del trece de agosto del año dos mil uno, rindió informe el Licenciado Oscar Moncada Reyes, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, expresando: Que el párrafo segundo del artículo 119 de la Ley 350 no contravenía en modo alguno las disposiciones constitucionales mencionadas por el recurrente, ya que el caso contemplado en dicha disposición no era un asunto judicial cuya competencia fuera arrogada por la Asamblea Nacional, sino una atribución que el constituyente asignó al Poder Legislativo, como es la resolver sobre la destitución de los funcionarios que dicha Institución nombra, de conformidad con el Art. 138 numeral 11 Cn., por lo que no se contravienen los Arts. 34 numerales 3), 4), 9), 129, 130, 158, 159, y 160 de la Constitución Política.

### 3.3 Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

La Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Número 40, y de conformidad con los considerandos hechos y artículos 424, 426 y 436 Procesal y artículos. 6, 17, 18 y 19 de la Ley de Amparo, los suscritos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Número 40, resolvieron „HA LUGAR AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, interpuesto por JOSÉ ANTONIO BOLAÑOS TERCERO, mayor de edad, casado, Abogado y Notario, del domicilio de Granada, en su carácter de ciudadano, en contra del Art. 119, párrafo segundo de la Ley No. 350 "Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo", en consecuencia declarase la inaplicabilidad de dicha norma. II.- De oficio declarase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los Arts. 19 numeral 2), 25, 49, 130, 131, 132, 133, 136, así como la parte pertinente de los artículos en que se mencionare "la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Apelaciones", 21 párrafo segundo, 33 párrafo primero, 42 párrafo primero, 117 párrafo primero, primera línea que dice "La Sala respectiva del Tribunal de Apelaciones", Arts. 2 numeral 18), 23 párrafos primero, segundo y tercero, 24, 43, Art. 54 párrafo primero, que dice: "Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda, cabrá Recurso de Apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia", Art. 62 párrafo primero, que dice: "la Sala respectiva del Tribunal de primera instancia", Art. 65 párrafo primero, última línea, "Del auto que se pronuncie sobre la suspensión, cabrá el recurso de apelación en efecto devolutivo" , Art. 72 párrafo segundo, que dice: "Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación en ambos efectos, que deberá interponerse en un plazo de tres días", Art. 96, 99 párrafo segundo, última línea "Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación", 105, 106 párrafo primero y segundo, 107, 108, 109, 110 párrafo primero, 111 y 118.

La declaración de inconstitucionalidad parcial, tuvo como consecuencia directa que la competencia de la

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, quedo limitada, durante casi nueve años (2001-2010) al conocimiento, de las impugnaciones de Disposiciones de carácter general, y solamente, en el año 2010, la Sala decidió comenzar a conocer y resolver todas las materias propias del ámbito y extensión del contencioso – administrativo expuestas en los artículos 1, 14 y 15 de la Ley No. 350.[2]

En parte, apunta Juan Bautista Arríen, esto se debió a los siguientes factores: Primero: la incidencia doctrinaria de dos obras de Derecho Administrativo de autores nicaragüenses: una del Dr. Karlos Navarro y otra de mi autoría. Segundo: la sentencia de inconstitucionalidad de la Ley No. 350, no afecto ni el artículo 14 ni el 15 de dicha normativa que contiene el ámbito y extensión del contencioso nicaragüense, por lo que sin ningún problema la Sala es competente para conocer demandas en contra de actos administrativos; y por último, y no por ello menos importante, la labor de asesoría del Dr. Cairo Manuel López Sánchez, asesor de la Sala de lo Con-

2 Se puede consultar la sentencia no. 1 – 2009, del veintiocho de agosto del dos mil nueve, de las diez de la mañana emitida por la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que en su considerando II, sostiene que dicha Sala tiene competencia no sólo para conocer demandas en contra de Disposiciones de carácter general sino también en contra de actos de aplicación individual una vez agotada la vía administrativa. Por su parte, en el considerando IV de la misma sentencia se sostiene que: La presente demanda contencioso administrativo, es una de las primeras que ESTA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO está resolviendo en contra de un acto administrativo de tipo particular, concreto e individualizado, pues sólo había conocido y admitido demandas en contra de actos administrativos de carácter general, abstractos e impersonales, como el resuelto en la Sentencia No. 4, dictada a las 12:30 p.m., del 26 de marzo de 2007, entre "El Cazador Sociedad Anónima", Vs. El Presidente de la República, Ing. Enrique Bolaños, por haber dictado el Decreto No. 28-2005, Reglamento a la Ley No. 510, Ley Especial para el Control y Regulación de Armas de Fuego y Municiones, Explosivos y otras materias relacionadas, así como otras demandas de tipo general como aumento en tarifas de agua y energía eléctrica. Comentario a esta sentencia: puede leerse en: Juan Bautista Arríen Somarriba: "Sistema de juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo en Nicaragua" Tesis doctoral. Inédita.

tencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua (2005 – 2010) y uno de los redactores de la Ley No. 350.[3]

Finalmente y producto de la sentencia de inconstitucionalidad a la que ha sido sometida la ley no. 350 se ha organizado una Comisión en la Asamblea Nacional para que se elabore una nueva ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que estará coordinada por el doctor Karlos Navarro, y asesorada por importantes administrativas del ámbito Iberoamericano, entre los que podemos mencionar a José Luis Meilán Gil, Jaime Rodríguez Arana, José Antonio Moreno Molina, Javier Barnes (España), Ernesto Jinesta Lovo (Costa Rica), Jorge Fernández Ruiz, Francisco Eduardo Velázquez, Francisco J. Gorjón Gómez y Alma Patricia Domínguez (México), Carlos Botassi y Alejandro Pérez Hualde (Argentina), Rogelio Gestal (Brasil), Giuseppe Franco Ferrari (Italia), Sven Muller-Grune y José Martínez (Alemania) y Juan Bautista Arríen (Nicaragua). Una vez elaborado el borrador, y antes de presentarlo a la primer Secretaria, éste será remitido al doctor Jesús González Pérez, eminente procesalista español, para que lo revise.

## 3.4. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa

Con el término jurisdicción se designa al conjunto de asuntos o materias que es asignado globalmente, para su conocimiento y resolución, a un conjunto determinado de órganos judiciales, que integran un orden jurisdiccional,[4] en el caso que nos ocupa, la jurisdicción contencioso-administrativa.

3 La obra más completa, sobre lo Contencioso Administrativo en Nicaragua, es la tesis doctoral de Juan Bautista Arríen: "Sistema de juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo de Nicaragua, dirigida por el doctor José Luis Piñar Mañas, y defendida, en la facultad de derecho de la Universidad San Pablo. CEU, España. Sin duda alguna, esta tesis, influirá notablemente a la hora de elaborar una nueva ley de lo Contencioso Administrativo en Nicaragua.

4 Villar Palasí y Villar Ezcurra apuntan que "la Jurisdicción puede ser configurada como la facultad concedida a unos determinados órganos judiciales para conocer de determinados procesos o materias". Villar Palasí y Villar Ezcurra. Principios de Derecho administrativo, Madrid, Universidad de Madrid, 457, p. 269.

La LJ fija el ámbito de la jurisdicción contenciosa en sus art. 14 y sigs. Incluye para ello una cláusula general, a la que añade posteriormente un listado de cuestiones incluidas y excluidas del ámbito de conocimiento de la justicia administrativa.

Con carácter general, la jurisdicción contenciosa conocerá de las pretensiones que se deduzcan contra actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones, situaciones y simples vías de hecho de la Administración Pública (art. 14 LJ).

Como puede verse, la ley jurisdiccional es, en este sentido, bastante avanzada, en cuanto admite que se planteen pretensiones no sólo en relación con la actividad jurídica de la Administración (actos administrativos y reglamentos), sino también en relación con su actividad material (inactividad de la Administración y vías de hecho).

La LJCA aclara, como ya dijimos, el ámbito de la jurisdicción, estableciendo expresamente la inclusión en el mismo de un conjunto de pretensiones sobre las que pudieran plantearse algunas dudas. Podemos agrupar estas materias, para su mejor comprensión en dos grupos, dependiendo de si las dudas acerca de su inclusión derivan de la materia a la que vienen referida, o bien acerca de la consideración como Administración pública del sujeto que las realiza.

En lo que se refiere al primer grupo, se señala expresamente la sujeción a la Jurisdicción contenciosa de los contratos celebrados por la Administración;[5] de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública;[6] las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeren en

5 "Los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, resolución, interpretación, validez, resolución y efectos de los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, especialmente cuando tuvieren por finalidad el interés público, la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas" (art. 15. 1 LJ).

6 "Las cuestiones que se suscitaren sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública por los daños y lesiones que sufrieren los particulares en sus bienes, derechos e intereses, como consecuencia de las actuaciones, omisiones o vías de hechos de sus funcionarios y empleados, sin importar cuál sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se deriven. Se exceptúan aquellas demandas civiles, mercantiles o laborales que por su naturaleza deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria" (art. 15. 2 LJ).

contra de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones,[7] los conflictos administrativos entre Administraciones públicas.[8]

En lo que se refiere al segundo, la propia LJ aporta la definición de Administración pública en su artículo 2. 2, según el cual es:

> la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realicen actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas.

Este concepto general, con más o menos particularidades, viene a recoger el concepto tradicional de Administración pública, combinando, como es usual, elementos subjetivos y objetivos, y arrojando las dudas que normalmente genera todo concepto de Administración pública. Sirva lo dicho en su momento al respecto.

A ello añade la LJ un conjunto de menciones adicionales, que tratan de aclarar la sujeción a dicha jurisdicción de algunos supuestos en los que no resultaría fácil decidir dicha cuestión.

El primero de esos supuestos es el de la actividad materialmente administrativa de los órganos de otros poderes del Estado que no son Administración pública, que el propio art. 2. 2 LJ incluye en el con-

7 "Las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeren en contra de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las causas que podrían seguirse para determinar responsabilidades penales" (art. 15. 5 LJ).

8 "Los conflictos de carácter administrativo que surgieran entre los distintos organismos de la Administración Pública; los conflictos administrativos de carácter intermunicipal o interregional, o entre los municipios y las Regiones Autónomas, y los de éstos con la Administración Pública" (art. 15. 6 LJ).

cepto de Administración pública, y que deben entenderse, por tanto sujetos a la jurisdicción contenciosa.[9]

En segundo lugar, también resuelve la LJ las dudas acerca de la justiciabilidad administrativa de las actuaciones de los sujetos privados que operan potestades administrativas en función de una delegación de las Administración públicas (vicarios de la Administración). Pues incluye expresamente en el ámbito de lo contencioso los "reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la Administración concedente, relativos a la fiscalización y control de las actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de las actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas" (art. 15. 4 LJ). Aunque se contempla tan sólo, como puede verse, el caso de los concesionarios de los servicios públicos, nos parece que la solución es extensible, como en su momento dijimos, a todos los vicarios de la Administración.

Por último, en tercer lugar, se incluyen dentro del ámbito de lo contencioso las pretensiones dirigidas contra determinados órganos que son enumerados específicamente: Controlaría Generales de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Fiscalía General de la República, Procuraduría General de Justicia, Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras y la Superintendencia de Pensiones (art. 15. 3 LJCA).

Mención aparte se debe hacer a las cuestiones prejudiciales e incidentales de carácter civil o laboral, que se planteen a los procesos administrativos, que quedan bajo el conocimiento de la Jurisdicción contenciosa (art. 16 LJCA).

El concepto de cuestión prejudicial no es susceptible de precisión previa, debiéndose deducir su carácter en cada caso concreto. El criterio clave para la toma de dicha decisión es la existencia de una relación de dependencia entre esa cuestión cuya prejudicialidad se trata de decidir y la pretensión que se dilucida en el pleito.[10]

9 El art. 2. 2 LJCA establece que la Administración Pública "incluye la actividad de los poderes legislativos, judicial y electoral en cuanto realizaren funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial".

10 Señala Pera Verdaguer que no "se ha podido hacer una concreta enumeración de los supuestos posibles, y en cada caso habrá de proceder-

En cualquier caso, la regulación de las cuestiones prejudiciales se rige por las notas de excepcionalidad e instrumentalidad, que determinan que la solución que el juez contencioso-administrativo dé a éstas, sólo surtirá efecto en el concreto proceso contencioso-administrativo del que se trate, careciendo de eficacia fuera de él, de capacidad vinculante para los órganos jurisdiccionales no contenciosos y de eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser planteada, en consecuencia, dicha cuestión ante el Tribunal competente para conocer de esa materia.[11] Así lo establece expresamente el art. 16 LJCA, que consagra expresamente la posibilidad de "su posterior revisión por la jurisdicción correspondiente" (art. 16 LJCA).

Con ello, queda, en principio, precisado el ámbito de lo contencioso, a reservas de lo que pueda establecer la legislación especial. Pues la LJCA concluye la atribución de jurisdicción al orden contencioso mediante una cláusula general de cierre, en virtud de la cual entra dentro de su ámbito de conocimiento cualquier "otra materia que de forma expresa determine la Ley" (art. 15. 7 LJCA).

No termina, con ello, sin embargo, la precisión del ámbito de la jurisdicción contenciosa, pues contribuyen también a perfilar ésta las exclusiones de la misma. Se trata de un conjunto de materias cuya exclusión parece se puede inferir de los criterios de atribución precedentes, pero que la ley excluye expresamente para evitar equívocos: a) los actos susceptibles del Recurso de Inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; b) las violaciones o intentos de violaciones de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política que corresponde a la jurisdicción constitucional, a través del Recurso de Amparo; c) los de índole civil, la-

se en lo contencioso al análisis de la pretensión ejercitada en el recurso y de la repercusión que en ella pueda tener la cuestión en principio ajena a esta jurisdicción, para concluir afirmando la naturaleza de prejudicial de la misma si se observa entre ambas un directo entrelazamiento, una dependencia en el resultado de aquella cuyo carácter de prejudicial se sostenga por alguna de las partes". Pera Verdaguer, Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo, 7a. ed., Barcelona, Editorial Bosch nota 516, p. 118.

11 Fernández Valverde, "Objeto del proceso. Actos impugnables", en La Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid, CGPJ. nota 567, pp. 187-188.

boral o penal atribuida a la jurisdicción ordinaria (art. 17 LJCA). A estos supuestos se debe añadir las cuestiones prejudiciales penales, cuya exclusión del ámbito contencioso puede inferirse sensu contrario del art. 16 LJCA.

En cuanto al régimen de la jurisdicción, es esencial a la misma su carácter improrrogable,[12] esto es, la imposibilidad de disponer de la misma tanto por los órganos judiciales como por las partes,[13] de tal forma que las cuestiones comprendidas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa no podrán ser enjuiciadas por otro orden jurisdiccional, ni se podrán plantear ante la misma cuestiones atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales, sin perjuicio de lo dicho respecto a las cuestiones prejudiciales e incidentales.[14]

De su improrrogabilidad se deriva su aptitud para ser controlada de oficio por el propio órgano judicial,[15] sin perjuicio de la capacidad de las partes para ponerla de manifiesto.

Para evitar perturbaciones y desorientaciones en las partes interesadas en el proceso, la resolución que la declare debe indicar la jurisdicción que se estime competente.[16]

## 3.5 Competencia

Si la jurisdicción acota el conjunto de materias o asuntos que van a ser atribuidos globalmente a la jurisdicción contenciosa, la competencia va a permitir determinar cómo se distribuyen ese conjunto

12 Como señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, "el principio de Improrrogabilidad de la Jurisdicción Contenciosa, que no es privativo de ésta, sino común a todas por ser una característica fundamental de la Jurisdicción". Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 273.

13 Parejo Alfonso, Luciano, El concepto de Derecho Administrativo, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana., nota 80, p. 819.

14 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 273.

15 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 819. Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 273.

16 Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 128.

de asuntos entre los distintos órganos judiciales que componen la citada jurisdicción.[17]

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

## 3.6. Principios del proceso

La LJCA opta claramente por dar un carácter central a estos principios, que bajo la rúbrica "principios generales" recoge expresamente en su Capítulo II, de forma además muy detallada, pues aglutina una amplia enumeración de los mismos, hasta el punto de desmembrar, en nuestra opinión, de forma innecesaria, en diversos principios reglas que quedarían mejor aglutinadas en una sola (por ejemplo, el principio de concentración procesal del art. 12, es simplemente una consecuencia de los principios de celeridad y eficacia regulados en el art. 11).

Ese elenco de principios se pueda concretar, en último término, en varias reglas. En primer lugar, la idea de oficialidad, que informa todo el proceso una vez que es iniciado. Así, puesto en marcha éste, el Órgano jurisdiccional deberá dirigir el mismo (art. 4 LJCA), impulsarlo (art. 5 LJCA),[18] y velar por su adecuado desarrollo[19] (art. 8

17 Como señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra, la "aptitud de cada órgano judicial para actuar una pretensión, no se apoya tan solo en el hecho de que dicho órgano pertenezca efectivamente a la Jurisdicción sino que ésta, al ser una potestad única, debe ser distribuida entre los órganos que la ejerciten. Consiguientemente y de acuerdo con este principio, la competencia puede ser definida como el criterio en virtud del cual, los órganos judiciales pertenecientes a una determinada jurisdicción (en este caso, la contencioso-administrativa) tienen la facultad para resolver las pretensiones que ante los mismos se presenten, con preferencia a los demás". Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 276-277.

18 Más concretamente, señala el 5 LJ, que "el Tribunal tomará las medidas tendentes a evitar su paralización y a adelantar su trámite con la mayor celeridad posible".

19 Más concretamente el art. 8 LJ establece que el Tribunal "tomará todas las medidas necesarias que resulten de la Ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o de protección del debido proceso".

LJCA) y por qué se tramite sin dilaciones indebidas y con la debida eficiencia, evitando gastos inútiles (arts. 11 y 12 LJCA).[20]

Esta regla convive con un principio de disponibilidad, que se extiende no sólo a la iniciación del proceso, que "incumbe a los interesados" (art. 3 LJCA); sino también a la posibilidad de las partes de "disponer de sus derechos en el proceso, salvo aquellos irrenunciables".

También se contempla el principio de igualdad en el proceso, consagrado expresamente en el art. 6 LJCA,[21] que se debe traducir en la disposición de las mismas armas procesales para hacer valer sus posiciones por las dos partes litigantes.

Téngase en cuenta que el juez de lo contencioso está dotado de todas las garantías de independencia e imparcialidad propias de los órganos judiciales. Erigiéndose, en consecuencia, en un tercero imparcial, que actúa en aplicación estricta de la legalidad y sin introducir valoración de oportunidad o conveniencia alguna.[22]

20 El art. 11 LJ establece que el "Tribunal y sus auxiliares tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso. Se prohíbe reabrir causas debidamente fenecidas". En la misma línea incide el art. 12 LJ, según el cual los "actos procesales deberán realizarse sin demora, procurando abreviar los plazos cuando la Ley lo permita o por acuerdo entre las partes y debiendo concentrar en un mismo acto las diligencias que sean necesarias y posible de realizar".

21 Establece este precepto que las "partes tienen igualdad de derechos en el proceso, la cual deberá ser garantizada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquier disposición que limitara este derecho se tendrá por no puesta".

22 Como señala Morelli, el "juez administrativo, a pesar de su origen histórico, si es un tercero entre la administración y el administrado. Las partes procesales se presentan en un plano de igualdad y el juzgador deberá ceñirse estrictamente al principio de legalidad, sin que le sea dable consideración alguna sobre la oportunidad o conveniencia de la decisión que beneficie al particular. De no ser así, ¿qué sentido tendría la jurisdicción contencioso-administrativa? Bien podría eliminarse, pues no sería nada distinto de una longa mano de la administración estatal, una farsa a cargo del erario público". Morelli, Curso de Derecho administrativo, Pamplona, Aranzadi, t. I. nota 873, p. 186.

## 3.7. Las partes del proceso contencioso-administrativo

El concepto de partes del proceso contencioso se articula en base a la pretensión, de tal forma que son partes aquellas que formulan la pretensión (partes activas o partes demandantes) y aquellas contra las que se formula (partes pasivas o demandados).[23]

### 1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal

Partiendo de una asentada, aunque, en nuestra opinión, errónea tradición,[24] no se distingue en el ámbito del Derecho administrativo entre capacidad para ser parte y capacidad procesal. Esto ha llevado a que el Derecho positivo de Nicaragua se limite a regular la segunda, concretamente en el art. 26 LJ, según el cual la tendrán, con carácter general, las "personas naturales o jurídicas, sus representantes legales o sus mandatarios, de conformidad con la legislación común".

Es un precepto, como puede verse, sumamente imperfecto, en el que se confunden los conceptos de capacidad para ser parte, capacidad procesal y representación.

El primer error de que adolece es que atribuye capacidad procesal a las personas físicas o jurídicas, sin más. Lo que supone confundir capacidad para ser parte con capacidad procesal. La capacidad para ser parte, a la que no hace referencia la LJ, es la aptitud para ser titular

23 González Pérez, J., Manual de Derecho Procesal Administrativo, 3a. ed., Madrid, Civitas. nota 521, p.165.

24 En el mismo sentido González Pérez, que apunta lo siguiente: "se presuponía que en Derecho administrativo –y en Derecho público en general- no existía diferencia entre capacidad para ser titular de derechos (capacidad jurídica) y capacidad para ejercerlos (capacidad de obrar), ya que el reconocimiento de un derecho suponía reconocimiento de la capacidad para ejercerlo. Lo que no es cierto. Porque, en efecto, también en Derecho civil, aunque ciertamente en grado menor, existen derechos de los que no puede ser titular la persona por el hecho de serlo (...). Y en Derecho administrativo, aunque es menos frecuente que la capacidad para ser titular de un derecho vaya unida a la capacidad para ejercerlo, sigue teniendo vigencia la regla general". González Pérez y González Navarro, , Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común I, 2a. ed., Madrid, Civitas. nota 373, p. 857.

de derechos y obligaciones en un proceso.[25] Es ésta la que corresponde propiamente a las personas naturales o jurídicas, pues viene unida al concepto de personalidad, de tal forma que la ostenta toda persona, física o jurídica, por el mero hecho de serlo.[26]

La capacidad procesal es algo distinto, es la capacidad de actuar eficazmente por uno mismo en un proceso, sin la intermediación de representante.[27] Dicha capacidad no puede corresponder a todas las personas naturales o jurídicas, como pretende la LJ, sino únicamente a aquellas personas capacitadas para el pleno ejercicio de sus derechos, esto es, las personas físicas no incapacitadas y mayores de edad.

A los que se debe añadir "los menores de edad que hubieren cumplido 15 años, cuando ostentaren derechos o intereses propios, incluso cuando se tratare de gestiones a favor de los derechos de terceros vinculados con dichos menores dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad" (art. 26. 2 LJ). Sujetos a los que la LJ extiende expresamente la capacidad para actuar por sí mismos en el proceso, pues establece que, en "estos caso, podrán deducir sus pretensiones sin necesidad de contar con la representación de quien ejerza la patria potestad de cualquier otro representante designado judicialmente o de apoderado especialmente facultado".

Medida que debe entenderse justificada en el antiformalismo propio del Derecho administrativo, que pugna con la negación de capacidad a los menores para ejercer directamente aquellos derechos que el ordenamiento jurídico-administrativo ejerce a su favor.[28]

25 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 169. González Escudero, "Las partes procesales, representación y defensa de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales", en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Barcelona, Praxis, 1999, p. 167.

26 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p 170.

27 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 169. González-Escudero Op. Cit., nota 1097, p. 167.

28 Señala Parejo Alfonso que este "régimen más flexible, amplio y generoso en materia de capacidad se explica por la naturaleza misma del Derecho administrativo y el antiformalismo que le es propio. Sería un contrasentido, en efecto, el establecimiento (...) de una política de asistencia y protección de la juventud, comprensiva de técnicas de fomento a través de asociaciones debidamente registradas, de un lado, y la negación a los jóvenes (menores de edad) de capacidad para promover, constituirse e inscribir administrativamente las correspondientes aso-

Esta medida se debe administrar, no obstante, con prudencia, entendiéndola como una posibilidad establecida exclusivamente en beneficio del menor. De tal forma que no debe admitirse ésta cuando vaya a redundar previsiblemente en un perjuicio para éste. Así, por poner un ejemplo, no podrá admitirse para que renuncie a un derecho. Tratándose de actuaciones de ese tipo, es obligación del juez exigir que el menor comparezca debidamente representado por persona mayor de edad.

La excepción suple únicamente la falta de capacidad que se deriva de la minoría de edad. En caso de concurrencia de otra causa de incapacidad en el menor, deberá actuar éste debidamente representado, sin que sea de aplicación, lógicamente, la regla del art. 26. 2 LJ.[29]

Quienes no se encuentren en estos casos carecen de capacidad procesal, por lo que deberán suplir esa carencia actuando a través de representante (art. 26. 1 LJ).

## 2. LEGITIMACIÓN

La legitimación es la capacidad para ser parte en un proceso concreto y determinado. Se posee cuando el sujeto se encuentra en una especial relación con el objeto de éste, consistente, salvo en los supuestos en los que excepcionalmente se reconoce acción popular, en la tenencia de un derecho o interés que se va a ver afectado por la resolución que se dicte en el mismo.[30] En definitiva, que ese proceso afecte a ese sujeto de alguna manera, que tenga algo en juego en éste.[31] Afectación que debe ser entendida en un sentido amplio, como la posibilidad de obtener cualquier beneficio o de evitar cual-

---

ciaciones y solicitar y obtener las correspondientes ayudas públicas". Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 452.

29 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 864. Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 452.

30 González Pérez, Op. Cit., nota 521, pp. 173-174. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 618-619.

31 Señala Parada Vázquez que la legitimación "en Román Paladino responde a la pregunta de <<en qué le afecta>> o <<qué le importa>> o <<qué le va en ello>>. Porque si al que pretende recurrir no le afecta en absoluto el acto, la disposición recurrida o la inactividad material o la vía de hecho no puede estar en juicio pretendiendo su nulidad o su corrección. Por ello la legitimación supone, ante todo, la existencia de un sujeto portador de un derecho o de un interés". Parada Váz-

quier perjuicio como consecuencia del proceso. Si bien exigiéndose que se trate de una ventaja propia, pues no es suficiente con invocar el interés altruista en que se cumpla la legalidad.[32] En la legislación nicaragüense aparece regulada en los arts. 27 y 28 LJ, de forma un tanto enrevesada y confusa.

*A. Legitimación activa*

No plantea dificultades la determinación de los sujetos legitimados cuando se trate de la impugnación de actos de la Administración para solicitar su anulación. En tal caso están legitimados los titulares de interés legítimo en el asunto (art. 27 LJ). Expresión que no plantea muchas dificultades de interpretación, pues hoy en día, sentada la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva en Nicaragua, como vimos en su momento, dicho término debe comprender la posibilidad de evitar cualquier perjuicio o de obtener cualquier beneficio en el proceso que se trate.

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

El primero de ellos no es problemático, pues otorga legitimación a las "entidades, corporaciones o instituciones de Derecho Público y cualquier otro organismo que ostentare la representación o defensa de los intereses de carácter general o corporativo, siempre y cuando la disposición impugnada los lesionare o afectare el interés general" (art. 27. 1 LJ). Esto es, cualquier organismo al que se otorgue la salvaguarda de determinados intereses generales o corporativos podrá intervenir en el proceso contencioso en defensa de los mismos. Si bien teniendo en cuenta que carecen de dicha legitimación los partidos políticos (art. 27 LJ).

El segundo de ellos es, sin embargo, de notable oscuridad, pues se otorga también legitimación a los administrados, pero sólo en la medida en que tuvieran "interés de forma directa y legitima en el asunto" (art. 27. 2 LJ). La voluntad del legislador parece clara: condicionar la

quez, José Ramón, Administrativo I, 11a. ed., Marcial Pons. nota 240, p. 742.

32 Sánchez Morón, "El control jurisdiccional. La Jurisdicción Contencioso-administrativa", en Rodríguez Arana-Muñoz (dir.), La Administración Pública española, Madrid, INAP, 2002, Pág. 804.

legitimación para la impugnación de las disposiciones generales a la concurrencia de un interés cualificado, de un interés especialmente intenso. Ahora bien, determinar cuál es la entidad que debe tener un interés para no ser un simple "interés legítimo", sino un "interés de forma directa y legitima en el asunto" se nos antoja una tarea imposible. Corresponderá, pues, a la jurisprudencia lidiar en dicha cuestión, determinando el significado de tan oscura determinación.

En los casos en que se pretendiere el reconocimiento y re-establecimiento de una situación jurídica individualizada, con o sin reparación patrimonial, se requerirá la titularidad de un derecho subjetivo o interés derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnada (art. 27 LJ).

El art. 28 LJ priva expresamente a algunos sujetos de la legitimación activa, esto es, les prohíbe "ejercer la acción contencioso-administrativa contra la actividad de la Administración Pública".

Dicha prohibición se formula, en primer lugar, respecto a los "órganos administrativos y los miembros de sus órganos colegiados, cuando actuaren como tales" (art. 28. 1 LJ).

La doctrina discrepa sobre el fundamento de esta regla. Algunos lo justifican en la prohibición de ir contra los propios actos.[33] Mientras que otros consideran que es consecuencia del principio jerárquico, que impide que mantengan postura distinta a la defendida por la institución a la que pertenecen y están ordenados.[34]

En segundo lugar, alcanza también a los "particulares que habiendo actuado en los casos permitidos en la ley como agente o mandatarios de la Administración cuando pretendan ejercer la propia acción contencioso-administrativa en contra de los intereses de su mandante superior" (art. 28. 2 LJ).

33 González-Escudero Op. Cit., nota 1097, p. 193.

34 Consideran Garrido Falla, Palomar Olmedo y Losada González que es "consecuencia del principio jerárquico de funcionamiento de la Administración que impide a los órganos de la misma y a los miembros de los órganos colegiados impugnar la decisión con olvido de la postura mantenida por el órgano". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, , Tratado de Derecho Administrativo, 2a. ed., Madrid, vol. III. nota 435, p. 179.

Algunos autores encuentran, como en el caso anterior, el fundamento en la prohibición de ir contra sus propios actos.[35] Otros, sin embargo, entienden que tiene su origen en la imposibilidad de diferenciar a efectos procesales entre la Administración y el sujeto que actúa en representación de ésta.[36]

Por último, en tercer lugar, se extiende a:

> las entidades de Derecho Público que fueren dependientes o guardaren una relación de jerarquía con el Estado, las comunidades de las Regiones Autónomas, o las entidades locales respecto a las actividades de la Administración de la que dependieren, salvo los casos en que se les hubiere autorizado por medio de ley expresa (art. 28. 3 LJ).

*B. Legitimación pasiva*

El art. 29 LJ considera como sujetos demandados y, por tanto, dotados de legitimación pasiva a los siguientes sujetos:

En primer lugar, a la Administración Pública, sus organismos o entidades autoras del acto, omisión, disposición o vía de hecho a que se refiere la demanda (art. 29. 1 LJ).

Aunque la ley no haga mención aquí a los órganos de otros poderes del Estado que realicen actividades materialmente administrativas, se debe entender, en virtud de lo establecido en el art. 2 LJ, que, cuando se impugnen tales actividades, aquel de estos organismos que realice la actividad en cuestión será el sujeto demandado.

En segundo lugar, las personas que, como consecuencia del acto o disposición impugnados, pudieran ser titulares de derechos o intereses (art. 29. 2 LJ). Aunque la redacción es un tanto farragosa, parece que aquí se está haciendo referencia a los sujetos privados que ostentan un derecho subjetivo o interés legítimo que se podría ver

35 González-Escudero Op. Cit., nota 1097, p. 193.

36 En tal sentido señalan Garrido Falla, Palomar Olmedo y Losada González que, "aunque formalmente los agentes o mandatarios mantengan su verdadera naturaleza, es lo cierto que frente a terceros están asumiendo una representación de la Administración que les impide diferenciarse a efectos procesales". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 180.

perjudicado por la apreciación del recurso contencioso-administrativo, lo que les legitima para comparecer al proceso para defender su posición al lado de la Administración demandada.

El art. 30 LJ regula la figura del coadyuvante, estableciendo que podrá "intervenir en el proceso como parte coadyuvante de la Administración recurrida cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto, disposición, omisión o vía de hecho que motivare la acción contencioso-administrativa".

Como puede verse, la legislación de Nicaragua se mantiene fiel a la distinción entre codemandado y coadyuvante. Los primeros serían las partes principales, que litigan en el proceso en condiciones de igualdad con la Administración demandada; mientras que los segundos serían meras partes accesorias,[37] que en cuanto tales ostentan una posición subordinada a la del demandado, careciendo de autonomía para recurrir por sí solos la resolución y de capacidad para continuar adelante con el proceso en caso de allanamiento de éste.[38]

La persistencia de esta figura ha sido cuestionada por una parte de la doctrina, que postula su desaparición. Si bien cuenta a su favor con importantes voces doctrinales, que ponen de manifiesto que existen determinadas situaciones de las que su titular debe tener plena disposición, por más que puedan existir otros sujetos interesados en su mantenimiento, pues le afectan de forma tan intensa y personal que no se puede imponer a aquél en contra de su voluntad. Lo que determina que el mantenimiento del proceso sin su anuencia carezca totalmente de sentido.[39]

37 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 200.

38 González-Escudero Op. Cit., nota 1097, pp. 195-196. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 469.

39 Señala González Pérez lo siguiente: "una vez personados todos aquellos que ostenten legitimación, ¿tiene sentido la diferenciación?. En mi opinión, no ofrece duda que debe ser así. Quizás, no en todos los aspectos en que se establecía, debiendo consagrarse la igualdad, por ejemplo, en aspectos como el de la legitimación para recurrir. Y aún en éste, es más que discutible. Pensemos, por ejemplo, en un proceso administrativo incoado frente a un acto administrativo que reconoció un derecho subjetivo a establecer un centro docente en una determinada localidad, en que, al existir un titular del derecho es éste el demandado, y en el que han comparecido los padres de potenciales alumnos en defensa del interés a tener tal centro docente en las proximidades de su domicilio, proceso en el que se hubiere acordado la suspensión

No resulta fácil, en cualquier caso, fijar el criterio que permite distinguir cuando estamos ante una parte codemandada y cuando ante un simple coadyuvante. Se ha señalado que el criterio diferenciador es que el demandado es titular de un derecho subjetivo, mientras que el coadyuvante lo es de un simple interés legítimo.[40]

En cualquier caso, la oposición a la intervención del coadyuvante se tramitará como incidente en cuerda separada y deberá promoverse dentro de los tres días posteriores a la notificación del apersonamiento respectivo (art. 30 LJ).

Las partes coadyuvantes no incurrirán en costas ni tendrán derecho a ellas, salvo por razón de los alegatos o incidentes que ellas promovieran de forma independiente en relación con la parte principal (art. 128 LJ).

Nótese que tanto codemandados como coadyuvantes son partes de existencia eventual, no estrictamente necesarias. El reconocimiento de legitimación a los mismos no proviene de la necesidad de su presencia, pues el proceso puede desarrollarse perfectamente en su ausencia, sino más bien del deseo de ofrecerles la oportunidad de defender su posición en el mismo. De lo que se deriva a su vez el carácter estrictamente voluntario de su presencia en el proceso.[41]

---

de la ejecución del acto. La sentencia estima parcialmente el recurso y modifica el acto, imponiendo ciertas limitaciones. Supongamos que no recurre la Administración, y que el titular del derecho subjetivo derivado del acto –demandado– está conforme con las limitaciones y no decide recurrir para que la sentencia adquiera firmeza, se levante la suspensión y pueda comenzar su actividad. ¿Tendría sentido que el coadyuvante interpusiera recurso contra la sentencia, con el consiguiente efecto suspensivo, en contra de lo que interesa al demandado?". González Pérez, "Las partes en el proceso, terceros intervinientes, coadyuvantes", en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo <<Allan Randolph Brewer-Carías>>, Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 405.

40 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que "resulta evidente que la diferencia existente entre la parte demandada y la coadyuvante radica en que aquélla ostenta un derecho que puede resultar lesionado, en tanto que ésta, tan sólo es titular de un <<interés legítimo>>". Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 293.

41 Indica Santamaría Pastor que se "trata de una parte de existencia meramente eventual: es obligado emplazar a estas personas, para darles la oportunidad de comparecer en el proceso en defensa de la actuación

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

*C. Sucesión en la legitimación*

Puede que durante el transcurso del proceso se pueda producir una mutación en los sujetos titulares de los derechos o intereses legítimos que se van a ver afectados por la situación discutida en el proceso.

El Derecho nicaragüense da respuesta a esta situación en el art. 31 LJ, según el cual, en los "casos en que la legitimación de las partes derivare de un derecho o relación jurídica transmisible, el sucesor podrá sustituir en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiera actuado como parte o bien podrá iniciarlo mediante el ejercicio de la acción respectiva".

## 3. POSTULACIÓN

Hay que distinguir entre la defensa y representación de la Administración Pública y de los demás sujetos que intervengan en el proceso.

Por lo que se refiere a la Administración, su representación y defensa corresponde a la Procuraduría General de Justicia de la República, o en su caso, a quienes ostenten la representación legal del órgano demandado (art. 32 LJ).

No establece la LJ nada acerca de la obligatoriedad de la postulación mediante profesionales jurídicos, esto es, no indica si los ciudadanos pueden comparecer por sí mismos ante la jurisdicción contenciosa, o si necesitan hacerlo mediando la intervención de un profesional en Derecho.

Entendemos que se debería permitir la actuación directa para las cuestiones menores, de cuantía reducida, pues en caso contrario resultaría excesivamente oneroso sostener el proceso y en la práctica quedarían fuera del alcance de la tutela judicial.[42]

---

administrativa impugnada (...); pero su comparecencia en el proceso es, claro está, meramente potestativa de las mismas, pudiendo hacerlo o no, libremente". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 659.

42 Como señala Parada Vázquez, debería "permitirse la representación y defensa directa en asuntos de ínfima cuantía, (...) que de otra forma no serán recurribles, salvo que existan empresas especializadas en esta

Cuestión importante, dado el contexto económico en el que desgraciadamente se mueven importantes capas de la población nicaragüense, es la posibilidad de que alguna de las partes carezca de recursos económicos para litigar. En tal supuesto, se podrá invocar ante el tribunal dicha circunstancia, bien mediante comparecencia directa ante la sala respectiva del Tribunal o por cualquier otro medio, pero siempre dentro del plazo hábil para el ejercicio de la acción (art. 33 LJ).

En tal supuesto, el órgano judicial competente, previa información sumaria de las circunstancias del solicitante, procederá inexcusablemente y con celeridad a la designación de un defensor público o de un abogado de oficio que ejerza la defensa y representación de éste (art. 33 LJ).

La presentación de esta solicitud producirá la interrupción de los plazos, que se volverán a contar desde el momento en que se acredite en autos la aceptación de la defensa por el abogado designado de oficio. Se realizará el nombramiento del abogado conforme a las reglas del derecho común (art. 33 LJ).

Cuando los particulares que intervienen como actores, como demandantes o coadyuvantes, tuvieren posiciones que no fueren contradictorias ni excluyentes entre sí, podrán litigar unidos total o parcialmente, y bajo una misma defensa (art. 34 LJ).

## 3.8. Objeto del proceso

Al examinar el objeto del proceso contencioso-administrativo debe comenzar destacándose la peculiar situación de éste en este aspecto, pues ha sido tradicionalmente una actividad de carácter revisor de una actividad jurídica previa de la Administración, que se había dictado en el marco de un procedimiento administrativo ya celebrado.[43]

Esta concepción, que sigue influyendo aún en la configuración del proceso contencioso, está hoy en día ya superada en bastantes aspectos.

clase de litigiosidad que se hagan cargo de los recursos por módicos precios". Parada Vázquez, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 742.

43 Considera Parada Vázquez que el carácter revisor del proceso contencioso-administrativo consiste en "su funcionalidad como recurso de apelación contra un acto o resolución previamente dictado por la Administración incluso ya ejecutoriado". Ibídem, p. 755.

Así, en primer lugar, ya no se considera que el proceso tenga por objeto exclusivo, como ocurría conforme al dogma revisor, el examen de la legalidad objetiva de esa actividad jurídica previa (acto o disposición administrativa); sino que se convierte en un mecanismo de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. Esto implica, por un lado, que constituye un mecanismo de defensa de esos derechos e intereses y no, por tanto, un simple mecanismo de la revisión del acto o disposición, y; por otro, que opera ya no sólo contra una actividad jurídica previa dictada en el marco de un procedimiento, sino contra toda actuación administrativa, o incluso la omisión de ésta, capaz de lesionar esos derechos e intereses, incluyendo así la actividad material y las vías de hecho dentro de su ámbito objetivo.[44]

Además de ello, queda claro que las pretensiones contenciosas no son, como se pretendía desde la posición revisionista, pretensiones

44 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que "la tradición del contencioso-administrativo desde sus orígenes franceses puso todo su énfasis en su configuración como un proceso impugnatorio de actos administrativos, el examen de cuya legalidad, con la consiguiente sentencia anulatoria o absolutoria, agotaba toda su funcionalidad. Se habló, por ello, de un <<proceso al acto>>, de un proceso <<objetivo>> (...). De ello se concluía en lo que entre nosotros se llamo el <<carácter revisor>> de la jurisdicción contencioso-administrativa (...), carácter que excluía cualquier otra función del proceso que no fuese la de controlar la legalidad <<objetiva>> del acto recurrido, sin tomar en consideración más que la situación en que el acto fue producido originariamente por la Administración. El recurso contencioso-administrativo se identificaba así en su funcionalidad con la de un recurso de casación, en la que no se admitía la prueba ni cuestiones nuevas respecto de las ya tratadas en las instancias inferiores, aquí en la vía administrativa dentro de la cual el acto se había producido".

Sin embargo, "toda actuación judicial, y por tanto la contencioso-administrativa, como una técnica de tutela efectiva de <<derechos e intereses legítimos>>. El proceso contencioso-administrativo paso a ser así inequívocamente <<subjetivo>>, de defensa de esos derechos e intereses frente a la <<actuación administrativa>> en general (...) y no precisamente frente a actos administrativos formales. La tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos no puede reducirse a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de unos actos administrativos formales". García De Enterría y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 628.

contra un acto o disposición, sino pretensiones deducidas contra otro sujeto, como Cualquiera pretensiones.[45]

Ahora bien, estas innovaciones no han supuesto un abandono total de los dogmas revisionistas, que siguen manteniendo alguna vigencia, pues se sigue aun exigiendo para poder acudir al proceso contencioso la existencia de un pronunciamiento o actuación previa por parte de la Administración, o al menos la falta de la misma una vez instada por el administrado. Si bien, obviamente, no constituyen éstas ya el objeto del proceso, sino tan sólo un requisito previo para entablar el mismo.[46]

A ello se añade, lógicamente, una obligación de coherencia entre las pretensiones de la demanda y la vía administrativa previa, que impide que pueda plantearse cuestiones que previamente no hayan sido formuladas en vía administrativa.[47]

La demanda contencioso-administrativa deberá ir dirigida necesariamente contra materia impugnable ante dicha jurisdicción, pues en caso contraria se declarará la inadmisibilidad de la misma, bien mediante declaración de inadmisibilidad de la demanda (art. 53. 3 LJ) o mediante sentencia de inadmisibilidad (art. 91. 3 LJ).

Como ya sabemos, la ruptura del dogma revisor permite que sean impugnables ante la jurisdicción contenciosa no sólo los actos admi-

45 González Pérez señala que el "proceso administrativo tiene por objeto pretensiones procesales que no se diferencian sustancialmente de las demás, aun cuando tradicionalmente se haya creído –y aun se cree por un sector de la doctrina- que las pretensiones procesales administrativas –o al menos algunas de ellas– no se deducen frente a una persona distinta del actor, sino frente a un acto, por lo que no dan lugar a un proceso entre partes". Manual González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 211.

46 Como señala Santamaría Pastor, no se "ha abandonado por completo el principio de la necesidad de un pronunciamiento o de una actuación previos de la Administración; pronunciamiento o actuación que, sin embargo, no constituyen el objeto del proceso ni limitan su alcance, constituyendo un mero presupuesto necesario del mismo, con relación al cual la parte recurrente puede deducir las pretensiones que se basen en cualquier norma jurídica". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 655.

47 Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 236. Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 477.

nistrativos y las disposiciones administrativas, sino también la inactividad de la administración y las vías de hecho (art. 35 LJ).

Eso no supone, sin embargo, que estas actuaciones sean en todo caso impugnables ante la jurisdicción contenciosa, pues en algunos casos su impugnabilidad está sujeta a algunos requisitos a los que se condiciona su procedibilidad.

En el caso de los actos administrativos se exige, en primer lugar, que hayan agotado la vía administrativa (art. 35 LJ), en los términos que vimos en su momento. Aparte de ello deberán ser resoluciones o bien actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, de forma tal que pusieran término a la vía administrativa o hicieran imposible continuar su tramitación (art. 35 LJ).

Distinto es el caso de los reglamentos, contra los que no cabe recurso en vía administrativa y son, en consecuencia, impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de agotar la vía administrativa (art. 36 LJ).

Si bien debe tenerse aquí presente que las normas reglamentarias dictadas por los Alcaldes son impugnables en vía administrativa mediante recurso de revisión ante el propio Alcalde o de apelación ante el Concejo Municipal (art. 40 LM). Agota la vía administrativa la resolución del recurso de apelación por parte del Concejo Municipal (art. 40 LM). Por lo que debe entenderse que sólo podrán impugnarse ante la jurisdicción contenciosa una vez agotada la vía administrativa, mediante la resolución del correspondiente recurso de apelación.

Serán también impugnables directamente ante la jurisdicción contenciosa los actos que se produzcan por la aplicación de la disposición impugnada, basándose precisamente en la invalidez de reglamento. Si bien esta solución debe entenderse aplicable únicamente cuando se impugne el reglamento de forma directa y al mismo tiempo los actos que se hayan dictado en aplicación del mismo, basándose en la nulidad de éste (art. 36 LJ).

Distinta solución se debe aplicar, sin embargo, cuando lo que se impugne no sean conjuntamente la disposición y los actos de aplicación de la misma, sino únicamente éstos últimos basándose en la invalidez de aquella. Este supuesto, conocido tradicionalmente como recurso indirecto contra el reglamento, no es propiamente un recurso contra un reglamento, pese a que su nombre parezca indicar otra cosa, sino contra los actos administrativos dictados en aplicación de éste.

Esto determina que sea un recurso contra un acto administrativo, sujeto a los requisitos procesales establecidos para este tipo de recursos. Lo que implica que esos actos sólo serán materia impugnable en la medida en que se haya agotado previamente la vía administrativa (art. 36 LJ).

En lo que se refiere a la inactividad de la Administración, para que sea actividad impugnable es preciso que se formule una reclamación previa a la Administración. Si ésta no fuera atendida en los plazos fijados por la ley (cuarenta y cinco días si se trata de supuestos de no realización de una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas; y treinta días cuando se demanda la ejecución de las resoluciones firmes de la Administración) se podrá interponer ya el recurso contencioso-administrativo (art. 37 LJ), siendo ya, por tanto, materia impugnable.

Las vías de hecho son materia impugnable sin necesidad de reclamación previa a la Administración, pues la ley establece ésta con un carácter meramente potestativo, como se deduce claramente del art. 38 LJ, que dice literalmente que "el interesado podrá solicitar". No obstante, si el administrado opta voluntariamente por presentar esa reclamación previa, ya no podrá impugnar ésta hasta que transcurran los diez días que la LJ otorga a la Administración para su resolución (art. 38 LJ). No siendo, por tanto, materia impugnable hasta que transcurra dicho plazo.

Una vez delimitada las materias impugnables debemos preguntarnos qué es lo que el administrado puede solicitar respecto a ellas, esto es, cuáles pueden ser las pretensiones de las partes.

Dicha cuestión la regula el art. 39 LJ, que establece que, el "demandante podrá pedir la declaración de no ser conformes a derecho y en su caso la anulación, de los actos, omisiones, disposiciones generales y vías de hecho susceptibles de impugnación en sede contenciosa-administrativa".

También podrá el demandante: pedir el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento, entre ellas la declaración de haber lugar a daños y perjuicios materiales y morales, según fuere el caso, sin menoscabo de otras responsabilidades que se pudieren derivar (art. 39 LJ).

El reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas para su restablecimiento, constituye una preten-

sión meramente eventual, que dependerá de las concretas necesidades de tutela que concurran en cada caso.[48]

La determinación previa del contenido de las medidas susceptibles de adoptarse para restablecer esa situación jurídica es imposible, dada la amplitud de concreciones en que puede traducirse, pues se incluirán dentro de dicho concepto cualquier medida adecuada para restablecer el estado de cosas, fáctico o jurídico, perturbado por la actuación impugnada.[49]

Hasta ahora hemos examinado el objeto general del proceso, esto es, el conjunto de materias que pueden ser impugnadas y, por tanto, objeto del proceso, y los diferentes tipos de pretensiones que cabe formular contra las mismas. Ahora bien, junto a ellas se puede distinguir un objeto concreto del proceso, esto es, la concreta prestación formulada por el demandante en un proceso concreto y determinado, que será, en consecuencia, necesariamente un supuesto particular de impugnación de alguna de las materias genéricas susceptibles de impugnación y formulará de forma particularizada alguna de las pretensiones típicas que integran el objeto general del proceso.[50]

En realidad, es este último el verdadero objeto del proceso en sentido estricto, pues la materia impugnable u objeto general constituye más bien un requisito de procedibilidad.[51]

48 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 671.

49 Ibídem, p. 671.

50 Señala Santamaría Pastor que la "referencia al objeto del proceso contencioso-administrativo es en cierta forma equívoca, pues hace referencia a dos perspectivas jurídicas diversas, cuyo contenido es igualmente dispar:

– de una parte, cuál sea el objeto del proceso contencioso en cuanto tal, esto es, en cuanto procedimiento judicial singular y concreto; dicho objeto está constituido (...) por las pretensiones de las partes;

– pero, de otra parte, se halla el problema del objeto del proceso contencioso en abstracto, como institución general de control; cuestión que nos remite a la determinación de cuál sea la actividad susceptible de impugnación". Ibídem, pp. 665-666.

51 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 830. Fernández Fernández Valverde, Op. Cit., nota 567, p. 91.

A estas pretensiones se unirán las que formulen las partes demandadas, normalmente de desestimación total o parcial.[52] Teniendo en cuenta que en el ámbito contencioso, al venir el proceso marcado por una previa actuación en vía administrativa, no cabe la posibilidad de reconvención por parte del demandado. De tal forma que éste tan sólo podrá oponerse a la pretensión del actor, bien por motivos de forma o de fondo, para obtener lograr la desestimación o inadmisión del recurso.[53]

La suma de ambas pretensiones determina el ámbito hasta el que se extiende el conocimiento del juez, y sobre el que podrá pronunciarse en la sentencia en virtud del principio de congruencia.[54]

## 3.9. Acumulación de acciones

Se denomina acumulación de acciones a la integración de varias pretensiones para que sean objeto de tramitación y resolución en un mismo proceso.[55]

52 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 633.

53 Como señala Santamaría Pastor, "la naturaleza impugnatoria de actuaciones autoritarias previas que posee el proceso contencioso determina que las partes demandadas (la Administración autora del acto y los codemandados, si los hubiere) no pueden formular reconvención, esto es, pretensiones de condena al demandante distintas de las declaraciones que ya se contienen en el acto impugnado". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 657. En la misma línea, señala Pera Verdaguer que "en el procedimiento contencioso-administrativo a los demandados no les es permitido formular pretensión alguna por vía reconvencional". "En realidad, las partes demandadas ante lo Contencioso, las únicas pretensiones que pueden ejercitar son las de oponerse a las de la parte o partes demandantes, tanto por motivos formales como de fondo, para concluir solicitando que se declare bien la inadmisibilidad del recurso Contencioso-administrativo, bien su desestimación". Pera Verdaguer, Op. Cit., nota 516, p. 332.

54 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 633.

55 Morell Ocaña señala que la "acumulación es la reunión de dos o más pretensiones procesales para su tramitación y decisión en un solo proceso". Morell Ocaña, Curso de Derecho administrativo, Pamplona, Aranzadi, t. I. nota 495, p. 477.

La LJ permite la acumulación de varias acciones en un mismo proceso en dos supuestos. En primer lugar, cuando las acciones y pretensiones no sean incompatibles entre sí y se hayan deducido en relación con un mismo acto, disposición, omisión o vía de hecho (art. 40 LJ).

En segundo lugar, también lo serán aquellas que se refieran a varios actos o disposiciones, cuando uno sea reproducción, confirmación o ejecución de otros o existieren entre ellos cualquier relación (art. 40 LJ).

Pueden producirse dos situaciones. En primer lugar, es posible que el demandante ejercite a través de una misma demanda varias acciones, en cuyo caso, si el Tribunal decidiese que esa acumulación es improcedente, deberá señalar, motivando la decisión, las acciones que el demandante deberá interponer por separado (art. 41 LJ), mediante auto (art. 43 LJ).

En segundo lugar, cabe que se presenten diversas demandas. En este supuesto la acumulación se podrá decretar en cualquier momento, previa audiencia a las partes, bien de oficio o a instancia de parte (art. 42 LJ), mediante auto (art. 43 LJ).

Contra el auto que resuelva sobre la acumulación, tanto el que denegare como el que accediere a la misma, podrá interponerse Recurso de apelación con expresión de agravios, en un plazo de cinco días ante el mismo Tribunal. El recurso se concederá en el efecto devolutivo y será resuelto en un plazo de diez días a partir de recibidas las actuaciones (art. 43 LJ).

El art. 44 LJ prevé la posibilidad de que el demandante o demandantes, después de finalizado el trámite de vista del expediente y antes de la contestación a la demanda, aclaren, rectifiquen o amplíen sus demandas, en un plazo común de veinte días. Si así se hiciera, se acompañará ese escrito de las copias necesarias para las distintas partes del proceso.

Si una vez ampliada, aclarada o rectificada la demanda se dicta un acto o disposición administrativa que guarde la relación que permite acordar la acumulación con otro acto o disposición que fuera objeto de una demanda contencioso-administrativa en trámite, el demandante podrá solicitar la ampliación de la demanda a ese asunto administrativo dentro de un plazo de treinta días (art. 45 LJ).

Solicitada la ampliación, se suspenderá la tramitación del proceso en tanto no se hubieren publicado, respecto de la ampliación, los edictos que preceptúa la LJ y no se hubiere remitido al órgano judicial

el expediente administrativo a que se refiere el nuevo acto o disposición (art. 45 LJ).

## 3.10. El proceso contencioso-administrativo

### 1. Plazo para la interposición del recurso

#### *A. Plazo de interposición del recurso contra actos administrativos*

Con carácter general, el plazo va a ser tan sólo de sesenta días, ampliándose excepcionalmente a noventa días para las personas que no hayan sido parte en el procedimiento administrativo, cuando el acto no hubiera sido objeto ni de notificación personal ni de publicación (art. 47 LJ).

La razón de ser de esta distinción se encuentra, obviamente, en que en el primer caso al demandante va a conocer la resolución, o al menos tiene la posibilidad de conocerla; mientras que en el segundo, al no serle está notificada ni estar tampoco publicada, va a encontrar, al menos presumiblemente, más dificultades para enterarse de su existencia y su contenido.

Nótese que este plazo de noventa días en caso de falta de notificación o publicación operará sólo para quien no haya sido parte del procedimiento administrativo, pues quien haya sido parte en el procedimiento administrativo no podrá verse perjudicado por la negligencia de la Administración de no notificar o publicar la resolución como es su obligación. Para quienes estén en esta situación el plazo de impugnación no comenzara a contarse, como bien dice la ley, hasta que tengan conocimiento de ese acto (art. 47 LJ), pues lo contrario sería un flagrante atentado contra su derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta solución debe ser extensible, por los mismos motivos, aunque la ley no lo diga, a los titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos (en el caso de estos últimos tan sólo cuando sean conocidos o al menos reconocibles por el órgano administrativo actuante) que vayan a verse afectados por la resolución, cuando éstos no hayan tenido conocimiento de la iniciación del procedimiento administrativo.

Por otra parte, aunque la ley no lo diga, debe equipararse a la notificación la publicación del acto en dos supuestos: los procedimientos de concurrencia competitiva, como una procedimiento para el ingreso en la función pública o para la adjudicación de un contrato administrativo, por ejemplo; y aquellos en los que el acto tenga como

destinatario una pluralidad indeterminada de personas, como por ejemplo la convocatoria de un examen en una Universidad pública.

En otro caso, la simple publicación, que más que probablemente no va a ser conocida por el interesado, no puede sustituir a la notificación personal, por lo que, tratándose de personas que han concurrido al procedimiento, no bastará para considerarlas notificadas, y no se abrirá, en consecuencia, a falta de notificación personal, el plazo para recurrir.

La regulación del día inicial del cómputo del plazo es bastante farragosa y de muy deficiente sistemática, en nuestra opinión, lo que dificulta bastante su comprensión. La razón de esta deficiencia reside en que se presenta como una regulación diferente según el interesado haya sido parte en el procedimiento o no, cuando, en realidad, el criterio a tener en cuenta, y que de hecho se tiene en cuenta, es si el acto ha sido notificado o no al administrado, o, en su caso, publicado.

Si el acto impugnado se hubiere notificado personalmente por cédula, bien se haya sido parte en el procedimiento o no, se comenzara a contar el plazo desde el día siguiente al de la notificación o a partir del día en que el interesado hubiere tenido conocimiento de dicha resolución (art. 47 LJ).

Nótese que el art. 47, en su primer párrafo, consagra esta solución sólo para quien haya sido parte en el procedimiento, pero el párrafo segundo hace la excepción de esta regla sólo para quien "no haya sido parte del procedimiento, ni se le hubiere notificado la resolución". Es una clara deficiencia de redacción, que debe ser reconducida, extendiendo la solución vista a quien sin haber sido parte en el procedimiento se le ha notificado la resolución. Cosa que, por otra parte, se debería hacer siempre que se conozcan titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos claramente definidos que se van a ver afectados por ésta.

Téngase en cuenta que aún en el caso de que el acto sea notificado, el computo se puede realizar desde el día en que el interesado haya tenido conocimiento de la resolución. Esto es, puede que el interesado conozca por otras vías la resolución, antes de que le sea ésta notificada, en este caso podrá, si lo considera oportuno, interponer el recurso judicial con anterioridad a la notificación, dándose en tal caso por notificado.

En el supuesto de que el actor no haya sido parte en el procedimiento y no se le haya notificado la resolución el plazo se contara desde

el día siguiente al de la publicación integra del acto en cualquier medio de comunicación (art. 47 LJ).

Cuando se trate de personas que no han sido parte en el procedimiento y el acto no haya sido, además, publicado, el plazo, que en este caso debe recordarse que es de noventa días, se deberá de contar desde la fecha de su última notificación (art. 47 LJ).

*B. Plazo de interposición del recurso contra actos producidos por silencio administrativo*

El plazo para interponer el recurso es de 60 días (art. 48 LJ). No aclara la ley el día en que se iniciara el cómputo, por lo que parece que será desde que se produzcan los efectos del silencio.

Como toda la regulación del silencio administrativo en el Derecho de Nicaragua, es una estipulación sumamente criticable, pues otorga el mismo plazo para recurrir el acto dictado por silencio que para impugnar un acto expreso y notificado. Solución inaceptable, pues la situación en uno y otro caso es radicalmente diferente, dado que, al no ser notificado, en numerosos casos el administrado que carezca de preparación jurídica específica, no se apercibirá de que se ha producido dicha circunstancia y perderá su derecho a recurrir.

Por otra parte, esta limitación del plazo para impugnar debe aplicarse únicamente a los supuestos de silencio positivo. Tratándose de supuestos en que el sentido sea desestimatorio, no pueden entenderse limitados los plazos para recurrir. El silencio administrativo es una figura establecida exclusivamente en beneficio del administrado, permitiéndole el acceso a la vía judicial. No cabe que la naturaleza de esta figura acabe transformándose en una vía de extinción de sus derechos materiales, por la no impugnación del mismo transcurridos unos breves s de caducidad.[56]

En cualquier caso, habiéndose producido silencio negativo, si la Administración dictase acto expresamente con posterioridad, se comenzarán a contar los plazos para interponer el recurso a partir de

56 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 587-588. (1997)

la notificación de éste de acuerdo con lo establecido para los actos expresos.[57]

En caso de que el silencio sea positivo, sin embargo, si se dictase acto expreso con posterioridad, éste no sería más que un acto confirmatorio del acto presunto, que no abre de nuevo los plazos para recurrir éste.[58]

*C. Plazo para la interposición del recurso contra disposiciones administrativas*

Para este supuesto el plazo de impugnación es de sesenta días desde el día siguiente al de la publicación íntegra de la disposición en cualquier medio de comunicación (art. 47 LJ).

*D. Plazo para interponer el recurso contra la inactividad material de la Administración*

En este caso también el plazo es de sesenta días, y se computará desde el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo que tiene la Administración para resolver la reclamación previa que debe presentar el administrado (art. 48. 2 LJ).

*E. Plazo para interponer el recurso contra vías de hecho*

El plazo es el general de sesenta días, pero debe distinguirse aquí según el administrado opte por interponer o no reclamación previa a la Administración para fijar el día inicial del cómputo. Si el administrado opta por acudir directamente a la vía judicial, se contará el plazo desde que se produjere la vía de hecho (art. 48. 2 LJ). Sin embargo, si decide reclamar previamente a la Administración, se iniciará el computo una vez transcurrido el plazo de diez días que tiene la Administración para atender esa reclamación (art. 48. 3 LJ).

57 Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 306. García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 588. (1997)

58 Bocanegra Sierra, Lecciones sobre el acto administrativo, 2a. ed., Madrid, Thomson/Civitas., nota 526, p. 99.

## 2. Inicio del proceso

El proceso comienza mediante la presentación de la demanda al tribunal o mediante la solicitud a éste de un defensor público o de oficio (art. 49 LJ).

Sorprende esta disposición, totalmente inadecuada para la estructura del proceso contencioso-administrativo. La iniciación por demanda, solución habitual en los procesos civiles, debe ser, sin embargo, excepcional en el contencioso-administrativo, en el que se ha tramitado previamente un procedimiento administrativo, en cuyo expediente obran los datos que deben de servir de base al recurso. Difícilmente se puede articular debidamente la demanda, por tanto, sin tener acceso a ese expediente.[59]

Sería, por ello, bastante más adecuado, que el proceso se iniciase mediante la simple presentación de un simple escrito de interposición, en el que el actor se limite a expresar su voluntad de recurrir un determinado acto administrativo, disposición administrativa, inactividad material de la Administración o vía de hecho, identificando éste, y solicitando que se tenga por interpuesto el recurso. Una vez interpuesto el recurso de esta forma, el Tribunal pediría el expediente administrativo a la Administración, comenzando, entonces, el plazo para formular la demanda y contestar ésta.[60]

59 Apunta al respecto Santamaría Pastor que el expediente "constituye una pieza de valor fundamental, pues sólo a través de la misma pueden llegar a conocerse las vicisitudes y los posibles vicios en la producción del acto impugnado". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 678.

60 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que el "apartamiento del modelo civil está en este caso justificado plenamente. El proceso contencioso-administrativo tiene normalmente carácter impugnatorio, su finalidad es, por consiguiente, combatir un acto, disposición, inactividad o vía de hecho determinados y esto no puede hacerse eficazmente sin tener a la vista el expediente que ha dado lugar al objeto contra el que se ejercita la pretensión. Resulta, pues, obligado desdoblar la impugnación en dos momentos, limitando la fase inicial a enunciar la impugnación para que, a su vista, se emplace a todos los demandados (...) y se reclame el envío al Tribunal del expediente administrativo, de forma que, en una segunda fase, el recurrente pueda formalizar su demanda con conocimiento de causa en base al expediente en cuestión". García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 810, p. 634. En la misma línea, Morell Ocaña apunta que esto "es obligado, ya que el actor no cuenta con la documentación esencial hasta que la Administración demandada no remita al Tribunal el expediente admi-

La necesidad de establecer una solución de este tipo no puede quedar, además, obviada, alegando la posibilidad de que se haya accedido al expediente durante el procedimiento administrativo. En primer lugar, porque eso no es más que una presunción que se puede dar o no, entre otras cosas porque el actor no tiene por qué haber sido parte en ese procedimiento administrativo. En segundo lugar, porque aun siéndolo, y suponiendo que haya tenido durante el mismo un conocimiento suficiente del expediente, pueden existir terceros interesados que no lo hayan tenido. Por último, en tercer lugar, y sobre todo, porque el procedimiento administrativo es una vía de tutela esencialmente gratuita en la que el administrado puede estar litigando sin asistencia jurídica, que no tendrá en la mayor parte de los casos hasta que se inicie el proceso contencioso, parece difícil que haya una tutela judicial efectiva sin que el profesional que ha de organizar la defensa jurídica de la parte pueda formular la demanda a la vista de lo previamente actuado.

Por todo ello, debería establecerse, con carácter general, la solución de deferir la formulación de la demanda al momento a que se remitiese el expediente administrativo. Regla que sólo debería encontrar excepción en los supuestos concretos en que estuviese justificado, particularmente cuando se trata de la impugnación de disposiciones generales o, en otro caso, cuando no existan terceros interesados.

El art. 50 LJ regula los requisitos del escrito de demanda, estableciendo que podrá ser presentado en papel común, y fijando las menciones que deben contenerse en el mismo.[61] A ello se deberán añadir

nistrativo". Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 479. Véase también al respecto, Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 833-834.

61 Concretamente, el art. 50 LJ exige que contenga: a) la designación de la Sala del Tribunal ante el cual se interpone la demanda; b) nombre y apellidos y demás generales de ley del actor o de su representante legal, el que debe ser abogado; c) indicación del órgano de la Administración Pública contra el que se dirige la acción; d) señalamiento de haberse agotado la vía administrativa; e) exposición de los hechos con indicación del acto, disposición, omisión o simple vía de hecho contra el que se procede; f) fundamentos de derecho y expresión de los motivos y hechos que dan lugar, aunque éstos no hubieren sido invocados en la vía administrativa, los que deberán ser tomados en cuenta por la Sala respectiva del Tribunal; g) ofrecimiento de las pruebas pertinentes, aunque no hubieren sido presentadas en el procedimiento administrativo, con indicación específica de los hechos que se pretendieren probar; y si tuvieren noticias de la existencia de algún documento que no obrare

los documentos que indica el art. 51 LJ, que son en lo esencial, los que acreditan la legitimidad de la comparecencia e identifican el acto, disposición, inactividad o vía de hecho que es objeto del recurso,[62] copias del escrito de demanda y de los documentos que deben acompañar éste para las demás partes del proceso y los documentos en los que el actor fundamente su derecho, sin perjuicio de que aquellos que se adquieran con posterioridad se puedan presentar en cualquier momento del proceso antes de que la Sala respectiva del Tribunal se hubiere pronunciado sobre la admisibilidad de la prueba.

Nótese, no obstante, respecto a estos últimos documentos, la importancia de presentarlos en este momento, pues si así no se hiciere precluye dicha posibilidad, impidiendo su presentación posterior, que sólo se admite excepcionalmente para los documentos obtenidos en fecha posterior. Debiéndose entender que habrá que justificar que no se pudieron aportar con la demanda, para que sean aceptados.

En caso de no poder aportarse los documentos, por no obrar en poder del actor, deberá señalarse el archivo, oficina, protocolo, institución o persona en cuyo poder se encontrare para que el Tribunal lo solicite y sea tomado en cuenta por éste (art. 50. 7 LJ).

Esta regulación puede plantear problemas por dos factores que serán estudiados posteriormente con mayor detalle. En primer lugar,

---

en su poder, podrá señalarse el archivo, oficina, protocolo, institución o persona en cuyo poder se encontrare para que el Tribunal lo solicite y sea tomado en cuenta por éste; h) solicitud, según sea el caso, de la suspensión del acto o de sus efectos, disposiciones, omisiones y vías de hecho objeto de la demanda; i) solicitud de que se tenga por ejercida la acción en lo contencioso-administrativo, así como de las peticiones a que ella se refiere, con estimación de los daños y perjuicios si los hubiere; j) señalamiento de casa conocida para oír notificaciones, en la ciudad donde el Tribunal tuviere su sede; k) fecha y firma.

62 Concretamente, con el escrito de demanda se deberán presentar los documentos siguientes: a) documento habilitante con el que se acredita la representación del compareciente, en su caso; b) el documento con el que se acredita o legitima el interés del acto en su caso, cuando lo ostentare por habérsele transmitido y recibido de otro, por herencia o por cualquier otro título que lo facultare; c) descripción o copia del acto administrativo, disposición o resolución impugnada o del escrito no contestado en el que hubiere formulado su petición, reclamación o recurso, denuncia de la vía de hecho o, al menos, indicación del expediente en que hubiere recaído o de la Gaceta, Diario Oficial, o del medio de comunicación social escrito donde se hubiese publicado (art. 51 LJ).

porque la demanda se va a formular sin tener a la vista el expediente, por lo que llegado éste se puede descubrir la necesidad de presentar documentos para desvirtuar hechos que se infieren del expediente y que antes eran desconocidos. Por otro lado, la no regulación por la ley de un trámite de alegaciones complementarias, que permita al demandante defenderse frente a los nuevos hechos que eventualmente pueda introducir el demandado en el escrito de contestación. En ambos supuestos se debería, aunque la ley no lo diga, permitir al actor presentar los documentos oportunos al efecto, sin que le sean aplicables los efectos de la preclusión procesal.

Debe notarse, no obstante, la posibilidad de que el Tribunal traiga a la vista cualquier documento que creyere conveniente para la determinación de los hechos objeto de la litis y el derecho o interés de las partes, como diligencia para mejor proveer (art. 83 LJ). Nada impide que las partes puedan poner de manifiesto al Juez la existencia de determinados documentos que estén en esas circunstancias y que le pidan que los incorpore al proceso como diligencia de esta forma. Si bien, obviamente, acceder a ello o no será ya decisión del órgano judicial, que no está obligado a ello, pues es una decisión que se adopta de oficio.

### 3. DEMANDA Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La demanda se podrá apoyar en Cualquiera argumentos jurídicos, incluso aunque éstos no hubieran sido formulados en vía administrativa (art. 50. 6 LJ).

Ahora bien, téngase en cuenta que la jurisdicción contenciosa realiza exclusivamente un control de legalidad, nunca de oportunidad. Los tribunales no pueden inmiscuirse en las decisiones adoptadas por la Administración, sustituyendo el criterio de éstas por el suyo propio, lo que supondría una clara vulneración del principio de división de poderes. Tan sólo pueden llevar a cabo un control de la legalidad de sus decisiones.[63] De aquí se deriva que la demanda no podrá funda-

63 Señala Santamaría Pastor que "la potestad que ejerce la Jurisdicción contenciosa se mueve dentro de unos límites estrictos: sus órganos no son ni pueden actuar a modo de una instancia organizativa jerárquicamente superior a la Administración, de forma que puedan sustituir libremente sus decisiones por otras de contenido diverso, lo cual entrañaría un desconocimiento del principio constitucional de división de poderes". "El sistema contencioso radica (...) en un control (es decir, una fiscalización a posteriori de actuaciones previas de carácter auto-

mentarse en motivos de pura oportunidad, que son totalmente irrelevantes, sino exclusivamente en argumentos jurídicos que denoten una vulneración de la legalidad vigente.

En caso de que la demanda adoleciese de algún defecto que impidiese su tramitación, bien porque no la acompañaran los documentos precisos, o habiéndose presentado éstos fueran insuficientes o defectuosos, o bien, a juicio del Tribunal, no concurrieran los requisitos exigidos por la LJ para la validez de la comparecencia del actor, el Tribunal no podrá rechazar la demanda, sino que deberá abrir un plazo de diez días para que el actor subsane los defectos de que se trate, especificándose en la providencia en que se indique dicha circunstancias que, si no se llevase a cabo dicha subsanación, el Tribunal ordenará sin mayor trámite que se tenga por no presentada la demanda y se archiven las diligencias, salvo que exista interés por la protección de los intereses públicos y de éstos se aconsejare que se continúe con la substanciación del proceso. En tal caso los trámites se impulsarán de oficio (art. 52 LJ).

Esta disposición se debe entender únicamente aplicable a aquellos defectos que impidan la tramitación del proceso. Por ello, la simple falta de presentación de documentos en que el demandante base su pretensión, no producirá tal efecto, sino tan sólo la preclusión del trámite, esto es, se pierde la posibilidad de presentar esos documentos y continúa la tramitación del proceso.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de presentar los documentos en el plazo de diez días, que es una clara manifestación del principio pro actione, no constituye ni un derecho ni una obligación, sino lo que se conoce técnicamente como una carga procesal, esto es, la posibilidad de realizar una determinada actuación bajo la amenaza de tener que soportar las consecuencias derivadas de su omisión en caso de no hacerlo.

Una vez presentada la demanda, dentro del tercer día, el Tribunal citará al demandante y a la Administración Pública para celebrar el trámite de mediación previa (art. 55 LJ).

---

ritario) de legalidad, de tal manera que la anulación de un acto administrativo y la condena a la Administración a realizar una actuación determinada sólo puede hacerse cuando aquél vulnere un precepto normativo y cuando ésta venga prevista y ordenada por otra norma jurídica". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, pp. 655-656.

Se presume que el órgano de la Administración Pública que concurra a la mediación está legalmente facultado para llegar a un acuerdo (art. 55 LJ).

Si fracasa el trámite de mediación, el Tribunal dará curso al proceso mediante la realización de tres actuaciones que se deberían desarrollar simultánea o cuasi simultáneamente, aunque como vamos a ver, no será posible en la práctica: el emplazamiento de los demandados, la publicación de la demanda y la solicitud de remisión del expediente administrativo.

El emplazamiento de las partes se llevará a cabo de forma diferente según se trate de la Administración demandada o de los codemandados y coadyuvantes. En lo que se refiere a la Administración Pública, será emplazada por medio de la notificación de la demanda a la Procuraduría General de Justicia de la República o al representante legal del órgano demandado (art. 56 LJ).

Tratándose de demandados y coadyuvantes debe diferenciarse dependiendo de si se trata de personas que están identificadas en el expediente o no. En el primer caso el Tribunal deberá emplazarlas personalmente o por medio de cedula, bajo pena de nulidad (art. 59 LJ). En realidad, la LJ prevé esta solución tan sólo cuando del expediente "resultare el domicilio de las personas en cuyo beneficio se derivaren derechos". Sin embargo, en nuestra opinión, dicha estipulación debe entenderse en sentido amplio, extendiéndola a todo posible interesado que conste en el expediente, bien sea titular de derechos subjetivos o de intereses legítimos y, por supuesto, bastará con que conste un lugar para hacerle llegar las notificaciones, sea o no su domicilio.

A quienes no aparezcan identificados en el expediente se les notificará mediante la publicación de la demanda. Dicha publicación la mandará realizar el Tribunal en extracto, en idioma español y en el de la lengua de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua en que aquella hubiere sido formulada y presentada en el territorio de las Regiones Autónomas, a más tardar el siguiente día hábil a través de edictos que se fijarán en la Tabla de Avisos y en el territorio donde esa lengua se utiliza, sin perjuicio de que la parte actora o cualquier otra persona interesada en el asunto la mande a publicar a su costa en cualquiera de los medios de comunicación social escritos de circulación nacional (art. 58 LJ).

La demanda y demás documentos que fueren presentados en el juicio que no fueren escritos en idioma español, deberán ser acompañados de una traducción al español debidamente validada (art. 58 LJ).

La ley incurre aquí de nuevo en una incongruencia notable, pues el emplazamiento de las partes no se podrá realizar hasta que se reciba el expediente, momento en que se sabrá que personas deben ser objeto de emplazamiento personal. Inconscientemente el legislador da muestras, en nuestra opinión, de su error, regulando el trámite de petición del expediente después del emplazamiento, cuando cabalmente no se podrá llevar a cabo el segundo sin haber realizado antes el primero.

Ya criticamos en su momento el diseño general del proceso por no tener en cuenta la importancia del expediente, que postula que no se formule la demanda hasta que llegue éste. En este punto, sin embargo, el problema proviene no de la iniciación del proceso mediante demanda, sino de que sea el Tribunal quien tenga que emplazar a los interesados que aparezcan en el expediente. La solución lógica sería que se ordenara a la propia Administración realizar ese emplazamiento al mismo tiempo que se le ordena la remisión del expediente, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de emplazar por sí misma otros interesados al llegar el expediente, si comprobara que la Administración no ha emplazado a todas aquellas personas que deben serlo. De esta forma sería posible emplazar de forma cuasi simultánea a todos los interesados, evitando que el proceso estuviera paralizado inútilmente.

La finalidad del emplazamiento es poner en conocimiento de los interesados la iniciación del proceso, a fin de que puedan personarse en el mismo y defender su posición. Ahora bien, la posición de los distintos sujetos implicados no es, al respecto, ni mucho menos uniforme, sino que varía dependiendo de la situación en que se encuentren.

Así hay que distinguir, por un lado, el régimen aplicable a la Administración demandada, que deberá personarse en un plazo de seis días que se le concederá al efecto cuando reciba el emplazamiento. En caso de no hacerlo será declarada rebelde (art. 56 LJ).

Los demandados y coadyuvantes, sin embargo, podrán personarse en el procedimiento desde el momento que tengan conocimiento de la acción, sin que tengan necesidad de esperar al emplazamiento para oponerse (art. 57 LJ).

La posibilidad de personarse para demandados y coadyuvantes va a permanecer abierta durante todo el proceso, pues serán admitidos como partes en cualquier tiempo del mismo. Ahora bien, las actuaciones se desarrollarán en su ausencia hasta que no se personen, sin que su personación posterior determine la retroacción del proceso (art. 57 y 59 LJ). Esto es, se les tendrá como parte únicamente para los trámites que no hayan sido ya realizados en el momento de su personación, lo que implica que aquellos trámites que hayan sido realizados previamente precluye y se pierde, por tanto, la posibilidad de realizarlos.

Toda esta regulación es en sí misma correcta, en nuestra opinión, y no debe ser objeto de crítica. Sin embargo, falta un elemento crucial que la hace totalmente inadecuada globalmente considerada: no se señala un plazo desde el emplazamiento para la personación de los interesados. A nuestro juicio esta situación genera una grave inseguridad jurídica, totalmente inadmisible. Debería, por ello, darse un plazo mínimo y suficiente desde que los distintos interesados son emplazados para su personación. Sólo transcurrido ese plazo sin la personación del interesado podrá continuar el proceso sin que se genere indefensión para éste, pues la falta de defensa de su posición sólo a él le es imputable.

La posibilidad de personarse entra, por tanto, dentro del concepto de carga procesal, pues es una actuación que el afectado es libre de realizar o no (puede personarse o no en el proceso), pero si no lo hace queda obligado a soportar las consecuencias jurídicas de su omisión (no podrá alegar indefensión por una defensa cuya no realización sólo a él le es imputable).[64]

Huelga decir, por otra parte, que este planteamiento tiene como presupuesto el debido emplazamiento de los distintos sujetos afectados según las normas vistas. Faltando éste o habiéndose llevado a cabo

64 En tal sentido González Pérez, que señala que la "rebeldía no supone el incumplimiento de una obligación, sino el no ejercicio de un derecho subjetivo; el resultado perjudicial producido por la situación llamada de rebeldía no es más que el resultado que produce la falta de ese ejercicio. El término <<rebeldía>> –de rebelarse– es impropio, pues no hay obligación de comparecer contra la que el demandante se pudiera rebelar, sino sólo la <<carga>> de comparecer para el ejercicio de la defensa del propio derecho. La declaración de rebeldía es la simple verificación de la conducta pasiva del demandado". González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 194.

de forma incorrecta, se deberá admitir no sólo la posibilidad de que el perjudicado adquiera con posterioridad la posición de parte, sino también habrá que ordenar la retroacción del proceso para que éste pueda defender su posición, pues en caso contrario se estaría generando una indefensión que debería determinar la nulidad del mismo.

Esta última solución es indudablemente aplicable cuando alguien que debió ser emplazado al proceso no lo fue, y se dicta sentencia en su ausencia. Un claro supuesto de invalidez dada la manifiesta situación de indefensión en la que queda una de las partes afectadas.

En cuanto a la solicitud de la remisión del expediente administrativo, se llevará a cabo una vez publicada la demanda por el tribunal competente, dentro del tercer día, mediante un requerimiento a los funcionarios responsables del acto impugnado para que envíen el citado expediente completo (art. 60 LJ). A tales efectos se les dirigirá y remitirá oficio por correo en pieza certificada, con acuse de recibo, o por medio de cualquier otro medio de comunicación vía que a juicio del órgano judicial resulte más expedita (art. 60 LJ).

El expediente deberá hacerse llegar en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la fecha en que recibieren el oficio correspondiente (art. 60 LJ). Si así no lo hiciere la Administración no se paralizará el curso del proceso y se constituirá presunción de ser ciertos los hechos en los que se funda la demanda (art. 60 LJ).

Estas medidas parecen querer reaccionar contra la tendencia por parte de la Administración a no remitir el expediente en plazo. Sin embargo, en nuestra opinión, no es una regulación muy efectiva por varios motivos.

En primer lugar, la necesaria continuación del proceso puede convertirse en un perjuicio notable para la parte, que se verá obligada a defender su posición sin un correcto conocimiento de los presupuestos del proceso. Se debería, por ello, dejar que sea la parte demandante quien decidiera si continúa el curso del proceso o si quiere esperar a la remisión del expediente.

Ciertamente se da a la parte demandante una compensación por la no remisión del expediente, en su caso. Pero es una medida, en nuestra opinión, muy difícil de entender, dado que nos movemos en el marco de un proceso en el que no están en juego simples intereses particulares, sino el interés público, que no puede verse perjudicado a modo de sanción por la negligencia de un funcionario público.

Por todo ello, a nuestro juicio, lo que debería hacer la regulación es establecer un sistema de sanciones que garanticen la debida remisión del expediente en los plazos establecidos, que es, a fin de cuentas de lo que se trata, y no de buscar una suerte de compensación entre partes, en la que al final quien puede salir mal parado es el interés de todos, que no otra cosa es, en definitiva, el interés público.

Cabe también la posibilidad de que se remita el expediente, pero incompleto. A tales efectos se obliga al Tribunal a dar un plazo al demandante de diez días, una vez recibido el expediente, para que lo examine y pueda pedir que se complete con los informes y los documentos que la Administración no hubiere incluido o enviado, según el caso. De este derecho podrá hacerse uso en cualquier momento del proceso mientras no haya concluido el período probatorio (art. 61 LJ).

El precepto nos parece, no obstante, contradictorio, pues no se ve el sentido que tiene que se dé un plazo de días al efecto, si luego se va a poder formular la misma petición en cualquier momento hasta que haya concluido el periodo probatorio. A nuestro juicio, salvo que concurran motivos excepcionales que lo justifiquen (como por ejemplo, que se sepa de la existencia de documentos, hasta entonces ignorados, que no consten en el expediente), una vez trascurrido el plazo de diez días al efecto debería darse el trámite por precluido, perdiéndose la posibilidad de solicitar que se complete el expediente. Lo contrario puede dar lugar a prácticas dilatorias de las partes, que traten de paralizar el proceso mediante peticiones extemporáneas de incorporación de documentos al expediente.

Una vez recibido el expediente administrativo, y previo examen del mismo, el Tribunal podrá declarar la inadmisibilidad, de oficio o a instancia de parte, cuando conste de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de las circunstancias siguientes: a) la falta de jurisdicción; b) la incompetencia del Tribunal; c) que se trate de actos no susceptibles de impugnación en la vía contencioso-administrativa; d) que haya prescrito la acción; e) que no se hubiere agotado la vía administrativa (art. 53 LJ).

Es una posibilidad que responde a motivos evidentes de economía procesal, pues trata de evitar la tramitación de procesos inútiles, por adolecer de defectos procesales que van a impedir un pronunciamiento sobre el fondo, que supondrían un gasto sin sentido de tiempo y

dinero.[65] Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda cabrá recurso (art. 54 LJ).

Siempre que no se produzca esa declaración de inadmisibilidad, una vez presentada la demanda, finalizado el trámite de vista del expediente y emplazadas la Administración y quienes figuraren como partes en el proceso, se dará vista a las partes legitimadas como demandadas y coadyuvantes que estuvieren personadas, dándoseles, si lo pidieren, a su costa copia del expediente para que contesten la demanda dentro del plazo común de veinte días, tiempo durante el cual las diligencias permanecerán en el Tribunal (art. 69 LJ).

Si el demandado no presentare el escrito de contestación a la demanda en el plazo señalado, el Tribunal la tendrá por contestada negativamente en cuanto a los hechos (art. 69 LJ).

Esta última estipulación nos resulta sorprendente y es, a nuestro juicio, sumamente inadecuada. Una vez más el legislador nicaragüense parece estar pensando desde una perspectiva propia del proceso privado, olvidándose del interés público en juego en el proceso, que no puede verse perjudicado por la simple negligencia del demandado.

El art. 70 LJ establece que el escrito de contestación se pautará a los requisitos generales que se establecen para el escrito de demanda,[66] a los que se añadirán la consignación de las referencias que el propio art. 70 LJ recoge.[67]

65 Señalan Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, que el "principio de economía procesal justifica la existencia de un trámite de admisión, que permite al Juzgado o Tribunal declarar a limine litis la inadmisión de recursos que adolecen de defecto procesal insubsanable, lo que hace inviable su continuación". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 229.

66 Estipulación lógica, pues, como señalan Garrido Falla, Palomar Olmeda, y Losada González, el "escrito de contestación a la demanda es el correlativo del escrito de demanda, por lo que aparece sujeto, esencialmente, a los mismos requisitos que aquélla". Ibídem, p. 242.

67 Concretamente, se deberán de consignar además de los requisitos señalados en la demanda: a) los hechos; b) los fundamentos de hechos y de derecho de su oposición; c) lista de pruebas que se presentarán en la vista oral y los hechos sobre los cuales hubieren de versar, cuando no hubiere conformidad en los hechos; d) las alegaciones, excepciones perentorias, impugnaciones y peticiones que estimen pertinentes (art. 70 LJ).

Los demandados tienen no obstante, una opción distinta durante los primeros diez días del plazo concedido para contestar a la demanda. Durante este plazo podrán interponer las excepciones de previo y especial pronunciamiento fundadas en los motivos que podrían determinar la inadmisibilidad de la acción, falta de legitimidad e incompetencia, litispendencia y falta de agotamiento de la vía administrativa (art. 71 LJ). Esto es, podrán poner de manifiesto la existencia de motivos que van a determinar la imposibilidad de dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, obligando a pronunciarse mediante una sentencia de inadmisibilidad si el proceso se tramitase hasta su fin. A fin de evitar un proceso que resultaría inútil se ofrece aquí a las partes demandadas la posibilidad de poner de manifiesto dichas circunstancias, para poner fin, en tal caso, aquí, sin más trámites, a un proceso que no merece la pena tramitar.[68]

Las excepciones se sustanciarán sumariamente. Del escrito correspondiente se dará audiencia por tres días al demandante, quien podrá subsanar el o los defectos si fuera posible (art. 72 LJ).

El Tribunal podrá abrir a prueba por ocho días improrrogables y resolverá en un plazo de tres días. Contra la resolución cabrá recurso, que deberá interponerse en un plazo de tres días (art. 72 LJ).

Una vez resueltas las excepciones, si fuere procedente, se concederá nueva vista por veinte días para contestar la demanda (art. 72 LJ).

## 4. PRUEBA

La petición de prueba se deberá llevar a cabo en el escrito de demanda y de contestación. Así se deduce del art. 50. 7 LJ, según el cual el escrito de demanda debe contener el ofrecimiento de "las pruebas pertinentes"; y del art. 70. 3 LJ, que establece que en el escrito de contestación debe figurar la lista "de pruebas que se presentarán en la vista oral y los hechos sobre los cuales hubieren de versar, cuando no hubiere conformidad en los hechos".

De nuevo se manifiestan aquí los efectos nocivos de la formulación de la demanda antes de la remisión del expediente administrativo,

68 Se trata, por tanto, como señala Gil Ibáñez, respecto a las alegaciones previas, trámite análogo en el Derecho español, de un "mecanismo de filtro que garantiza la economía procesal". Gil Ibáñez, "El procedimiento contencioso-administrativo", en Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Barcelona, Praxis, 1999, p. 235.

pues cabe la posibilidad de que a la vista de éste se descubran hechos o circunstancias que demanden la realización de alguna prueba. Debería excepcionarse en tal caso la aplicación de los efectos de la preclusión, permitiéndose al demandante solicitar la práctica de prueba al efecto.

No prevé tampoco la ley la posibilidad de que el demandante pueda solicitar la práctica de pruebas para desvirtuar las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda, esto es, lo que es tradicionalmente conocido como escrito de alegaciones complementarias. A fin de evitar la indefensión del actor, el juez debería admitir dicha posibilidad, a pesar del silencio de la LJ.

En cualquier caso, al solicitar la prueba se deberá hacer constar no sólo las pruebas que se pretenden realizar, sino también los hechos sobre las que éstas van a versar (art. 50. 7 LJ y 70 LJ).

Para que pueda realizarse la prueba deberá, en primer lugar, venir referida a hechos de interés para el pleito. Así se deduce del art. 73 LJ, que establece que podrán "ser objeto de prueba todos los hechos y circunstancias de interés para la solución justa del caso".

A ello se añade, en segundo lugar, la exigencia de que la prueba realizada sea adecuada y útil para el esclarecimiento de esos hechos y circunstancias de interés para el pleito. Así lo establece el art. 74 LJ, según el cual, la "prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para descubrir la verdad".

Por último, en tercer lugar, es preciso que la prueba sea necesaria, lo que habilita al Tribunal a "limitar los medios de prueba ofrecidos para demostrar un hecho o una circunstancia siempre que resulten manifiestamente superabundantes, repetitivos o notorios" (art. 74 LJ).

No es preciso, sin embargo, que esa prueba haya sido planteada previamente en el procedimiento administrativo del que se trae causa (art. 50. 7 LJ).

Si no se cumplen estos requisitos el Juez rechazará la práctica de la prueba. Pronunciamiento que deberá hacer después de vencido el plazo para la contestación de la demanda y resueltas, en su caso, las excepciones, y antes del celebración de la vista (art. 77 LJ).

En cuanto a los medios de prueba, se permite la utilización de cualquiera de ellos (art. 73), siempre que sea un medio lícito (art. 75 LJ).

La valoración de la prueba aparece regulada en el art. 76 LJ, que establece, so pena de nulidad de la sentencia, que el juez "apreciará cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta del criterio racional o recta razón y deberá justificar y fundamentar adecuadamente con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial, siempre que sea posible verificar su autoridad".

La realización de la prueba tendrá lugar en la vista (art. 77 LJ), a la que nos vamos a referir inmediatamente. Si bien el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica anticipada de la prueba, cuando se trate de pruebas extensas, difíciles o imposibles de realizar en la vista general del juicio (art. 77 LJ).

## 1. Vista

### A. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La sustanciación del proceso se va a llevar a cabo en la vista general del juicio, de la que se levantará acta[69] (art. 87 LJ), cuya iniciación se debe llevar a cabo en un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte desde el vencimiento del plazo de contestación a la demanda. Antes de ello el Tribunal deberá haberse pronunciado sobre la admisibilidad de las pruebas y haber puesto a disposición de las partes toda la prueba documental aportada (art. 77 LJ).

El sentido de que se establezca un plazo mínimo antes de la celebración de la vista parece que debe buscarse en la necesidad de ofrecer

69 Dicha acta deberá contener: a) lugar, fecha y magistrado que presidiere el acto, las partes comparecientes, sus representantes, en su caso, así como los defensores que las asistieren; b) un resumen de las peticiones y alegatos de las partes, de las pruebas propuestas por ellas, declaración expresa de su pertinencia, razones de la denegación y protesta, en su caso, así como de las pruebas admitidas y practicadas (art. 87 LJ). El Tribunal resolverá sin ulterior recurso, cualquier observación o petición que se hiciere sobre el contenido del acta, firmándola seguidamente en unión de las partes o de sus representantes o defensores y de los peritos, haciendo constar si alguno de ellos no firmare por no poder o no querer hacerlo o por no estar presente (art. 88 LJ). Deberá ser firmada por los miembros de la Sala del Tribunal que estén presentes y debe ser autorizada por el Secretario (art. 88 LJ). También podrá extenderse el acta a través de medios mecánicos de reproducción, exigiendo, en tal caso, los mismos requisitos que hemos visto antes (art. 88 LJ).

tiempo suficiente a las partes para preparar la vista. El plazo mínimo de diez días es razonable, pero sólo suponiendo que se haya hecho entrega de la prueba documental y, en el caso del demandante, de la contestación al demandante, en el mismo momento en que se inicia el cómputo de dicho plazo.

En nuestra opinión, se debe entender que el plazo mínimo de diez días debe contarse desde que se remite a ambas partes la prueba documental y al demandado la contestación a la demanda. En caso contrario se podría estar generando una indefensión que determinaría la nulidad del proceso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que hay también un plazo máximo, medida lógica para evitar que el proceso se prolongue demasiado en el tiempo. Si bien, en nuestra opinión, es un tiempo quizás demasiado breve, que el Tribunal se puede ver imposibilitado de cumplir una vez que la jurisdicción esté funcionando a pleno rendimiento. Entendemos, por ello, que hubiera sido preferible fijar un plazo mayor.

### B. Principios que rigen la celebración de la vista

La vista deberá ser oral, pública y continua, so pena de nulidad (art. 77 LJ).

#### *a. Continuidad e inmediación*

La continuidad de la vista es una consecuencia necesaria del principio de inmediación, que exige que la vista general del juicio se realice con la presencia ininterrumpida de todos los miembros del órgano judicial y las partes o sus representantes durante todas las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su terminación (art. 78 LJ).

La sentencia sólo podrá ser dictada, so pena de nulidad, por los mismos magistrados que hubieren participado en todas las sesiones de la vista general. Si alguno de ellos falleciere o se incapacitare en forma absoluta antes de ser dictada la sentencia, la vista tendrá que celebrarse de nuevo (art. 78 LJ).

Si falta alguno de los Magistrados, por causa justificada o no, se incorporará el suplente, que asumirá ese papel hasta que se dicte sentencia (art. 78 LJ).

Únicamente podrá suspenderse hasta por diez días cuando alguno de los magistrados o abogados de las partes se enfermare o se viere imposibilitado de actuar por cualquier otra causa, cuando fuere pre-

ciso hacer comparecer a un testigo o perito o se ordene prueba para mejor proveer (art. 78 LJ).

Esa suspensión se podrá prolongar sólo hasta ese plazo de diez días, pues si no fuera posible la reanudación dentro del plazo señalado, la vista deberá iniciarse de nuevo (art. 78 LJ).

*b. Publicidad*

La exigencia de publicidad se desdobla en un doble plano. Por un lado, la exigencia de publicidad presencial, permitiendo estar físicamente presente en la celebración de la vista a todos aquellos que estén interesados en la misma. Por otro, la publicidad indirecta para la generalidad del público, que se hará efectiva con la intermediación de los medios de comunicación social.

El órgano judicial puede resolver fundadamente que se realice la vista total o parcialmente de forma privada cuando la publicidad pueda poner en peligro la seguridad del Estado, los intereses de la justicia o un secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida fuera posible (art. 79 LJ). Si bien, una vez desaparecida la causa, el público ingresará de nuevo y el Presidente hará un breve relato de lo sucedido (art. 79 LJ).

El juez podrá imponer a las partes que intervengan en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que hubieran presenciado o conocido (art. 79 LJ).

Se podrá ordenar, por motivos de orden, el alejamiento de las personas ajenas al asunto o cuya presencia no fuera necesaria, así como limitar la admisión a un determinado número (art. 79 LJ).

En lo que se refiere a la publicidad respecto a la generalidad del público, se permite que las empresas de radiodifusión, televisión o prensa instalar en la Sala respectiva aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros, en las condiciones que fije en cada caso el órgano judicial, tras oír a las partes (art. 80 LJ).

Mediante resolución fundada, el tribunal podrá prohibir, no obstante, esa instalación, cuando pueda perjudicar el desarrollo de la vista o sea susceptible de afectar a la seguridad del Estado, los intereses de la justicia o a secretos oficiales, particulares, comerciales o industriales cuya revelación indebida fuera posible (art. 81 LJ en relación con art. 80 LJ).

## C. Desarrollo de la vista

El tribunal declarara abierta la vista, concediendo sucesivamente a los demandantes y a los demandados, por este orden, la palabra, para que hagan una sucinta exposición de sus pretensiones y de los fundamentos fácticos y jurídicos en que apoyan éstas (art. 81 LJ).

Tras ello se incorporará la prueba documental que haya sido admitida, de cuyo contenido el órgano judicial hará una breve relación. Pasándose, posteriormente a oír a los testigos y los peritos, comenzando por el demandante. A los que podrán formular preguntas, sin adelantar conclusiones, el actor, el demandado y los miembros del tribunal por este orden (salvo en el caso de los testigos y peritos de descargo, en los que el demandado precederá al actor y a los miembros del tribunal en el interrogatorio) (art. 82 LJ).

Si el tribunal lo estima conveniente podrá, para un mejor esclarecimiento del asunto, ordenar de oficio una o varias de las providencias para mejor proveer que regula el art. 83 LJ.[70] Decisión contra la que no cabe interponer recurso alguno (art. 83 LJ).

Una vez incluida la recepción de las pruebas, se concederá la palabra sucesivamente a los representantes legales de la parte actora y de la parte demandada, para que expongan de viva voz sus alegatos de conclusión,[71] en los que se deberán referir, al menos, a los puntos esenciales de la demanda, de la contestación y de las pruebas evacuadas, emitiendo sus conclusiones y peticiones. También se admite

70 Concretamente, podrá interponer alguna de las providencias siguientes: a) que se traiga a la vista cualquier documento que creyeren conveniente para la determinación de los hechos objeto de la litis y el derecho o interés de las partes; b) solicitar aclaración o ampliación a cualquiera de las partes, peritos o testigos, sobre hechos que estimaren de influencia en la cuestión y no hubieren resultado suficientemente probados; c) que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputaren necesario, o que amplíen los que se hubieren hecho; d) traer a la vista Cualquiera actuaciones o diligencias que tuvieren relación con el asunto; e) la inspección personal del objeto de la cuestión (art. 83 LJ).

71 No pueden leerse memoriales, pero si pueden consultarse breves notas para ayudar a la memoria, y hacer citas de textos legales, jurisprudencia y doctrina (art. 84 LJ).

que los abogados puedan replicar, pero limitándose a la refutación de los argumentos adversos (art. 84 LJ).[72]

Tras ello, el Presidente, guardando la debida imparcialidad y cuidando de no adelantar criterio, deberá analizar la cuestión litigiosa con las partes y los argumentos de hecho y de derecho que hubieren expuesto. Se permitirá, además, a cada miembro del Tribunal que lo solicite, realizar preguntas a los abogados. Decidiendo, en caso de que una pregunta sea objetada, los miembros del Tribunal sobre su admisibilidad (art. 85 LJ).

Oídas las razones expuestas por los abogados de las partes, el Presidente dará por terminada la vista general y en el mismo acto señalará fecha y hora para celebrar una audiencia oral y pública, en un plazo mayor de quince días, con el objeto de leer la sentencia (art. 86 LJ).

## 6. Terminación del proceso

Al igual que en el procedimiento administrativo, en el proceso contencioso se debe distinguir entre la terminación normal o anormal del proceso. La primera aparece regulada en el Capítulo X del título VIII, bajo la rúbrica "De la Sentencia"; mientras que de la segunda se encarga el Título IX, que regula las "otras formas de concluir el proceso.

### A. TERMINACIÓN NORMAL DEL PROCESO: LA SENTENCIA

El modo normal de terminar el proceso es mediante sentencia, que podrá ser constitutiva o declarativa y producirá los efectos jurídicos inherentes a su naturaleza (art. 89 LJ).

En puridad, por sentencia debe entenderse la resolución judicial en la que se resuelve las cuestiones planteadas en el procedimiento, mediante la confrontación de las pretensiones formuladas por las partes con el ordenamiento jurídico.[73] Tienen, no obstante, también

72 En caso de manifiesto abuso de la palabra por los abogados de las partes, el tribunal llamará la atención al orador, y si éste persistiere, podrá limitar prudentemente el tiempo del alegato, para lo cual tendrá en cuenta la naturaleza de los hechos en examen, las pruebas recibidas y el grado de dificultad de las cuestiones por decidir (art. 84 LJ).

73 Señala González Pérez que la "sentencia es el acto de terminación normal de un proceso. Es una resolución del órgano jurisdiccional, que

esa consideración las resoluciones judiciales en las que se declara la inadmisibilidad, a pesar de que en ellas propiamente no se resuelve sobre el fondo del asunto planteado en el pleito, por lo que en sentido estricto no son tales.[74]

La propia ley aclara, aunque es innecesario por evidente, que pueden ser declarativas o constitutivas (art. 89 LJ). Las primeras son aquellas que se limitan a hacer una declaración en la que se aclara la existencia o inexistencia de una relación jurídica o derecho, dando, con ello, certeza jurídica a dicha cuestión, pero sin afectar a las situaciones jurídicas existentes. Las segundas son aquellas que supo-

---

se diferencia de las demás en su finalidad. En ella se deciden las cuestiones planteadas en el proceso, se emite juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Ordenamiento jurídico, en consecuencia, se actúa o se niega a actuar la pretensión formulada en el proceso". González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 363. En la misma línea, Gil Ibáñez la define como "la resolución del Juez o Tribunal que, decidiendo definitivamente el recurso contencioso-administrativo, satisface las pretensiones y resistencias deducidas por las partes, emitiendo su juicio sobre la conformidad o disconformidad a Derecho de la actuación administrativa impugnada". Gil Ibáñez, Op. Cit., nota 1140, p. 244. Por su parte, Sarriá Olcos considera que la "sentencia es la decisión del juez, quien luego de analizar los hechos mencionados por el demandante como fundamento de su pretensión, de establecer si se encuentran debidamente probados, de precisar la normatividad aplicable a la controversia que le ha sido planteada y de hacer un juicio lógico, resuelve, precisando así la voluntad abstracta de la ley". Sarriá Olcos, "Acciones contencioso-administrativas, contenido y clases de sentencias", en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo <<Allan Randolph Brewer-Carías>>, Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 458. Para Parejo Alfonso, la sentencia es "la decisión judicial que pone fin al proceso –lo resuelve definitivamente- y constituye, por tanto, la forma normal de terminación de éste". Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 851.

74 Apunta González Pérez que "en puridad de términos, no son sentencias, aunque los Derechos positivos las consideren como tales, aquellas resoluciones en que el órgano jurisdiccional no lleva a cabo la comparación con el Ordenamiento jurídico (...) por incurrir la falta de algún requisito procesal. En este (...) supuesto, también se examina la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Ordenamiento jurídico; pero por incumplirse alguno de los requisitos procesales exigidos por el ordenamiento para que el órgano jurisdiccional pueda conocer la cuestión de fondo, no llega a confrontar la pretensión con el ordenamiento objetivo material". González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 364.

nen una modificación de una relación jurídica, bien porque la crean, la modifican o la extinguen.[75]

La sistemática del título es realmente caótica, mezclándose en ella de forma harto confusa los tipos de sentencias y los contenidos mínimos de las mismas. Para poner un poco de orden, parece que se debe comenzar señalando que pueden darse dos grandes tipos de sentencia: las de inadmisibilidad y las que resuelven sobre el fondo del asunto.

Sólo partiendo de esta distinción se puede examinar con cierta lógica el art. 90 LJ, que regula el contenido mínimo que deben tener las sentencias, exigiendo que se incluyan en la misma las siguientes menciones: a) la resolución de todos los puntos comprendidos en la demanda y en la contestación; b) la resolución de todos los puntos que hayan sido debatidos por las partes; c) la admisibilidad de la demanda; d) la estimación o desestimación de la demanda en cuanto al fondo; d) las costas, si hubiere, estando para su tasación a lo que se dispone en el Código de Aranceles Judiciales en lo que respecta a los jueces ordinarios civiles.

Este precepto es, en nuestra opinión, sumamente equívoco, pues su lectura literal lleva a entender que recoge un conjunto de pronunciamientos mínimos que debe tener toda sentencia para ser congruente. Propósito imposible, pues no se podrá determinar ese contenido mínimo de la sentencia al margen del tipo de sentencia con que nos encontremos.

75 Señala Brewer-Carías que las "sentencias declarativas tiene por objeto la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un derecho. El fin de estas sentencias es la precisión de una certeza, la desaparición de una incertidumbre o de una inseguridad jurídica que pueda existir en relación a un derecho a una relación jurídica". Mientras que las sentencias constitutivas se "producen cuando se pide al órgano jurisdiccional la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. Una sentencia constitutiva produce una mutación en la realidad jurídica, y eso es lo que la distingue de las declarativas". Brewer-Carías, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, pp. 200 y 202. Por su parte, Sarria Olcos nos indica que existe sentencia declarativa cuando "la decisión tomada por el juez es una mera declaración, que no afecta las situaciones jurídicas existentes y sólo declara la existencia o inexistencia de una resolución jurídica o de un derecho, para dar certeza y seguridad jurídicas". Será, sin embargo, constitutiva, cuando la "decisión del judicial implica una modificación en la relación jurídica material, ya sea porque la crea, la modifica o extingue". Sarria Olcos, Op. Cit., nota 1445, p. 461.

Así, las sentencias de inadmisibilidad se darán exclusivamente en aquellos casos en los que existen obstáculos que impidan pronunciarse sobre el fondo de asunto,[76] por lo que, aunque la redacción de la ley parece indicar lo contrario, no contendrá los contenidos recogidos en el art. 90 LJ, salvo los recogidos en los art. 90. 1 y 90. 3 LJ, esto es, los relativos a la admisibilidad de la demanda y a las costas, si hubiere.

No tiene sentido alguno, sin embargo, que se haga mención en una sentencia de inadmisibilidad a la estimación o desestimación de la misma en cuanto al fondo, pues precisamente al dictarse una sentencia de este tipo se está declarando que no se va a resolver sobre el fondo y, en consecuencia, no se va a declarar acerca de la estimación o desestimación de la pretensión.

En cuanto a la resolución de los puntos planteados en la demanda y contestación y los debatidos por las partes, no se incluirán en este tipo de sentencias en todo lo que haga referencia al fondo del asunto. Para ser congruente el órgano judicial deberá dar respuesta únicamente a esos puntos en la medida en que vengan referidos a la admisibilidad.

Los supuestos que pueden determinar la inadmisibilidad aparecen regulados en el art. 91 LJ, que hace referencia a los siguientes supuestos: a) cuando su conocimiento no correspondiere, por razón de la materia, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; b) cuando la acción hubiere sido ejercida por persona incapaz, no debidamente representada o legitimada; c) cuando tuviere por objeto actos, actuaciones u omisiones no susceptibles de impugnación, conforme a la LJ; d) cuando recayere sobre cosa juzgada o existiese litispendencia; cuando, de previo, no se hubiere agotado la vía administrativa; e) cuando los escritos de interposición, ampliación, aclaración o rectificación de la demanda se hubieren presentado fuera de los plazos establecidos o los defectos de forma no se hubieren subsanado debidamente, de manera tal que impidieran al Tribunal pronunciarse en cuanto al fondo.

76 Como señala Santamaría Pastor, la declaración de inadmisibilidad se da cuando "el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre las pretensiones de las partes por existir un defecto insubsanable en la constitución de la relación jurídica procesal". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 693.

Cabe la posibilidad de que esas circunstancias se den únicamente respecto a algunas de las pretensiones planteadas, en cuyo caso los efectos de la declaración de inadmisibilidad se circunscribirán a éstas, debiendo resolverse las demás en cuanto al fondo.[77]

Un pronunciamiento de inadmisibilidad no es, por lo demás, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Este derecho no exige que el proceso termine en todo caso con una resolución sobre el fondo del asunto, sino tan sólo un derecho a recibir una respuesta fundada en Derecho, facultad que queda perfectamente satisfecha con una sentencia de inadmisión, siempre que ésta constituya una aplicación razonada de una causa legal.[78]

El planteamiento es totalmente distinto cuando se trate de sentencias que resuelvan sobre el fondo. En este tipo de sentencias será siempre preciso que el órgano judicial responda a todos los puntos comprendido en la demanda y en la contestación y a los que hayan sido debatidos por las partes, pues en caso contrario estaremos ante un supuesto de incongruencia.

Para que esa incongruencia no se produzca es igualmente preciso que no se pronuncie sobre elementos ajenos a la pretensión, pues ésta marca los límites a los que se extiende la capacidad juzgadora del órgano judicial.[79]

A lo que se añade la necesidad de adecuación entre los pronunciamientos de la sentencia con la fundamentación o motivación que se dé a los mismos.[80]

77 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 852-853.

78 Señalan al respecto Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González que "la sentencia es el modo normal u ordinario de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables (...). Ahora bien, este derecho fundamental no es un derecho absoluto susceptible de ser ejercitado en caso y al margen del procedimiento legalmente establecido, por lo que la resolución judicial puede ser de inadmisibilidad. Lo que garantiza este derecho "es el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones del justiciable, y que podrá ser de inadmisión cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de una causa legal". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 266.

79 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 476.

80 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 369.

No debe confundirse la motivación con la pretensión. A diferencia de lo que ocurre con ésta, que vincula al órgano judicial, los motivos alegados por las partes no son determinantes para el Tribunal, lo que permite a éste fundamentar la sentencia en Cualquiera otros, si bien, en tal caso, por aplicación del principio de contradicción, se deberá dar a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre ellos.[81] Sobre este último aspecto se pronuncia claramente el art. 92. 6 LJ, que establece que la "sentencia sólo podrá fundamentarse en hechos o resultados probatorios acerca de los cuales las partes hayan podido expresarse".

Dentro de las sentencias que se pronuncian sobre el fondo del asunto se pueden distinguir, a su vez, dos tipos de sentencias: estimatorias o desestimatorias. Son sentencias desestimatorias aquellas en que el Tribunal "encontrare que el acto, disposición u omisión objeto de ella está ajustada a derecho" (art. 93 LJ); y estimatorias aquellas en que el acto, disposición u omisión objeto de la misma no se ajusta a derecho (art. 93 LJ sensu contrario).

Tenga el sentido que tenga esa sentencia sobre el fondo, esto es, sea estimatoria o desestimatoria, deberá incluir, bajo pena de nulidad, los contenidos que recoge el art. 92 LJ.[82]

81 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 476.

82 Concretamente: a) la identificación de la Sala respectiva del Tribunal competente y el nombre de los magistrados que la integran y que hayan participado en la decisión; b) la identificación de las partes, de sus representantes legales y de los apoderados, por su nombre, profesión, residencia y su posición en el proceso; b) la identificación de las partes, de sus representantes legales y de los apoderados, por su nombre, profesión, residencia y su posición en el proceso; c) la enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio; d) la indicación sucinta del contenido de la prueba oral producida en la vista general del juicio y de la prueba documental o anticipada que hubiere sido incorporada durante la vista mediante lectura; e) la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estime demostrados; f) los motivos de la decisión, con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho (teniendo en cuenta que la sentencia sólo podrá fundamentarse en hechos o resultados probatorios acerca de los cuales las partes hayan podido expresarse); g) la parte resolutiva, con mención de las disposiciones legales aplicables, así como de la jurisprudencia y de la doctrina, en su caso; h) la firma de los miembros que integran el órgano jurisdiccional, salvo en caso de que alguno de los miembros no pudiera suscribir la sentencia por impedimento ulte-

A ello se añadirá, si la sentencia es de desestimación, la declaración de no lugar a la demanda (art. 93 LJ); y si la sentencia es estimatoria de las siguientes menciones: a) declaratoria de ser contrario a derecho el acto, disposición, omisión o vía de hecho impugnados y su nulidad total o parcial; b) reconocimiento de la situación jurídica individualizada, en su caso, ordenando la adopción de cuantas medidas fueren necesarias para su pleno reconocimiento y restablecimiento, si es necesario; c) la declaración de haber lugar o no a la existencia de daños y perjuicios demandados, así como el de las responsabilidades e indemnizaciones que pudiere derivarse, formulando pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los mismos, así como el plazo para su efectivo pago (art. 94 LJ).

La sentencia que invalide un reglamento o un acto discrecional no podrá redactar el precepto de ese reglamento o la parte discrecional del acto. Lo más que podrá hacer es fijar los criterios u orientaciones que debe seguir la Administración al dictar esa resolución o ese acto discrecional para cumplir con la legalidad.

La razón que justifica esta regla básica es que la existencia de un ámbito de discrecionalidad genera un margen de libre apreciación a favor de la Administración que el juez no puede usurpar, por lo que sus facultades de control quedan reducidas a la posibilidad de fijar los límites que el ordenamiento jurídico establece para el ejercicio de esa facultad de estimación.[83]

---

rior a la deliberación y votación, ello se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma (art. 92 LJ.

83 Señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez que "la esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio. De ello se sigue que el control de la discrecionalidad opera como un control de la observancia de los límites que la Ley y el Derecho establecen en cada caso para enmarcar esa libertad de elección". García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 473 (1997). Por su parte, Martín Rebollo señala "la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que (…) no pueden los jueces y tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la ga-

Este razonamiento vale no sólo para los actos discrecionales, sino que se extiende también a los reglamentos, pues la potestad reglamentaria es, como en su momento se vio, una potestad en todo caso discrecional, lo que impide que el juez pueda sustituir a la Administración en su ejercicio.[84]

Existen, no obstante, supuestos en los que las diversas opciones en que se traducía en un principio la discrecionalidad administrativa quedan reducidas a una única solución posible, bien como consecuencia de la acotación de la solución adecuada que puede derivarse de la tramitación del procedimiento administrativo previo, bien por los datos que aporte la tramitación del proceso contencioso-administrativo seguido contra el acto de que se trate. En tales casos, desaparecido el margen de apreciación que poseía la Administración, no existe inconveniente alguno para que el tribunal resuelva conforme a esa única alternativa resultante.[85]

---

rantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad". Martín Rebollo, "Procedimiento general y abreviado", en Picó Lonrenzo (dir), La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Madrid, CGPJ, 1999, p. 364.

84 Señala Sánchez Morón que, en "la medida en que el ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido a límites jurídicos, es controlable por los Tribunales de Justicia. Ahora bien, puesto que se trata de una potestad discrecional, no pueden aquéllos invadir el núcleo de la discrecionalidad reglamentaria ni sustituir a los Gobiernos y Administración públicas en su ejercicio (...). Esto no significa, sin embargo, que las sentencias que anulen disposiciones de carácter general no puedan señalar los criterios o bases jurídicas que han de tenerse en cuenta para subsanar los defectos legales determinantes de la nulidad. Tales indicaciones son lícitas (...), pero sin que ello suponga proceder a la redacción de nuevos preceptos". Sánchez Morón, Op. Cit., nota 355, pp. 203-204.

85 En tal sentido García De Enterría y Fernández Rodríguez, que apuntan que ocurre "con alguna frecuencia que esa inicial pluralidad de soluciones alternativas que la norma habilitante de un poder discrecional hace posibles se reduce notablemente en los casos concretos, como consecuencia natural del propio procedimiento administrativo que la Administración viene obligada a seguir en todo caso para efectuar la elección que esa norma hace posible. Para esto está, precisamente, el procedimiento administrativo, cuya función institucional es asegurar <<la legalidad, acierto y oportunidad>> de las decisiones de la Administración. Trabado el proceso contencioso-administrativo contra la decisión concretamente adoptada, es también posible que como consecuencia del mismo el abanico de alternativas disponibles se reduzca

Los efectos de la sentencia aparecen regulados en el art. 95 LJ, de forma, a nuestro entender, poco acertada.

La LJ distingue dos supuestos. Por un lado, la "sentencia que declare la nulidad del acto o disposición de carácter particular, la inadmisibilidad o desestimación de la demanda solamente producirá efectos entre las partes y los terceros afectados por ella" (art. 95 LJ).

Por otro, en segundo lugar, establece que, la "sentencia que anulare el acto o disposición de carácter general producirá efecto "*erga omnes*" (art. 95 LJ).

Nos parece incomprensible la distinción que realiza este artículo entre actos o disposiciones de carácter particular y actos o disposiciones de carácter general. O nos encontramos ante una resolución, esto es, ante un acto administrativo o ante una disposición general, esto es, un reglamento, sin que haya posibilidad de realizar ninguna distinción adicional.

Dicha diferenciación es, además, totalmente inútil a la hora de analizar los efectos de las sentencias contenciosas, pues no es relevante para ello la naturaleza de la actuación impugnada, no ya que sea general o particular (que insistimos una vez más, no sabemos en absoluto a que pretende referirse), sino incluso si es un acto administrativo o reglamento. Lo verdaderamente importante es si la sentencia es estimatoria, desestimatoria o de inadmisibilidad.

Si la sentencia declara la estimación del recurso, el acto administrativo o reglamento impugnado va a ser invalidado, desaparece, por tanto, del mundo jurídico, y la sentencia adquiere, con ello, eficacia *erga omnes*, pues queda definitivamente invalidado y ya nadie podrá invocarlo, ni a su favor ni en contra.

Sin embargo, si la sentencia es de inadmisión o desestimación del recurso, el acto o reglamento mantienen su vigencia, continúan ope-

---

todavía más e, incluso, que desaparezca y sólo quede en pie al final del mismo una única solución. Eso es lo que la doctrina alemana llama la reducción a cero (Ermessens reduzierung auf Null) de la discrecionalidad. Cuando ésta se produce en un proceso dado, es absolutamente inevitable que el juez lo reconozca así e incorpore al fallo esa única solución ya posible, porque así lo impone la lógica más elemental y así lo exige, en fin, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y plena". García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, pp. 473-474. (1997).

rando en la vida jurídica y, en consecuencia, otros afectados por los mismos podrán entablar recurso contra él. A estas terceras personas no se les puede imponer la cosa juzgada (entre otras razones porque no hay identidad de sujetos), que sólo será oponible a las partes. Este tipo de sentencias, por tanto, carece de eficacia *erga omnes*, afectando únicamente a las partes.[86]

En definitiva, las sentencias producen efectos generales si estiman el recurso y exclusivamente entre las partes si son de inadmisión o de desestimación.

En caso de anularse una disposición general hay que determinar que ocurre con los actos administrativos que se puedan haber dictado en aplicación de la misma. Una parte de la doctrina considera que hay que atender al régimen de invalidez, de tal forma que si el reglamento es nulo de pleno derecho se invalidarían éstos, y si fuera anulable no.[87]

86 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, pp. 487-488.

87 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la "desaparición de los actos de aplicación puede ser, y es, una consecuencia necesaria de la nulidad in radice de la disposición que aplican. El acto de aplicación de la disposición crea o declara consecuencias jurídicas para que el mandato general de aquélla tenga efectividad. La <<aplicación>> establece un vínculo evidente entre la disposición y la resolución –cualquiera que sea la diferencia o coincidencia de naturaleza que existe entre una y otra-, con independencia de que la resolución aplique sólo la disposición o también, indirectamente, un elemento del bloque de la legalidad. La desaparición de la disposición significará también la desaparición de los actos singulares que la aplican. Los efectos de éstos desaparecerán a partir del instante en que desaparece la disposición". "La firmeza de un acto sólo significa que ya no se admiten pruebas contra su presunción de legalidad; la firmeza no proporciona al acto ningún valor jurídico especial, ni siquiera sana sus posibles vicios. La firmeza de los actos de aplicación no puede, pues, ser la causa o el origen de su subsistencia pese a la declaración de nulidad de la disposición que aplican". "No obstante, (...) las disposiciones contrarias a las leyes pueden ser nulas de pleno derecho o anulables. Si se estima el recurso interpuesto contra la disposición por estar viciada de nulidad, desaparecerá ex tunc ella y los actos dictados para su aplicación, sean éstos firmes o no, pues así lo exige la eficacia ex tunc de la declaración de nulidad. (...) Pero si se estima el recurso por ser la disposición anulable –lo que implica su derogación o reforma con efectos ex nunc-, subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de aquélla. Subsistirán y no podrán ser impugnados, por ser firmes. Los actos no firmes subsistirán aunque

Sin embargo, parece más adecuado considerar, por evidentes razones de seguridad jurídica, que los efectos anulatorios afectaran a los actos administrativos dictados en aplicación del reglamento tan sólo en la medida que no hayan adquirido firmeza dichos actos.

La sentencia que anulare actos o disposiciones de carácter general deberá publicarse en La Gaceta, Diario Oficial, y a solicitud de parte y a su costa, podrá publicarse en cualquiera de los diarios de circulación nacional (art. 95 LJ).

Los efectos de la sentencia se producirán a partir de la firmeza de la sentencia (art. 95 LJ).

En el plazo de tres días, contados a partir de la fecha de notificación de la sentencia definitiva, las partes podrán pedir a los miembros del órgano judicial correspondiente, en su caso, la aclaración sobre los puntos que considere oscuros o dudosos, o sobre la condenatoria en costas (art. 95 LJ).

### B. TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

Se dice que el procedimiento termina anormalmente cuando no lo hace mediante sentencia. Eso no supone que no se vaya a dictar en estos casos una resolución judicial que ponga fin al proceso, que también será precisa en estos supuestos, sino que el juez no va a realizar en ella una confrontación de la pretensión con el Derecho objetivo.[88]

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

---

haya sido anulada la disposición, pero, lógicamente, podrán ser impugnados". Boquera, Oliver, Op. Cit., nota 377, pp. 164-165.

88 Señala González Pérez que puede "ocurrir que el proceso no termine con la sentencia. Cabe que se den determinadas circunstancias que provoquen la terminación del proceso sin que el juez dicte sentencia. No quiere decir que en estos casos no exista un acto del órgano jurisdiccional por el que se dé por terminado el proceso, ya que todo proceso, una vez iniciado, no tendrá hasta que no lo declare así el órgano jurisdiccional ante el que se dedujo la pretensión. Lo que se afirma es que el acto que dicta en estos casos el juez no decide acerca de la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Derecho objetivo, ante unos determinados hechos o actos ha de dictar decisión en un sentido determinado". González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 381.

*a. Avenimiento y transacción*

El avenimiento o transacción es un negocio jurídico por el que las partes, mediante la realización de concesiones reciprocas, llegan a un acuerdo que pone fin al pleito.[89]

Su adecuación para operar en el ámbito del Derecho administrativo es cuestionada, en cuanto se discute la facultad de la Administración de poder transigir sobre situaciones que no son propias, sino que debe gestionar con el objetivo exclusivo de dar servicio al interés público, y que, por tanto, le resultan indisponibles.

No obstante, parece haberse impuesto la postura de aquellos que defienden su juego en el ámbito público, siempre, lógico es, que se trate de materias en las que la Administración goza de un margen de disponibilidad.[90]

Se puede llegar al mismo como resultado de la propia iniciativa de la Administración demandada, que podrá motu propio realizarla en cualquier momento del proceso (art. 98 LJ); o bien a través de la mediación del tribunal, pues el art. 98 LJ hace referencia a la posibilidad de que tenga lugar un acto de conciliación, que no suspenderá el curso de las actuaciones y que podrá producirse en cualquier momento anterior al día de la vista, citación para sentencia o señalamiento para votación y fallo (art. 98 LJ).

En cuanto a los requisitos para que pueda llevarse a cabo, la LJ autoriza a realizarla tan sólo cuando se trate de materias susceptibles de transacción, particularmente cuando se trate de la estimación de la cantidad reclamada (art. 98 LJ).

Aparte de ello es preciso que lo acordado no sea contrario al orden público (art. 98 LJ).

En cuanto a la forma de realización, se llevara a efecto mediante auto que declarara terminado el proceso en los términos convenidos por las partes (art. 98 LJ).

89 Ibídem, p. 395.

90 En tal sentido González Pérez, que considera que "en cuanto existe un margen de disponibilidad dentro del ordenamiento jurídico-administrativo para la actuación de las Administraciones públicas no existe razón para no admitir la transacción en este ámbito". Ibídem, p. 396.

*b. Desistimiento*

El proceso judicial puede acabar también por la acción del demandante, que decida apartarse del litigio. Posibilidad que da lugar a dos figuras jurídicas diferentes: el desistimiento y la renuncia. La LJ, sin embargo, limita tan sólo una de ellas (el desistimiento) olvidándose totalmente de la segunda (la renuncia).

Para explicar esta decisión debe partirse del examen de estas figuras. Cuestión en la que no debemos, sin embargo, detenernos demasiado, pues su naturaleza y características en la vía judicial son análogas a las que en su momento vimos al estudiar la terminación en el procedimiento administrativo.

Basta, pues, con que recordemos que es un modo de terminación del proceso que tiene su origen en un apartamiento voluntario del demandante, en el primer caso, de la acción[91] y, en el segundo, del propio derecho o situación jurídica material que se trata de hacer valer en el proceso. Esto marca la diferencia, como ya sabemos, entre una y otra figura, pues en caso de desistimiento se conserva la situación jurídica material sobre la que se fundamenta la acción, por lo que se puede hacer valer ésta en un ulterior proceso; mientras que en la renuncia se abandona ésta, por lo que no cabe su ejercicio posterior en un proceso diferente.[92]

Sin embargo, esta última diferencia se diluye en la práctica en el caso del proceso administrativo, cuya iniciación está sujeta a rigurosos plazos de caducidad, que una vez transcurridos hacen inimpugnable la actuación o disposición administrativa impugnada. Si a esto se añade la brevedad de esos plazos de impugnación, es evidente que en la mayor parte de los casos una vez formulado el desistimiento ya no habrá tiempo para iniciar un nuevo proceso, por lo que los efectos de éste acabaran equiparándose casi siempre a los de la renuncia.[93]

91 Señala Morell Ocaña que el desistimiento "se produce cuando el demandante abandona formalmente su condición de parte, renunciando a la pretensión procesal ya formulada". Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 489.

92 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 383. Gil Ibáñez: El procedimiento... Pág. 250.

93 González Pérez, Op. Cit., nota 521, p. 383.

Esta parece ser la razón que está en la base de esta decisión. Si bien no podemos dejar de formular nuestras reservas acerca de esta regulación, que no deja de entrañar algún problema.

Por lo demás, el desistimiento se podrá llevar a cabo en cualquier momento del proceso, antes que sea dictada la sentencia (art. 99 LJ), mediante la presentación de un escrito al órgano judicial (art. 100 LJ). El representante del actor deberá estar autorizado especialmente para ello y se mandará a oír al demandado (art. 99 LJ).

El Tribunal dictará, si el desistimiento es admisible, resolución en la que declarará terminado el proceso y extinguida la acción y ordenará archivar las actuaciones y la devolución del expediente administrativo a la entidad de origen (art. 100 LJ).

Dado que el desistimiento es un modo de terminación del proceso que tiene su origen en la simple voluntad del demandante, no puede exigirse a éste justificación alguna al respecto, bastando, por tanto, con que exprese su deseo de poner fin al mismo, sin necesidad de fundamentación alguna.[94]

Si bien, lo anterior no supone que sea admisible en todo caso, pues para que se pueda aceptar éste es preciso que no suponga daño para el interés público, en cuyo caso, el órgano judicial lo podrá rechazar motivadamente (art. 100 LJ).

La ley permite la posibilidad de que el desistimiento sea total o parcial (art. 99). En este último caso, aunque la ley no lo diga, se debe entender que limitará sus efectos a aquella parte de la pretensión a la que afecta, continuando el proceso hasta su resolución respecto al resto de la misma.

Cabe igualmente el supuesto de que existan diversos actores, y sólo renuncien algunos de los mismos, el cuyo caso el proceso continuará exclusivamente respecto a los que no hubieren desistido (art. 100 LJ).

Un supuesto especial de desistimiento es aquel que tiene lugar como consecuencia del reconocimiento extraprocesal de la pretensión, esto es, cuando la Administración demandada concede en vía administrativa aquello que el demandante solicita.[95] En realidad, no es propia-

94 Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 690.

95 Como indica Santamaría Pastor, con el término satisfacción extraprocesal de la pretensión se "designa al supuesto en que, tras la interposi-

mente un desistimiento, pues el demandante no abandona aquello que solicita, sino que lo obtiene por otra vía, por lo que deja de interesarle el proceso y acaba con él, desistiendo del mismo.

La LJ se ocupa de este supuesto únicamente para dar respuesta a la situación a que daría lugar que ese acto de reconocimiento fuera posteriormente revocado, con el consiguiente perjuicio para el demandante, que habría desistido de un proceso ya avanzado, por tener reconocido ya aquello que tenía en el mismo, para verse posteriormente desposeído de aquello que estaba solicitando.

Para evitar tan injusta situación, la ley reconoce en este supuesto, tanto si la Administración dicta un acto total como parcialmente revocatorio, el derecho del demandante a que continúe el proceso en el estado en que se encontraba antes del desistimiento, extendiéndose, inclusive, al acto revocatorio (art. 99 LJ).

Si el órgano judicial lo estimase conveniente, concederá a las partes un plazo común de diez días para que formulen por escrito las alegaciones que tuvieran a bien sobre la revocación, debiendo resolver en un plazo de diez días. Contra la resolución cabrá recurso (art. 99 LJ).

Esta solución es, no obstante, considerada insuficiente por un sector de la doctrina, que demanda que el contenido de la decisión que reconoce en vía administrativa la pretensión del demandante sea incorporada a la resolución judicial que pone fin al proceso, adquiriendo así el valor propio de ésta.[96]

*c. Allanamiento*

El allanamiento es el acto procesal mediante el cual el demandado abandona su oposición a la pretensión y se conforma a lo pedido por el demandante.[97]

---

ción del recurso, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 691.

96 Parejo Alfonso, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 851.

97 González Pérez, Op. Cit., nota 521, pp. 387-388. Señala Gil Ibáñez que el allanamiento "es una declaración de voluntad efectuada por el demandado mediante la cual manifiesta su conformidad con la pretensión del demandante en el proceso contencioso-administrativo". Gil Ibáñez, Op. Cit., nota 1140, p. 252. Santamaría Pastor señala que el allanamiento consiste "en el reconocimiento de las pretensiones del

En el ámbito contencioso-administrativo, marcado por el servicio al interés público al que está sometido el sujeto llamado a prestarlo (la Administración), es una figura que se ve con una cierta desconfianza, y tiende a ser reconocida con carácter restrictivo.[98] Así ocurre, de hecho en Nicaragua, donde se permite llevarlo a cabo únicamente a los demandados facultados especialmente, de acuerdo con las disposiciones respectivas (art. 101 LJ).

A lo que se añade la exigencia de que la pretensión del actor no constituya una infracción del ordenamiento jurídico, pues en caso contrario el tribunal no puede aceptarlo, estando obligado a dictar sentencia conforme a derecho (art. 101 LJ).

Se podrá llevar a cabo en cualquier momento del proceso, antes de que se pronuncie la sentencia (art. 101 LJ).

El allanamiento, si cumple los requisitos establecidos, determinará, que el órgano judicial dicte sentencia acogiendo las pretensiones del actor (art. 101 LJ).

Si bien, si fueran varios los demandados, el juicio continuará con respecto a los que no se hubieran allanado (art. 101 LJ).

---

recurrente". Santamaría Pastor, Op. Cit., nota 446, p. 691. Para Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, el "allanamiento es un acto procesal de la parte demandada por el que ésta renuncia a oponerse a la pretensión del demandante, de suerte que el Juez o Tribunal, si el allanamiento cumple los requisitos formales establecidos para su validez, pondrá fin al proceso, sin más trámites, mediante sentencia". Tratado de... III. Pág. 286. Morell Ocaña entiende que allanamiento es "el abandono formal de su posición procesal por el demandado, aceptando la pretensión formulada por el demandante". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, Op. Cit., nota 435, p. 489.

98 Apunta Gil Ibáñez que "se trata de un supuesto <<insólito>> o <<anormal>>, debido sin duda a la rigidez de los trámites que deben cumplirse para que la Administración demandada acuerde allanarse a las pretensiones de la parte actora, lo que dificulta su utilización práctica". Gil Ibáñez, Op. Cit., nota 1140, p. 252.

# LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

Ernesto Jinesta Lobo[1]

## 4.1. Introducción

En Costa Rica se aprobó el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo –CPCA- (Ley No. 8508 de 24 de abril de 2006), el cual entró en vigencia el pasado 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 del 2006 establece una jurisdicción pre-

1 www.ernestojinesta.com Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD). Director y Profesor programa de Doctorado en Derecho Administrativo UELD; Presidente de la Asociación Costarricense de Derecho Administrativo y de la Academia Costarricense de Derecho; Vicepresidente –Costa Rica– Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo; miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

dominantemente 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 materiales, 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 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 audiencias, la única instancia con apelación en casos expresamente tasados, la conciliación intra-procesal 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 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, etc.

Ese instrumental adjetivo ha permitido que la justicia administrativa en Costa Rica haya recuperado su honor y prestigio, por cuanto, lo lentos y burocráticos procesos sustanciados conforme la vieja Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966 tardaban en tramitarse entre siete y diez años y ahora en única ins-

tancia quedan fallados en una año o poco más. En este artículo nos ocuparemos de reseñar las principales innovaciones de la nueva legislación procesal costarricense.[2]

## 4.2. Adecuación de la justicia administrativa al paradigma constitucional[3]

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 solo para atender la función objetiva de la justicia administrativa que se 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,[4] esto es, que cumpla un rol objetivo de sometimiento de la función administrativa al ordenamiento jurídico

2 Utilizamos como bibliografía básica JINESTA LOBO (Ernesto), Manual del Proceso Contencioso Administrativo, San José, IUS consultec-Editorial Jurídica Continental, 1ª. Reimpresión, 2009 y JINESTA LOBO (Ernesto) et alt., El nuevo proceso contencioso-administrativo, San José, Dpto. publicaciones Poder Judicial, 2006, JINESTA LOBO (Ernesto) et alt. El nuevo proceso contencioso-administrativo –Tomo I–, San José, Editorial Jurídica Continental, 2ª. Edición, 2008 y JINESTA LOBO (Ernesto), La nueva justicia administrativa en Costa Rica. Revista de Administración Pública (RAP), Madrid, No. 179, mayo-agosto, 2009.

3 JINESTA LOBO (Ernesto), Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa. Revista de Derecho Público –Asociación Costarricense de Derecho Administrativo-, No. 6, julio-diciembre 2007 y JINESTA LOBO (Ernesto), Constitución y jurisdicción Contencioso-Administrativa. En Congreso Internacional de Derecho Administrativo –X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo-, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011, pp. 291-311.

4 Así lo confirmó la Sala Constitucional en el Voto No. 9928-2010 de las 15 hrs. de 9 de junio de 2010.

–"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-, tales 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 dignidad humana (artículo 33 ibidem) y un conjunto de principios tales como el de igualdad (artículo 33 ibidem), la intangibilidad relativa del patrimonio (artículo 45 ibidem), la responsabilidad administrativa, de legalidad (artículo 11 ibidem) y de interdicción de la arbitrariedad.

## 4.3. 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 tales 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 será 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 estas 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 titulado 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 o efectos- (artículo 3°, inciso b). El inciso a) del artículo 3° ex-

cluía 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, la Sala Constitucional en la sentencia No. 9928-2010 de las 15 hrs. de 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.

## 4.4. 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 ibidem 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 de la Ley de 1978 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), establecen 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 desaparezca 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 activas 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".

## 4.5. Ampliación de la capacidad y la legitimación: reconocimiento de la acción popular

El nuevo CPCA le otorga capacidad procesal a los menores de edad (artículo 9, inciso a), para que puedan ser parte en un proceso sin necesidad que concurra su representante, todo de manera consonante con los imperativos impuestos por el Derecho internacional de los Derechos Humanos,[5] la jurisprudencia constitucional[6] y algunos instrumentos legislativos internos.[7]

5 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 No. OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

6 Sentencia de la Sala Constitucional No. 15869-05 de las 15:55 hrs. de 22 de noviembre de 2005.

7 Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 7739 de 6 de enero de 1998.

También el CPCA le 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 punto a la legitimación se amplia 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), le 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), CPCA le 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 constitucional) de la reserva de ley para establecer una acción popular.

## 4.6. 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 otorgándole 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 solo meramente conservativas.

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 que

> "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 podrá 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."

## 4.7. 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,[8] haciendo salvedad

8 El Tribunal Constitucional por sentencia No. 3669-06 de las 15 hrs. de 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

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 demanda 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.

## 4.8. 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 requerirle al órgano o ente público, en sede administrativa antes de acudir ante la jurisdicción, para que en el plazo de quince días realice la conducta omitida. Cuando opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, el órgano jurisdiccional debe concederle al jerarca de la entidad un plazo máximo de quince 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.

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, abril-mayo 2006, Nos. 232-233, pp. 4-12.

## 4.9. Plazos abiertos para la impugnar las diversas manifestaciones de la función administrativa

A diferencia del proceso revisor de 1966 que establecía un plazo fugaz de caducidad fatal de 2 meses para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo amplia la regla a un año, contabilizado 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, inciso a, b, y c). De 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).

## 4.10. 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 43 al preceptuar lo siguiente:

> "En la demanda pueden deducirse de manera conjunta, Cualquiera 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 lo 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".

## 4.11. 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 93.a) de la Ley de la Justicia Administrativa Alemana de 21 de enero de 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung o VwGO[9]) 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 de 13 de julio[10], obviamente con mejoras sustanciales.

En la legislación procesal alemana este proceso está diseñado, exclusivamente, para cuando una medida administrativa es objeto de más de veinte procesos, esto es, para los actos administrativos en masa, esto es, cuyo motivo, contenido y fin está predeterminado y es igual para un grupo de administrados (v. gr. 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 función administrativa en tanto se afecten 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, contenido y fin predeterminado e idéntico- 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

9 Ley de la Justicia Alemana de 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.

10 V. BLANCO ESTEVE (Avelino), Artículo 37. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 100, octubre-diciembre, 1998, pp. 362-366.

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 y 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 ese 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 que violenta la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad y la defensa.

El CPCA dispone que de no existir oposición se tramita un solo proceso y que cuando ésta exista el proceso se tramitará individualmente, por lo que habrá que entender que se sustanciaran separadamente aquellos en los que la parte se opuso, no así en los que existió aquiescencia de la parte.

## 4.12. 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 este decida si se le da trámite preferente, en los términos de este ar-

tículo, 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 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 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, según corresponda. El recurso deberá resolverse en un plazo de diez días hábiles".

En este tipo de procesos, la sustanciación y resolución tiene prioridad frente a cualquier otro por razones de urgencia o necesidad (estado de necesidad) o de gran trascendencia para el interés público (v.

gr. 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, etc.–). La tramitación preferente, supone, en esencia, el acortamiento de ciertos plazos procesales en aras de la celeridad, prontitud y urgencia impuesta 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.

## 4.13. Conciliación intra-procesal

Como un instrumento de resolución alternativa de conflictos, el CPCA introduce la figura de la conciliación intra-procesal, 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).

## 4.14. Oralidad y proceso por audiencias

Una de las grandes innovaciones 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 seis meses y veinte 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 sub-principios 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 revocatoria el 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 que son (a) la saneadora o depuradora del proceso, resolviéndose en una sola audiencia, todas las cuestiones que puedan obstaculizar el conocimiento del mérito del asunto –meritum causae– (v. gr. incidentes, nulidades, recursos, excepciones previas, cuestiones concernientes a la admisibilidad y validez del proceso – competencia, jurisdicción, capacidad, legitimación, representación, conexidad, litispendencia y cosa juzgada, integración de la litis, etc.), con lo que se abrevia el proceso y b) la esclarecedora de la causa petenti (hechos), petitium (pretensión), del thema decidendum (puntos controvertidos) y de la prueba que debe ser admitida y evacuada[11]. En lo relativo a la función conciliadora, el CPCA establece una audiencia de conciliación separada de la preliminar.

11 V. JINESTA LOBO (Ernesto), La oralidad en el proceso contencioso administrativo. Revista IVSTITIA, año 13, No. 155-156, noviembre-diciembre 1999, pp. 23-31. 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), ibidem, pp. 31- 49; ZELEDÓN ZELEDÓN (Ricardo), ¡Salvemos la Justicia! (Humanización y Oralidad para el Siglo XXI), San José, Editorial Guayacán, pp. 99 y siguientes. 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-

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 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:

1°) Saneamiento del proceso: Cuando resulta 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 toda cuestión no atinente al mérito del asunto, esto es, interlocutoria.

2°) Aclaración y ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda, réplica y dúplica: Esta precisión o afinamiento de los extremos de la demanda y 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 refieran 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 de 5 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 indirec-

CONAMAJ, 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 Iberoamérica (Historia-Antecedentes-exposición de motivos), Montevideo, 2ª. Edición, 1997, pp. 25-38.

to 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.[12] La regla que se establece es 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 circunstan-

12 V. JINESTA LOBO (Ernesto), La oralidad en el proceso contencioso administrativo, p. 30. JINESTA LOBO (Ernesto), Particularidades de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo, pp. 121-122. ARTAVIA BARRANTES (S.), Sugerencias para introducir la oralidad y otras instituciones procesales en el Derecho procesal. Consideraciones para una Reforma del Proceso Civil, p. 42.

cias excepcionales –artículo 100, párrafo 1°, incisos a, b, c, d y e– (v. gr. deber de 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 interpretes cuya intervención es indispensable; cuando algún juez, las partes, sus representantes o abogados estén impedidos por justa causa, salvo posibilidad de reemplazo en el último supuesto; cuando alguna manifestación o circunstancias 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 quince días, todo lo actuado y resuelto será nulo de pleno derecho, salvo los actos y actuaciones irreproducibles (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 reabra 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 quince 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 actuaciones irreproducibles que conservarán su validez (artículo 111, párrafo 2°). Cabe anotar que la valentía y 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.

## 4.15. 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 CPCA admite, por las razones ya apuntadas, que, el actor o reconventor pueda solicitar que, una vez contestada la demanda o contrademanda, el proceso se falle, con prescindencia de la recepción de pruebas, las audiencias y la conciliación, debiendo estar la contraparte de acuerdo.

## 4.16. 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 solicitarle al órgano jurisdiccional que lo que se resolvió en sede administrativa de manera favorable para otro sujeto de derecho se le 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. Precisa advertir que la extensión judicial de lo resuelto en firme y favorablemente para terceros en vía administrativa, resulta aplicable no solo respecto de la actividad formal, sino también de actuaciones materiales u omisiones.

Cualquiera de las partes principales pueden 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, esto es, 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 equiparación judicial no haya sido destinataria de sus efectos, se trate de partes diferentes o no haya intervenido en el procedimien-

to 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 5 días hábiles para que aleguen lo que estimen conveniente (artículo 116.4). Esta audiencia resulta muy importante, por cuanto, 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, etc.

En los ocho días hábiles posteriores a la conclusión de la audiencia, el órgano jurisdiccional resolverá si acoge o no la equiparación o 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).

## 4.17. 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 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 5 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).

## 4.18. 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 CPCA dispone que la sentencia estimatoria –total o parcial– pueda 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:

**1)** Pronunciamiento sobre su existencia y cuantía, siempre que consten probados en autos al dictarse la sentencia.

**2)** Pronunciamiento en abstracto, cuando conste su existencia, pero no su cuantía.

**3)** 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.

## 4.19. Actualización o indexación de las obligaciones pecuniarias

El artículo 123 CPCA lo que hace es conferirle 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 los daños y perjuicios) al quedar la cuantificación o 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 prime rate 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 dinamismo constantes, determinados por cambios en las economías y los mercados nacionales e internacionales, lo que los hace inherentemente justos y equitativos (artículo 123.2).

En caso que las partes del proceso hayan pactado previamente un parámetro de compensación de la obligación dineraria, distinto de los fijados (IPC y tasa prime rate) en el párrafo 2°, el órgano jurisdiccional competente, debe reconocer en sentencia el mecanismo pactado, actualizar y liquidar la obligación correspondiente hasta su pago efectivo (artículo 123.3).

## 4.20. 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, sal-

vo 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.

## 4.21. Apelación tasada

Con el fin de lograr una mayor celeridad procesal y de 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).[13]

13 El CPCA prevé, únicamente, 5 supuestos de autos apelables que son los siguientes: a) el que resuelve sobre la caución u otra contra-cautela (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 (No. 7495 de 3 de mayo de 1995) y 21 de la Ley de adquisiciones, expropiaciones y constitución de servidumbres del ICE (No. 6313 de 4 de enero de 1979), disponen que cabe el recurso de apelación, dentro de los 5 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 3 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.

## 4.22. 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).

De otra parte el artículo 153 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 resolución de este recurso se le reservó, en exclusiva, a la Sala Primera 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.

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 Sala Primera 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.

## 4.23. 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), esta es una cláusula general que otorga amplios poderes cuyos único límite lo constituye el principio de proporcionalidad, en el sentido que sus actuaciones sean necesarias e idóneas –al incumplimiento y a la necesidad de cumplir con las órdenes o condenas contenidas en la re-

solución– y exista una proporción entre la medida de ejecución adoptada y los fines propuestos de efectividad y eficacia de la sentencia o 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).

## 4.24. 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. De previo 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 5 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.

## 4.25. 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 agentes de la administración condenada o de otros entes públicos, mediante una ejecución 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 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

## 4.26. 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 tales funcionarios se presume falta grave de servicio –presupuesto generador de responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal–, además causal de responsabilidad disciplinaria y penal (artículo 167).

En tratándose de la administración pública descentralizada, se admite el ajuste o 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 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.

## 4.27. 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 un 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 un 25% del total de la transferencia correspondiente a ese período 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 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 el 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. Es así como el artículo 209 del CPCA deroga expresamente varias leyes preconstitucionales que establecían la inembargabilidad de los bienes del dominio público (Leyes Nos. 12 de 26 de septiembre de 1918 y sus reformas y No.

70 de 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 aprovechamiento común, esto es, los que están sujetos a los usos generales o comunes –v. gr. área pública en la zona marítimo terrestre, parques, plazas, ríos, lagos, caminos públicos, mercados, etc.–, 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 las 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 –y 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.

## 4.28. 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 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 y economía procesales y la justicia pronta.

## 4.29. Reiteración de la conducta administrativa ilegítima en contra de una condenatoria

Por razones de economía procesal, el artículo 177 CPCA dispone que, en caso 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.

## 4.30. Proceso de extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros

Para que proceda la extensión y adaptación de la jurisprudencia a terceros (artículo 185 párrafo 1°), es preciso la existencia, al menos, de 2 fallos de casación –de la Sala Primera 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 1 año 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 la Sala Primera según corresponda.

El artículo 186 prevé la solicitud formulada en la sede jurisdiccional –ante el Tribunal de Casación o la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia–, en cuyo caso si el órgano jurisdiccional la estima procedente emite resolución ordenando la extensión y adaptación de los efectos de los fallos y se hará efectiva a través del proceso de ejecución de sentencia.

# LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN PANAMÁ

Carlos Gasnell Acuña[1]

## 5.1. Introducción

El Contencioso Administrativo en Panamá, es denominado por muchos como la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en atención al artículo de la Constitución Política panameña que sostiene que la Corte Suprema de Justicia tendrá entre sus atribuciones constitucionales y legales: "La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas".

1 Abogado, egresado de la Universidad de Panamá. Curso estudios de maestría y doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid (Pendiente de sustentar tesis doctoral) Realizó estudios de diplomado en la Universidad de Salamanca. Es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Santamaría la Antigua (USMA) y del Diplomado de Contratación Pública de la Universidad Latina de Panamá. Es actualmente Vicepresidente Ejecutivo de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana, Capítulo Panameño de Transparencia Internacional.

Lo anterior ha impedido que contemos con Tribunales y Juzgados de lo Contenciosos-Administrativo intermedios, y que una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia, sea la que concentre todas las competencias relacionadas con esta materia, lo que ha generado una congestión en la misma que hace necesario que con prontitud se encuentre una alternativa ante esta situación que para muchos no tiene una solución distinta que la reforma del artículo de la Constitución que establece la "Jurisdicción Contencioso Administrativa" y la fija exclusivamente en la Corte Suprema de Justicia. No concordamos con que esta sea la única solución, pero al parecer es la opinión mayoritaria.

Por otro lado nuestra legislación regulatoria del contencioso administrativo data de 1943 (reformada en gran medida en 1946), que si bien, como lo señalan varios autores y expertos, entre ellos el ex Magistrado Adán Arnulfo Arjona, la jurisprudencia se ha encargado de alguna manera de actualizar el contencioso administrativo y ajustarlo a las modernas tendencias, no es muy positivo contar con una legislación que no contemple dichas actualizaciones. Estamos hablando de las normas que deben permitir el acceso a la justicia cuando la Administración comete abusos o arbitrariedades, violenta el principio de legalidad, o excede sus potestades reglamentarias, por lo que es necesario contar con normas que contengan procedimientos claros y modernos para tutelar los derechos ciudadanos y garantizar la legalidad de las actuaciones de la Administración.

Adicionalmente a lo anterior, contamos con una Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley 38 de 2000, que contiene las normas sobre acto administrativo y agotamiento de la vía administrativa, las cuales vamos a analizar para verificar la congruencia o no con las normas que regulan el contencioso administrativo, en función de que con la aprobación de esta norma, se derogaron artículos de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, que regulaban el acceso al Contencioso Administrativo.

Para modificar la legislación que regula el Contencioso-Administrativo en Panamá, se han realizado varias consultorías, y existe más de un borrador de anteproyecto de ley, sin embargo no han sido presentados a la discusión de la Asamblea Nacional, lo que evidencia una falta de consenso en muchos de los temas.

A pesar de lo anterior, es necesario destacar que en la última década se han realizado varias publicaciones dedicadas al tema del derecho procesal administrativo, y específicamente sobre el contencioso administrativo. Hasta el año 2000, las publicaciones eran esporádi-

cas. El texto de referencia en materia de procedimiento Contencioso-Administrativo fue publicado en su segunda edición en el año 1982 por Eduardo Morgan Jr., acompañado de artículos publicados en la revista del Colegio Nacional de Abogados, los trabajo de Leo Santizo Pérez, entre otros, lo que hace necesaria una revisión de los postulados planteados. En todo caso las publicaciones existentes en la actualidad son insuficientes para la profundidad que requiere el debate sobre importantes temas procesales en materia administrativa.

Entre las obras y artículos publicados a partir del año 2000 podemos mencionar las siguientes: Anotaciones para la Reforma del Régimen Contencioso Administrativo en Panamá (Arjona-2000); La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá: Trayectoria Reciente y Perspectiva de Cambio (Hoyos – 2000); Medidas Cautelares Innominadas o Genéricas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2000); Legislación Contencioso Administrativa Actualizada y Comentada (Molino Mola - 2002); Recursos Extraordinarios y Acciones Judiciales (Abilio Batista - 2002); La Suspensión Provisional en el Proceso Contencioso Administrativo (Arjona - 2004); Derecho Procesal Administrativo, La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá (Arauz - 2004); La Judicialización del Procedimiento Administrativo (Franco - 2004)La Reforma del Régimen Contencioso-Administrativo en Panamá: Ideas para la Acción (Arjona - 2006); El Derecho Contencioso Administrativo en Panamá (1903 - 2005) Una introducción Histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial (Hoyos - 2007); Requisitos Formales de la Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción (Galvis - 2008); La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá y la Tutela Cautelar (Ábrego - 2009); La suspensión provisional en la jurisdicción contencioso-administrativa Panameña (Benavides - 2009); El Origen del Derecho Administrativo y la Justicia Contencioso Administrativa, el Modelo Adoptado por Panamá (Gasnell - 2009).Ofrezco disculpas por cualquier omisión sobre las obras y artículos publicados en este período.

En este breve recorrido por el panorama del procedimiento Contencioso-Administrativo en Panamá, vamos a iniciar con los aspectos generales de la temática, luego los aspectos históricos, una rápida referencia al procedimiento administrativo, el acto administrativo, el silencio administrativo, los recursos administrativos y el agotamiento de la vía administrativa, el acceso al contencioso administrativo, haciendo énfasis en los principales procesos (con énfasis en el contencioso de Plena Jurisdicción y de Nulidad) dentro de los cuales analizaré el acceso a la justicia contencioso administrativa, los requisitos que ha introducido la jurisprudencia, las medidas cautelares,

los aspectos probatorios, la ejecución de las sentencias y por último unos comentarios sobre los aspectos que merecen revisión y reforma.

## 5.2. Aspectos generales

Los actos administrativos y las expresiones de la potestad reglamentaria, tienen su organismo de control en la jurisdicción contencioso administrativa. En Panamá, está jurisdicción fue creada a través de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, e indirectamente por el Acto Legislativo N°2 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 sustentación de los recursos.

Ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo; compuesta por tres magistrados, los particulares afectados por el acto, resolución, orden o 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" (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)

La Ley 135 de 1943, excluye algunos actos administrativos del control jurisdiccional de la Sala. Expresamente los siguientes:

Las resoluciones de los 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).

Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil.

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 Sala Tercera de lo contencioso-administrativo es preciso agotar la vía gubernativa o administrativa, salvo cuando la instancia que dicta el acto administrativo es la instancia de mayor jerarquía dentro del ente administrativo.

La norma entiende como agotada la vía administrativa cuando los actos o resoluciones no son susceptibles de los recursos ordinarios que caben en esta vía, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas 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.

Acción de Nulidad es imprescriptible, mientras que la acción encaminada a obtener la reparación de derechos subjetivos a través del Recursos de Plena Jurisdicción prescribe al cabo de dos meses contados a partir de la publicación, 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 exige formalidades especiales respecto al acto impugnado, es necesario, no solamente, 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 errónea interpretación.

La Sala Tercera 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.

Antes de analizar de una forma más detallada el aspecto más importante de la legislación contenciosa administrativa, vamos a hacer un recorrido por los aspectos históricos que la rodean, y los aspectos del procedimiento administrativo que representan su antesala.

## 5.3. Aspectos Históricos y Evolución del Contencioso Administrativo en Panamá

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 de 1904) por lo que puede sostenerse, como lo destaca Morgan Jr. (1982), que Panamá durante su periodo de unión a Colombia (1821-1903), no conoció el control jurisdiccional de la Administración y este 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 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 y 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, no obstante, a pesar de la falta de normas de procedimiento administrativo y de una jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo señala 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".

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 y 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 los 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 estos podían demandar la indemnización correspondiente a través de un juicio ordinario.

### 5.3.1. El Primer Tribunal de lo Contencioso Administrativo

En la Constitución de 1941, específicamente 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 la materia contencioso administrativa y a la vez se 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" sobre los actos, por "revisar" los actos (La "jurisdicción contencioso-administrativa" nace en Panamá, influenciada por la legislación colombiana, que a la vez recibe influencia europea, con un carácter revisor que actualmente se mantiene y que tiene que ser revisado en la futura reforma que opere dicha jurisdicción) ,e incluyendo la acción de nulidad como la garantía que puede ejercer cualquier persona contra el acto o norma con inferior jerarquía a la Ley que considere contraviene una norma con rango legal.

En 1956 se reforma la Constitución de 1946, por medio del Acto Legislativo N°2 de 24 de octubre de 1956. El control de la Legalidad de los actos administrativos ya no será ejercido por un Tribunal de lo Contencioso Administrativo independiente, el cual será eliminado adscribiéndose sus funciones a la Corte Suprema de Justicia.

### 5.3.2. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y sus competencias

La Constitución de 1972 recoge en su artículo 188 el contenido de la reforma que sufrió la Constitución de 1946, a través del citado acto legislativo de 1956, manteniendo como una atribución constitucional y legal de la Corte Suprema de Justicia, el ejercicio de sus jurisdicción sobre los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los servidores públicos y 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 el año 2004, sigue manteniendo el espíritu del artículo 188, no obstante, hubo una ampliación de las garantías del administrado, incluyéndose dentro del control jurisdiccional de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, no solamente los actos, resoluciones y 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)

En la actualidad, sobre la base de lo arriba desarrollado, ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo; compuesta por tres magistrados y sus respectivos suplentes, los particulares afectados por un Acto, Resolución, Orden o Disposición administrativa podrán demandar su revisión e interponer el Recurso de Plena Jurisdicción (subjetivo), con el objeto de lograr la reparación de sus derechos vulnerados con la medida administrativa.

Por otro lado, cualquier persona natural o jurídica, puede ejercitar la acción popular (Acción de Nulidad) tendiente al control de la legalidad, cuando la Administración haya incurrido en "injuria contra derecho", sin solicitar reparación alguna de derechos subjetivos vulnerados, porque de lo contrario, tendrá que acudir a la jurisdicción a través del Recurso de Plena Jurisdicción.

Resulta destacable, que la Constitución Política haya ubicado en la Corte Suprema de Justicia, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tal como lo hizo con la acción de inconstitucionalidad, la cual solamente se puede ejercer ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Resulta entendible que ante la falta de un Tribunal Constitucional, la guarda de la Constitucionalidad se reserve a dicho ente, pero no resulta muy cónsono con la realidad, ni muy visionario, haber reservado todas las competencias relacionadas con el control de la legalidad a nivel nacional, a la Corte Suprema de Justicia representada por una de sus salas.

## 5.4 El Procedimiento Administrativo

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 a las leyes y reglamentaciones de las diferentes instituciones y ante la falta de estas, 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 Sala Tercera 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 (2002) en su obra el Procedimiento Administrativo en Panamá, antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000, solamente 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 de los años ochenta (Ley 33 de 1984 y la 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 ausencia de formalidades para tramitar las peticiones.

Cabe resaltar que a diferencia del procedimiento administrativo común, dentro del Código Fiscal, desde la década de los sesenta es posible encontrar normas claras y completas que regulan el procedimiento tributario, las cuales fueron reformadas en el año 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 de 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, la cual se convierte como ya lo indicáramos, en la primera Ley de procedimiento administrativo panameña.

La Ley 38 de 2000 regula la organización interna de la Procuraduría General de la Administración, sus competencias y 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 revocatoria de los actos administrativos, manejo de expedientes administrativos, las notificaciones y citaciones y un título detallado sobre incidentes y pruebas en el proceso administrativo.

La ley 38 de 2000, también regula expresamente la figura del silencio administrativo en su articulado:

"Artículo 156. Si transcurren dos meses desde la fecha de la presentación de la petición, el interesado podrá considerarla desestimada, al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

Igual opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiera interpuesto cualquier recurso administrativo entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso de plazo de dos meses desde su interposición".

Respecto a los recursos que se pueden interponer ante la Administración, se modifica la fórmula de interposición y la cantidad de los 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 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 decide 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 esto conlleva, lo cual es valorado por la administración ante la posibilidad de interposición de recursos ante el contencioso-administrativo. Restará 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 nueve supuestos que podrían servir de sustento a este recurso, entre ellos: 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, venezolana, costarricense, hondureña y argentina.

En relación con el agotamiento de la vía administrativa, la Ley señala expresamente los supuestos en los cuales debe considerarse agotada:

"Artículo 200. Agotamiento de la vía gubernativa.

Transcurra el plazo de dos meses sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud que se dirija a un funcionario o autoridad, siempre que dicha solicitud, sea de las que origina actos recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa;

Interpuesto el recurso de reconsideración o apelación, señalados en el artículo 166, se entiende negado, por haber transcurrido un plazo de dos meses sin que recaiga decisión sobre él;

No se admita al interesado el escrito en que formule una petición o interponga el recurso de reconsideración o el de apelación, señalados en el artículo 166, hecho que deberá ser comprobado plenamente;

Interpuesto el recurso de reconsideración o el de apelación, según proceda, o ambos, éstos hayan sido resueltos.

La Ley 38 de 2000, 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 su numeral primero del artículo 201, es un ejemplo claro de los problemas

interpretativos que puede conllevar el restringir un concepto dentro de la Ley para efectos orientadores o de interpretación. Esto 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 Ley de enjuiciamiento civil al ámbito administrativo, en donde el Estado siempre ha tenido una posición diferente a la del administrado.

De acuerdo a 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 (2004), se observa con la aparición de impedimentos y recusaciones, la aceptación de la acción exhibitoria como medio de aseguramiento de prueba, la sana crítica como principio de apreciación de las pruebas, el desistimiento de la petición, 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 este debe ser un procedimiento sencillo, sin formalidades, que le permita a la Administración Pública revisar sus propias actuaciones a instancia del administrado.

Frente a las críticas sobre la judicialización, algunas muy fundadas, la Ley 38 de 2000, representan 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 no existir 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 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 expresa que señala la Ley de Procedimiento Administrativo.

En relación con los recursos que caben en la vía administrativa, antes de la aprobación de la Ley 38 de 2000, estos estaban regulados dentro de la Ley 135 de 1943 de lo contencioso administrativo. Esta Ley en su 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 forma conjunta (reconsideración y apelación) crea lo que se denomina subsidiariedad. Se presenta el recurso de reconsideración con apelación en subsidio, restando al recurrente solamente 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 susidio 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 contenciosa administrativa reguladoras de 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 al modelo español, pero en un exceso de supuestos como ya lo explicamos al analizar el procedimiento administrativo.

## 5.5 El Contencioso Administrativo

La regulación del Contencioso-Administrativo en Panamá, podemos encontrarla en primer lugar, como ya señalamos, en nuestra Constitución Nacional, en el artículo 206, numeral 2:

"Artículo 206: La Corte Suprema de Justicia tendrá entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

(1…)

2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurren en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.

El Código Judicial en sus artículos 97, 98 y 99 señala las competencias de la Sala Tercera en desarrollo del precepto constitucional antes transcrito, incluyéndole otras, que por exclusión le ha correspondido atender: El artículo 97 del Código Judicial señala que a la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades autónomas o semiautónomas. (Lo cual es una reproducción parcial del numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política vigencia)

En consecuencia le otorga competencia para conocer en materia administrativa de lo siguiente:

1. De los decretos, órdenes, resoluciones o Cualquiera actos, sean generales o individuales, en materia administrativa, que se acusen de ilegalidad;
2. De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de los Gerentes o de las Juntas Directivas o de Gobierno, cualquiera que sea su denominación, de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, que se acusen de ser violatorias de las leyes, de los decretos reglamentarios o de sus propios estatutos, reglamentos o acuerdos;
3. De los Recursos Contenciosos en los casos de adjudicación de tierras y de bienes ocultos;
4. De las apelaciones, excepciones, tercerías o cualquier incidente en los procesos por cobro coactivo;
5. De las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos;
6. De las cuestiones que se susciten en el orden administrativo entre dos o más municipios o entre dos o más instituciones autónomas o entre un municipio y la Nación o entre una institución autónoma y la Nación o entre cualquiera de ellas;
7. De los acuerdos o cualesquier acto, resolución o disposición de los Consejos Provinciales, concejos municipales, juntas comunales y juntas locales…;
8. De las indemnizaciones de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado, y de las restantes entidades públicas, por razón de daños o perjuicios causados por actos que esta misma sala reforme o anule…;
9. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad del Estado, y de las restantes autoridades públicas, en virtud de daños o perjuicios…;
10. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos;
11. De la interpretación prejudicial acerca del alcance y sentido de los actos administrativos…;
12. Conocer prejudicialmente sobre la validez de los actos administrativos que deberán servir de base a una decisión jurisdiccional por consulta que al efecto formule la autoridad encargada de administrar justicia;
13. Conocer del Recurso de Casación Laboral…;
14. Ejercer todas las demás atribuciones que el Código de Trabajo atribuye a la Corte de Casación Laboral y;

15. Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales…

Como se puede observar, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia tiene múltiples competencias, muchas de las cuales como ya lo señalamos se le han añadido por exclusión, ya que difícilmente pueden ser competencia de la Sala Penal o la Sala Civil.

Me voy a concentrar en este trabajo, en los procedimientos que guardan relación directa con el artículo 206 de la Constitución, fundamentalmente en los recursos relacionados con los actos administrativos, las disposiciones administrativas y cuando la Sala actúa como intérprete del sentido y alcance de los actos, de su validez de manera extrajudicial. De modo que analizaremos con más detalle los Recursos de Plena Jurisdicción, la Acción de Nulidad, la consulta de Interpretación Prejudicial y la de Apreciación de Validez, y de manera tangencial la acción de reparación directa, por la importancia que reviste el tema de la responsabilidad de la Administración por sus hechos o acciones materiales que no cuentan con un acto administrativo previo que las ampare.

## 5.6 Los Recursos de Plena Jurisdicción y Nulidad

### 5.6.1. Aspectos Comunes a ambos recursos

#### *5.6.1.1. El acceso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

Desde la creación del Tribunal Contencioso-Administrativo, (1943-1956) se puede observar una clara tendencia hacia el formalismo en el acceso a la denominada jurisdicción contencioso administrativa.

En la década de los 70´s se empiezan a construir los criterios en defensa del formalismo para acceder a dicha jurisdicción (Motivos de ilegalidad vs Concepto de la infracción – Auto de 29 de enero de 1973; Demanda del Acto originario vs Acto definitivo – Auto de 5 de abril de 1973).

En la década de los 80´s. se observan autos y sentencias que van consolidando los criterios de la Sala en materia de suspensión de los actos administrativos (Auto de 2 de noviembre de 1983) irrevocabilidad de los actos administrativos (Sentencia de 9 de noviembre de 1983); inadmisión de demandas contra contratos civiles del Estado (Sentencia de 15 de diciembre de 1983) criterios en relación con los

recursos en contra del silencio administrativo (sentencia de 26 de abril de 1984); actos jurisdiccionales vs actos administrativos (auto de 10 de mayo de 1984), rechazo de plano vs inadmisión de la demanda (auto de 11 de septiembre de 1984); actos administrativos particulares y generales (sentencia de 4 de octubre de 1984); contestación de la demanda (auto de 7 de noviembre de 1984) ; principio antiformalista de lealtad procesal, como excepción (auto de 17 de diciembre de 1986); "El demandante no está legitimado para ejercitar la acción de nulidad contra los actos impugnados, puesto que es persona directamente afectada por ellos" (auto de 15 de enero de 1988) "se observa que la demanda referida aduce como documento propio de la supuesta negativa, una fotocopia de un escrito fechado 6 de enero de 1988, que contiene un acuse de recibo del mismo documento un tanto irregular pues no contiene un sello de la dependencia administrativa en la que dice que se presentó el documento...." (Auto de 21 de enero de 1988), lo cual colisiona con el criterio esbozado en el auto de 17 de diciembre de 1986.

En la década de los 90´s se observan autos que mantienen el formalismo en el acceso a la jurisdicción (Auto de 16 de abril de 1991 - la demanda por "defectuosa". Entre los múltiples defectos que se mencionan se indica que el libelo fue dirigido contra todos los magistrados, cuando debió ser dirigida al magistrado Presidente de la Sala, Tampoco se mencionan los apoderados judiciales de la parte demandada); Se inadmite la demanda de plena jurisdicción por no presentar la prueba del silencio administrativo. Se solicita nuevamente que se pruebe mediante la presentación de la solicitud de certificación o en su defecto solicitando que la Sala lo haga previa indicación de la oficina en donde se encuentra (auto de 23 de abril de 1991); Actos de Policía que son sanciones administrativas vs actos dictados en un juicio de policía (auto de 25 de noviembre de 1991); Por otro lado en auto de 27 de junio de 1991, por primera vez, se admite la medida de suspensión provisional dentro de un proceso de nulidad, es decir contra una disposición administrativa, después de 25 años de sostener que dicha medida cautelar no cabía en los mencionados procesos.

En los últimos años se observa un rescate del principio de buena fe, el antiformalismo, la tutela judicial efectiva, el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, entre otros giros en materia de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, que servirán seguramente de base para la revisión de la jurisdicción Contencioso Administrativa, sobre todo en lo referente a las garantías de los administrados cuando solicitan el auxilio jurisdiccional. Es positivo que las nuevas reglas que se aprueben en el futuro, descansen sobre bases doctrinales y jurisprudenciales consolidadas.

## 5.7 Las Medidas Cautelares

Tal como lo sostiene Ábrego en su obra: la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá y la tutela cautelar (2009) en dicha jurisdicción la medida cautelar tradicional es la suspensión provisional del acto administrativo, la cual tiene como finalidad evitar que en un lapso de tiempo no se produzca la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo impugnado que le ocasiona un perjuicio o lesiona un interés subjetivo a quien demanda ante los estrados judiciales.

Hasta el año 1991, no se admitía la suspensión provisional del acto administrativo en las demandas contencioso administrativas de Nulidad; no obstante, esta línea jurisprudencial varió luego del auto de 12 de enero de 1991 emitido por la Sala Tercera, que en atención al principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 2 constitucional, suspendió un acto de la Asamblea Legislativa en virtud del cual se pretendía nombrar una comisión para que se pronunciase sobre la legalidad o no de un acto administrativo, por cuanto dicha función es exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

De allí en adelante como lo reseña Abrego (2009) de igual manera, se procedió a la suspensión provisional de una acto administrativo emitido por el Ministerio de Educación, en virtud del cual se pretendía someter al control de precios las matrículas de los colegios particulares, ya que dicho acto es de competencia de la Asamblea Legislativa, por así disponerlo el artículo 90 de la Constitución Política.

En relación a los supuestos procesales de la medida cautelar de suspensión, Ábrego (2009) los sistematiza de la siguiente manera:

Que la demanda sea presentada en debida forma. Lo cual es considerado esencial, ya que la demanda que no cumpla con las exigencias de la acción es inadmitida por la Sala Tercera de la Corte Suprema y la misma suerte correrá la solicitud de suspensión.

Que el acto administrativo sea acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Que sea solicitada por el actor.

Que exista apariencia de buen derecho (Fumus Bonis Iuris) En relación al cumplimiento de esta exigencia y la discusión sobre si la suspensión provisional conlleva un adelanto de la decisión de fondo, el auto de 14 de marzo de 2001 mediante el cual se procedió a suspender una regulación de la Comisión Nacional de Valores señaló lo siguiente:

"Una vez analizados los argumentos esgrimidos por el demandante, la Sala considera que debe acceder a la petición de suspensión provisional, toda vez que de un examen preliminar de los cargos de violación de las disposiciones legales citadas como infringidas, la Sala estima que el acto acusado parece violentar lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 8 del Decreto Ley N°1 de 8 de julio de 1999 que crea la Comisión Nacional de Valores. Esto es así, puesto que dicho artículo le atribuye a la Comisión Nacional de Valores la facultad de expedir, suspender, revocar y cancelar las licencias de los corredores de valores, sin embargo, no le atribuye facultad de crear nuevos requisitos para la obtención de dichas licencias, tal y como lo hace la Comisión Nacional de Valores en la opinión impugnada.

Por otra parte, a criterio de las Sala, prima Facie se advierte que de no accederse a la suspensión del acto impugnado, se pueden causar graves perjuicios económicos, no sólo a los corredores de valores, sino también a la actividad del mercado de capitales en nuestro país.

No obstante lo anterior, esta decisión no debe considerarse un pronunciamiento anticipado en relación con la pretensión de fondo del demandante, ya que sólo al resolverse la controversia se determinará la legalidad o ilegalidad del acto demandado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de los Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SUSPENDE PROVISIONALMENTE los efectos de la Opinión de Oficio de 12 de octubre de 2000, expedida por la Comisión Nacional de Valores".

Periculum in mora. El artículo 73 de la Ley 135 de 1943, modificada por la ley 33 de 1946, dispone lo siguiente: "El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en pleno puede suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si, a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave". De manera que además de la apariencia de buen derecho, debe probarse que hay un peligro en la dilación de la decisión final del Tribunal. Respecto a la sustentación del "periculum in mora" Ábrego (2009) cita a Molino Mola (2002) ex magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema, quien advierte al respecto que: "No hay duda que existen casos en que los perjuicios pueden ser patentes, claros, perceptibles y en estas condiciones no será necesario una explicación detallada, pero si una explicación breve que refuerce la solicitud del recurrente. El perjuicio debe ser grave, actual, patrimonial y de difícil reparación. Este es el elemento más importante de la solicitud".

Prueba preconstituida. Como lo sostiene Ábrego (2009) habrá que darle continuo seguimiento a la jurisprudencia de la Sala, debido a que cumplir con esta exigencia es sumamente complejo, fundamentalmente en las demandas de plena jurisdicción donde se reclama el restablecimiento de derechos subjetivos, ya que al alegar que el acto administrativo le ocasiona perjuicios de orden económico, debe acompañar su solicitud, por ejemplo, con los estados financieros, que en la mayoría de las ocasiones no logran su cometido, es decir, no convencen al magistrado sustanciador de la solicitud de medida cautelar, de la necesidad de suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo.

La urgencia. Debe indicarse que la protección que se busca del Tribunal es urgente; ya que de continuarse produciendo los efectos del acto administrativo o de la disposición administrativa estas pueden ocasionar un perjuicio notoriamente grave e irreparable. La Sala tendrá que hacer una difícil valoración entre el interés particular y el interés público, en donde generalmente prima el segundo sobre el primero.

Agotamiento de la vía gubernativa. Esto es aplicable a la medida cautelar solicitada en los recursos de plena jurisdicción.

En relación con las características de la suspensión del acto administrativo y de las disposiciones administrativas en la legislación panameña, siguiendo a Ábrego (2009), se pueden expresar las siguientes:

Se concede o no, inoída parte. Sin embargo, esta característica se ha visto flexibilizada por la Jurisprudencia de la Sala Tercera como lo ha explicado Arjona (2004) que señala en cuanto a la misma lo siguiente:

"No obstante lo anterior, en los últimos años la Sala Tercera ha venido realizando una interpretación lo más cercana posible a la protección que otorga el debido proceso, en lo que respecta a la posibilidad de ser oído en juicio.

De esta forma, y sólo en situaciones verdaderamente excepcionales o de gran relevancia (para no afectar la naturaleza de las medidas cautelares), se ha optado por decidir solicitudes de suspensión provisional de actos administrativos, y una vez se hayan surtido los traslados y realizado las notificaciones pertinentes, para dar oportunidad a todos lo razonablemente interesados en el tema discutido, de que informen al Tribunal sobre los hechos y circunstancias que subyacen en el proceso.

Aunque la actuación de la Sala Tercera en estos casos no ha estado exenta de crítica, es importante subrayar que se trata de supuestos

de excepción, que persiguen como finalidad esencial dotar al Tribunal de mejores elementos de juicio, antes de decidir sobre la suspensión de actos administrativos, especialmente en aquellos casos en que las consecuencias que se deriven de la adopción de dicha medida, pueda ocasionar gravísimos detrimentos tanto a las partes involucradas en la contienda, como a terceros interesados".

La decisión sobre la medida es discrecional. El carácter discrecional de la suspensión provisional del acto administrativo impugnado ha sido reconocida jurisprudencialmente, tal como se expresó en a través del auto de 30 de abril de 2003, dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera: "Conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley 135 de 1943 y la línea jurisprudencial sistemática de la Sala Tercera de la Corte, la suspensión provisional del acto administrativo es una medida discrecional que puede adoptar el Tribunal, si a su juicio ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave o una infracción manifiesta al ordenamiento legal.

El auto que decide sobre la medida cautelar es recurrible. Sobre este tema tal como lo documenta Ábrego (2009), ha habido dos corrientes jurisprudenciales. Por ejemplo, el ex Magistrado Molino Mola (2002), sostiene que la decisión es irrecurrible en atención a que la misma es decretada de manera discrecional y además, porque "… cuando no se ha admitido la demanda no cabe hablar de partes procesales propiamente, siendo estas las únicas que pueden interponer recursos. Al respecto, en el auto de 8 de junio de 2000, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia negó un recurso de reconsideración a la decisión de esta Sala de no acceder a la suspensión provisional del acto administrativo recurrido, lo cual se sustentó de la siguiente manera: "En conclusión, tenemos que conforme a los planteamientos doctrinales y el criterio jurisprudencialmente establecido en la última década impiden que este Tribunal, en razón de la interposición de un Recurso de Reconsideración, pueda analizar y determinar la viabilidad de la suspensión provisional de un acto administrativo que ya fue objeto de un pronunciamiento anterior. Lo procedente en estos casos es formular una nueva petición de la medida cautelar cuya declaratoria se pretende obtener.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, Rechaza de Plano, por improcedente, el recurso de reconsideración promovido por la forma forense Arosemena y Arosemena, contra el auto de 15 de marzo de 2000".

La otra corriente está representada por Arjona (2004), quien afirma que no debe coartarse la posibilidad de "…Suscitar un reexamen de la situación a través del recurso de reconsideración, ya que no hay norma legal que lo prohíba. La discrecionalidad, en otras palabras, no significa, a mi entender, que el acto es irrecurrible".

De acuerdo a recientes pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte (13 de abril de 2007; 31 de agosto de 2007; 22 de noviembre de 2007 y 18 de noviembre de 2008) se ha adoptado la última corriente que defiende que el auto por medio del cual se accede o niega la medida cautelar es recurrible.

Cuestión de previo y especial pronunciamiento. La suspensión provisional del acto administrativo puede ser solicitada en cualquier etapa del proceso contencioso administrativo, pero debe ser decidida con antelación a la decisión final del caso antes de decidir el fondo del negocio jurídico.

No requiere fianza. A diferencia de las medidas cautelares en la jurisdicción civil, la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo o disposición administrativa impugnada, no requieren de una fianza o caución, como requisito para que se decrete o no la misma. En materia de contratación estatal, el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas exige una fianza para la presentación de impugnaciones de la resolución de adjudicación y demás actos dentro del procedimiento de contratación. Igualmente en materia de adquisición de medicamentos e instrumental médico quirúrgico, la Ley 51 de 2005 establece la obligación de presentar una fianza por el 15% del valor de la propuesta a todo contratista que pretenda impugnar ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo las adjudicaciones en dichas licitaciones. Lo anterior, representa una excepción a la regla general, que tiene una finalidad, pero que no se compagina claramente con las características de la medida cautelar relacionas con la discrecionalidad del Tribunal. Pareciese que se está exigiendo una caución por el derecho a presentar el recurso ante la Sala, cuando la fianza no es un requisito de dicho recurso, además de que la fianza citada, exigida en materia de medicamentos e instrumental médico quirúrgico, no garantiza de ninguna forma la suspensión del acto de adjudicación.

## 5.8 El Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción

Una vez analizados aspectos comunes a ambos recursos, voy a analizar las características particulares del recurso de plena jurisdicción. Maruja Galvis (2008) en su obra: Los requisitos formales de la demanda contenciosa administrativa de plena jurisdicción, hace un recorrido profundo y detallado de los aspectos procesales de esta demanda, por lo que vamos a utilizar en gran medida su trabajo como hilo conductor de este apartado.

Esta autora divide los presupuestos procesales de la demanda de plena jurisdicción en los requisitos formales de la acción y los requisitos formales de la demanda. Los primeros son los que debemos tomar en cuenta antes de redactar la demanda y los segundos cuando estamos en el proceso de redacción del libelo de la misma. Lo anterior no es más que una muestra del excesivo formalismo de la demanda contencioso administrativa en Panamá, a pesar de los avances de la jurisprudencia, lo cual ya debería estar superado.

### 5.8.1 Requisitos de la Acción

El acto que se ataca a través de la demanda de plena jurisdicción debe ser un acto administrativo expedido por un servidor público y debe ser de naturaleza administrativa.

Una de las críticas que enfrenta el contencioso administrativo en Panamá, es que a pesar de la adopción de la doctrina de la tutela judicial efectiva, observamos que en las normas, el recurso contencioso administrativo tiene que ser presentado contra actos administrativos y no sobre las pretensiones existentes sobre los actos administrativos, lo cual es fundamental para que el sistema evolucione. Por otro lado, contamos con una definición restrictiva de acto administrativo, de carácter procesal, adoptada con la aprobación de la Ley 38 de 2000, cuyo texto es el siguiente:

Art. 201. Los siguientes términos, utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

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; procedimiento, 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. (Lo subrayado es mío)

El acto como lo señala la definición, debe ser un acto de naturaleza administrativa, expedido por alguno de los entes que componen la Administración, lo cual no solamente incluye al Órgano Ejecutivo, sino también al Órgano Legislativo y el Judicial, siempre que su actuación sea de naturaleza administrativa.

En relación a los servidores públicos, la Ley 38 de 2000 los define como la persona que ejerce funciones, temporal o permanentemente, en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas, que presta un servicio personal, o aquellos particulares que por razones de su cargo manejan fondos públicos y, en general, la que perciba remuneración del Estado.

Como ejemplo práctico de casos en que el acto no ha sido emitido por un servidor público, Galvis (2008) cita el auto de 9 de diciembre de 1998, en el que se inadmitió una demanda plena jurisdicción contra un acto emitido por la Federación Nacional de Billar: "Revisado el libelo de la Sala, advierte que la presente demanda se fundamenta en un acto proferido por la Federación Nacional de Billar, la cual no pertenece a la Administración Pública. Las Federaciones son `genéricamente, unión, alianza, liga de sociedades, asociaciones o grupo, con determinadas afinidades y un fin común. Es palabra grata en lo sindical y en lo deportivo´ (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV…) De acuerdo a lo anterior la Federación Nacional de Billar no puede emitir un acto administrativo por su naturaleza netamente privada, por tanto esta Sala carece de competencia para conocer del presente negocio, tal como lo dispone el artículo 98 de la Ley 135 de 1943, reformada por la Ley 33 de 1946".

El acto administrativo debe haber vulnerado un derecho subjetivo

Aunque excepcionalmente se puedan demandar disposiciones administrativas por violar derechos subjetivos, a través de una demanda de plena jurisdicción, lo habitual es que la violación de dichos derechos se lleve a cabo a través de actos administrativos demandables por medio de un recurso de plena jurisdicción.

El artículo 201 de la Ley 38 de 2000, define el derecho subjetivo como "el que corresponde a título personal o individual a una persona natural o jurídica". En muchas ocasiones, la Sala Tercera inadmite demandas de plena jurisdicción debido a que el acto administrativo demandado no lesiona derechos subjetivos particulares, sino que se trata de actos generales que debieron ser impugnados mediante una demanda de nulidad. En este sentido resulta descriptivo citar un extracto del auto de 25 de mayo de 2007: "La representación legal de la Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (En adelante EDEMET) a través de demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, solicita a la Sala, la declaratoria de nulidad por ilegal del acto administrativo contenido en la Resolución AN-N°329-Elec de 9 de octubre de 2006 dictada por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (en adelante ASEP), por la cual se aprueba el área representativa, las empresas comparadoras y los parámetros de las ecuaciones de eficiencia, para el período de julio de 2006 a junio de 2010.

Contra la referida Resolución emitida por el Administrador General de la ASEP, la firma mandante de EDEMET interpuso recurso de reconsideración solicitando su revocatoria. Tal recurso fue resuelto por la Autoridad…que rechazó de plano la acción básicamente en consideración, entre otras cosas a que: Debido a que la resolución objeto del recurso de reconsideración en comentario, no crea situaciones jurídicas personales y/o individuales, y por tanto, no se refiere personas determinadas, la misma no decide una situación concreta que afecte derechos subjetivos, particulares o individuales de una sola persona, pues no decide el fondo, ni le pone término a una proceso instaurado en esta Autoridad. El panorama expuesto, permite colegir que el acto sujeto de impugnación a través del recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción…no constituye un acto susceptible de ser impugnado mediante la demanda ensayada, por cuanto el mismo se trata de un acto general que no representa la afectación de un derecho subjetivo singular. El acto general en nuestro medio es recurrible ante la Sala mediante la acción de nulidad…".

Galvis (2008) considera, que otro aspecto que se debe tener presente respecto a este tema, está relacionado a que de manera reiterada la Sala Tercera ha mantenido el criterio de que frente a un acto administrativo particular, el recurrente tiene que solicitar obligatoriamente la nulidad del acto y el restablecimiento del derecho vulnerado o del derecho particular violado, pero en casos excepcionales, la Sala ha sostenido que hay situaciones especiales en las cuales no es necesario que expresamente se pida el restablecimiento de dicho derecho. La Sala Tercera ha sostenido, que se pueden dar casos en que únicamente pidiendo la anulación del acto por ilegal, se restablezca el derecho particular lesionado, lo cual se da por ejemplo, en los casos en que se recurre contra una multa expedida por una institución con potestad sancionadora.

El criterio tradicional se puede observar en el auto de 25 de noviembre de 1997: "Otro de los defectos que presenta el libelo es el hecho que el demandante a través de una demanda de plena jurisdicción solicita a esta Sala que se declare solamente la nulidad de lo actuado, cuando en reiteradas ocasiones se ha sostenido que las demandas de plena jurisdicción debe solicitarse la declaratoria de nulidad por ilegal, además del restablecimiento del derecho subjetivo que ha sido afectado. Si el recurrente solo pretendía la nulidad del acto impugnado debió presentar una demanda de nulidad en lugar de una de plena jurisdicción".

Mientras que el criterio excepcional se plasma claramente en el auto de 22 de julio de 2003: "En este orden de ideas, la Sala debe expresar que no en todos aquellos casos en que se impone una demanda de plena jurisdicción es necesario pedir declaraciones adicionales a la nulidad del acto acusado. Si bien éste constituye un elemento característico de este tipo de demandas, existen situaciones excepcionales en las que, la sola declaratoria de nulidad del acto o actos acusados trae consigo la reparación o restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, tal como sucede en el presente caso, en que la eventual nulidad de la resolución impugnada dejaría sin efectos la concesión de uso de agua otorgada a la sociedad Los Naranjos Overseas, S.A.".

Otro aspecto que Galvis (2008) destaca en su obra y que merece una especial mención y análisis, es la presentación conjunta ante la Sala Tercera, entre las mismas partes y contra el mismo acto, de una demanda de nulidad y de plena jurisdicción.

En jurisprudencia de 27 de noviembre de 1964, al respecto se señaló lo siguiente: "La Sala considera que para confirmar el auto proferido por el Magistrado Sustanciador basta sólo con tener en cuenta que

ante la jurisdicción contencioso administrativa resulta antijurídico interponer conjuntamente las acciones de plena jurisdicción y de acción popular, pues cada una de ellas tiene presupuesto procesal específico y persigue objetivos distintos. En la de plena jurisdicción se pide la nulidad del acto que se acusa para obtener como consecuencia el reconocimiento del derecho particular vulnerado, en la popular o pública la nulidad del acto se solicita en interés general para lograr el restablecimiento del orden jurídico lesionado. Si como en el caso presente esas dos acciones se proponen simultáneamente, es claro que la improcedencia de la demanda es manifiesta."

Considera la citada autora, que en casos como estos, en que excepcionalmente se presenten los dos tipos de demandas contra un mismo acto y por las mismas partes afectadas, la Sala al pronunciarse sobre la demanda de nulidad la debe rechazar, explicándole al recurrente que ambas demandas por su propia naturaleza tienen objetivos y características distintas y que si lo que se persigue es el restablecimiento del derecho subjetivo, lo que debe interponerse es la de plena jurisdicción, en estos casos si la de plena jurisdicción cumple con los requisitos procesales debería entonces ser admitida ésta y denegada la de nulidad. Lo cierto es que hay situaciones excepcionales donde se observan actos administrativos de carácter general que pueden afectar derechos subjetivos que merecerían un estudio particular respecto a los efectos de la declaratoria de nulidad y la posibilidad de que puedan ser demandados por las mismas partes.

Debe tratarse de un acto que no esté excluido por la propia ley o por su propia naturaleza, de ser conocido por la jurisdicción contenciosa.

## 1. ACTOS EXCLUIDOS POR LEY

### *1.1. Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden del orden administrativo que tengan origen en un contrato civil celebrado por la Nación o el Municipio*

Antes de la aprobación de la Ley 56 de 1995, subrogada por la Ley 22 de 2006, era más fácil sustentar la existencia de contratos civiles de la administración y en la jurisprudencia se podían observar autos y sentencias que hacían referencia a esta diferenciación.

*1.2. Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil*

Los actos que emiten en ejercicio de la función de policía a los que hace mención el Código Administrativo, son los dictados por los Alcaldes, Gobernadores, Corregidores, Jueces Nocturno, y todos los actos expedidos por la policía moral y material, de la cual hace parte la policía sanitaria, policía marítima, policía de tránsito, entre otras. Por ejemplo, también son autoridades de policía el Cuerpo de Bomberos, y algunos otros funcionarios a quienes las diferentes leyes les otorgan esta facultad.

La Ley que regula cada una de estas autoridades de policía señala el procedimiento que éstos deben seguir al expedir un acto de policía, y los recursos con que cuenta el afectado con la medida, pero una vez agotada la vía administrativa no es posible acudir al contencioso administrativo.

Es necesario identificar con claridad cuando las autoridades de policía emiten resoluciones en un juicio de policía actuando como tales, y cuando actúan como autoridades administrativas y dictan actos administrativos que si son recurribles ante el contencioso administrativo.

*1.3. Las correcciones disciplinarias impuestas al personal de la Fuerza Pública y del Cuerpo de Policía a ella asimilado, excepto cuando impliquen suspensión, postergación para el ascenso o separación del cargo de empleados inamovibles, según la Ley*

*2. Actos excluidos por su propia naturaleza*

Comenta Galvis (2008) que si no se encuentra el acto administrativo en la enumeración de los actos no acusable ante la Sala Tercera, establecidos en el artículo 28 de la Ley de lo Contencioso, pero se trata de un acto sobre el que dicha Sala por la naturaleza del acto, no tiene competencia para conocerlo, tampoco procedería la demanda de plena jurisdicción. La pregunta que cabe hacerse es ¿cuándo hay falta de competencia?

El artículo 91 de la Ley 135 de 1943, expresa que hay incompetencia de jurisdicción:

Cuando por naturaleza del asunto, o por disposición de la ley, el conocimiento del negocio corresponde a funcionario o corporación distinta del Tribunal de lo Contencioso Administrativo;

Cuando recusado un magistrado continúa conociendo del negocio, después de que se le ha solicitado el informe prevenido en el inciso segundo del artículo 82.

En los demás casos señalados en las disposiciones legales.

En relación a cuales serían estos casos, Galvis (2008) señala que los mismos han sido señalados por la doctrina y la jurisprudencia panameña, y los sistematiza de la siguiente forma:

### *2.1. Los actos políticos de gobierno*

Tal como lo sostiene Galvis (2008), esta exclusión tiene su fundamento en la denominada teoría de los actos de Gobierno, la cual ha sido aceptada por la jurisprudencia, pero que no goza de unanimidad, y destaca lo señalado por José Dolores Moscote en la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 135 de 1943), en donde se cita lo que debe entenderse por acto de gobierno: "En la forma que el constituyente le ha impreso a la jurisdicción contenciosa, nada hay que coarte la libre iniciativa de la Administración, ya sea esta nacional, provincial o municipal, para realizar actos dictar disposiciones y órdenes, la mayor parte de las cuales escapan al control de la jurisdicción, ya porque son puras manifestaciones de la función político-gubernativa, campo extraño a lo contencioso, ya porque se hallan amparados por otras garantías constitucionales o legales dentro de las cuales procede el ejercicio de la jurisdicción contenciosa".

### *2.2. Los actos jurisdiccionales.*

La jurisprudencia de la Sala Tercera ha rechazado un sinnúmero de demandas por constituir actos jurisdiccionales, los cuales no pueden ser impugnados ante lo contencioso administrativo por disposición legal. En este sentido hay situaciones que son claramente identificables como actos jurisdiccionales mientras que hay otras que han estado sujetas a debates profundos, no siempre sin contradicción, dentro de la Sala. Por ejemplo, el auto de 5 de marzo de 1996 se solicitó que la Sala declarase a nulidad del auto proferido por el Juez Primero de Circuito de Veraguas, ramo civil. En relación a esta solicitud, la Sala sostuvo lo siguiente: "Quien suscribe estima que dicho auto, constituye un acto meramente jurisdiccional, mismo que no puede ser impugnado ante esta jurisdicción contenciosa administrativa. El artículo 97 de Código Judicial establece claramente que la Sala Tercera conoce de los actos que dicten las autoridades administrativas o jurisdiccionales en materia administrativa".

Sobre las situaciones sujetas a mayor debate y discusión, en el auto de 12 de octubre de 2004 se discutió si la resolución emitida por la Dirección General de Aduanas, hoy Autoridad de Aduanas era de naturaleza administrativa o un acto jurisdiccional, excluido del conocimiento de la Sala: "…Quienes suscriben observan que la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Economía y Finanzas se fundamentó legalmente en el procedimiento administrativo en materia fiscal contenido en el Libro VII, Título I, Capítulo I del Código Fiscal, y no en el procedimiento a seguir en casos de delitos penales aduaneros.

Es palpable a fojas 5 y 12 del expediente en estudio, que los recursos presentados ante la Dirección General de Aduanas fueron resueltos teniendo como uno de sus fundamentos legales el artículo 1238 del Código Fiscal, que establece que una vez agotada la vía gubernativa se permite recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa dejando de forma clara que sí es un acto acusable ante la jurisdicción contencioso administrativa…

…En concordancia, podemos observar que la Ley 30 de 1984, por la cual se dictan medidas sobre el Contrabando y la Defraudación Aduanera y se adoptan otras disposiciones, señala en su artículo 79 y 83 que la Comisión de Apelaciones Aduaneras conocerá en segunda instancia de los ilícitos penales aduaneros. Situación que en este caso no se ha concretado por tratarse de materia administrativa, misma que para a Dirección General de Aduanas no constituye un delito de defraudación aduanera".

El acto que se pretende impugnar debe ser un acto administrativo que causa estado, es decir, debe tratarse de un acto definitivo.

La Sala Tercera en reiteradas ocasiones ha inadmitido demandas de plena jurisdicción por considerar que el acto impugnado no es un acto definitivo, es decir, que contra él cabían recursos ante la vía gubernativa, o que solamente eran actos preparatorios del acto definitivo.

Se debe recurrir el acto administrativo a través del agotamiento de la vía gubernativa, antes de presentar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción.

La Sala ha reiterado a través de su jurisprudencia, que para que se verifique la existencia del silencio administrativo, el apoderado judicial debe acompañar junto con su demanda, copia autenticada de la solicitud o recurso administrativo interpuesto, el cual no ha sido resuelto dentro del término de dos meses desde la fecha en que se

interpuso. Igualmente ha determinado, que para que la parte actora pueda comprobar que la administración no se pronunció sobre su solicitud o recurso, debe acompañar su demanda con copia autenticada del escrito o memorial donde se requiere a la autoridad administrativa que certifique si la solicitud o recurso interpuesto ha sido resuelto dentro del término establecido por la ley.

Si se negare la institución a expedir la certificación, el recurrente debe expresarlo claramente en la demanda y debe proponer en el libelo que la Sala Tercera proceda de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 46 de la Ley 135 de 1943, es decir, debe realizar una petición especial al Magistrado Ponente para que solicite a la Administración un informe y constatar así, si se pronunció sobre la petición o los recursos interpuestos.

Debe verificarse que la acción no esté prescrita.

El artículo 42b de la Ley 135 de 1943 al respecto señala lo siguiente:

"La acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa".

Galvis (2008) en su obra, hace una interesante relación de las normas que se aplican de manera supletoria y las decisiones de la Sala Tercera en relación con la prescripción de la acción de plena jurisdicción:

El Artículo 509 del Código Judicial al respecto señala lo siguiente: "Los términos legales corren por ministerio de la Ley sin necesidad de que el juez exprese su duración: Los de días teniendo en cuenta únicamente los días hábiles, y los de meses y años según el calendario, pero cuando sea feriado o de fiesta nacional el último día del término, este se prolongará hasta el próximo día hábil…"

El artículo 34e del Código Civil por su parte señala:

"Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Poder Ejecutivo, o en las decisiones de los Tribunales de Justicia, se entenderá que han de ser completos, y correrán, además, hasta la medianoche del último día de plazo.

El primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 o 31 días, y el plazo de un año de 365 o 366 días, según los casos. Si el mes en que ha de prin-

cipiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses exceda al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes. Se aplicará esta regla a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y en general a Cualquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos e las autoridades nacionales, salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa".

En relación con las decisiones jurisprudenciales, la Sala Tercera en auto de 20 de marzo de 1997 señaló que: "…En el presente caso el demandante se notificó personalmente el 19 de diciembre de 1996 del acto que agotó la vía gubernativa, e interpuso la demanda ante la Sala el 20 de febrero, es decir, al día siguiente de haber precluido el aludido término de prescripción de la acción.".

Como se puede observar, el criterio que ha adoptado la Corte, ha sido e que señala que los dos meses se cuentan desde el mismo día en que se notificó o publicó el acto, o se realizó el hecho, y se vence el correspondiente día del segundo mes.

En relación a los actos publicados que pueden afectar derechos subjetivos el auto de 2 de julio de 1997 señaló, respecto a un acto demandado, publicado en la gaceta oficial en una fecha, pero con efectos en una fecha posterior, lo siguiente: "El resto de los Magistrados que integran la Sala consideran que no le asiste la razón al apelante, toda vez que la acción contencioso administrativa interpuesta es, a todas luces, extemporánea. Esto es así, pues, si bien es cierto que el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 374 establece que el nombramiento del representante de los pensionados y jubilados ante la Caja de Seguro Social empezaba a surtir efectos a partir del 2 de febrero de 1997, también es cierto que es mediante la publicación decreto en la Gaceta Oficial, el 2 de enero de 1997, a través de la cual se le da publicidad al acto y se notifica a terceras personas del mismo, es decir, es la publicación del acto en la Gaceta Oficial la que causa estado contra la señora Carmen Gamboa Weeden quien, por este medio, debe darse por notificada del mismo".

### *Requisitos del Libelo de la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción*

Se debe establecer textualmente el nombre o denominación de la demanda y que se trata de una "Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción".

Si bien este criterio se ha flexibilizado a través de la jurisprudencia de la Sala, la misma acogerá la demanda cuya identificación no sea la correcta, si se desprende del contenido de ésta, cual es la pretensión solicitada.

La demanda debe estar dirigida al Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

En el auto de 7 de agosto de 1997, la Sala señaló que "primeramente se observa que el recurrente dirige su demanda a "Los Honorables Magistrados de la Sala Tercera", contraviniendo con tal proceder lo preceptuado en el artículo 102 (ahora 101) del Código Judicial, que expresamente dispone que toda demanda presentada ante algunas de las Salas de la Corte Suprema, deben dirigirse al Magistrado Presidente de la Sala". Sin embargo, como la aclara Galvis (2008), este defecto por sí solo no acarrea la inadmisión de la demanda, pero la Sala se lo advertirá al recurrente expresamente, lo cual se puede observar en autos de manera reiterada.

Se debe designar correctamente los datos generales de las partes

La demanda de plena jurisdicción es personal, subjetiva, sólo tienen derecho a intervenir en las mismas, como lo señala el artículo 43b de la Ley 135 de 1943, las personas que acrediten un interés en el resultado del juicio, que pueden presentarse como parte coadyuvante u opositora cuando el juicio ya se ha iniciado, para lo cual el titular del derecho subjetivo debe haber accionado y haber sido admitida la demanda.

Se debe señalar claramente los datos generales de la parte demandante

El actor es la persona legitimada para demandar por ser el titular del derecho subjetivo lesionado; el demandado, es el organismo contra el cual se dirige la demanda y de la cual se espera obtener la reparación por el derecho conculcado, y la Procuraduría de la Administración, es quien actúa en defensa del acto impugnado, y en interés de la Ley en el caso de las demandas de nulidad. Aclarado esto, en reiterados autos se ha hecho mención de la legitimidad, la cual recae en la persona afectada por el acto administrativo, sin perjuicio del reconocimiento jurisprudencial de los derechos difusos cuando existen asociaciones que no cuentan con personería jurídica.

Se debe designar correctamente la parte demandada y que en estos casos es el funcionario administrativo

Se debe mencionar específicamente al funcionario que emitió el acto administrativo, y no es permitido colocar a diferentes funcionarios de forma alternada. En reiterados autos se ha destacado la importancia de esta formalidad, que ha acarreado inadmisiones de demandas, aunque el criterio ha variado con el tiempo y la inadmisión se dicta por la acumulación de dicho incumplimiento junto con la omisión de otras formalidades.

Se debe designar claramente los datos generales del representante o apoderado legal y acreditarse la representación

Se debe señalar como parte al Procurador de la Administración

Se debe demandar siempre el acto originario, a menos que se haya interpuesto un recurso y en éste se haya revocado la decisión primigenia

Como lo destaca Galvis (2008), la jurisprudencia de la Sala Tercera, siempre ha mantenido el criterio de que hay que demandar el acto primigenio que es el que causa estado y no es indispensable (aunque se puede hacer y es recomendable) que se dirija también contra el acto confirmatorio. Es decir se pueden demandar ambos, pero nunca omitirse pedir la nulidad del originario, pues esto puede generar la inadmisión de la demanda.

Si se van a demandar diferentes actos administrativos, aunque estén relacionados entre sí, debe presentarse la demanda de manera individual o separada de cada uno de ellos. Sólo la Sala Tercera tiene potestad de acumular acciones

Expresar claramente los hechos u omisiones fundamentales que dieron origen a la solicitud de nulidad del acto impugnado

Se debe expresar claramente las pretensiones de la demanda, es decir lo que se demanda

Este requisito del libelo hace referencia a la pretensión. La demanda debe describir de forma precisa lo que se pretende. Es necesario solicitar la nulidad del acto administrativo acusado, la reparación del daño y la indemnización por estos daños y perjuicios, si es lo que se persigue adicionalmente. En reiterados autos se observa la inadmisión de la demanda por la omisión o falta de claridad en la pretensión: "observa quien suscribe que el libelo de la demanda incoada adolece de una grave deficiencia toda vez, que el apoderado judicial de la parte actora al exponer su pretensión, únicamente pide la revocatoria de la resolución…obviando solicitar el restablecimiento o reparación del derecho subjetivo lesionado.

Ha sido jurisprudencia constante de esta Sala señalar que en las acciones de plena jurisdicción es un requisito formal solicitar además de la declaratoria de nulidad del acto acusado, el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, tal como lo establece el inciso primero del artículo 29 de la ley 33 de 1946".

Se recomienda hacer una Petición Especial al Magistrado Sustanciador solicitando la suspensión del acto administrativo en la misma demanda

Como lo sostiene Galvis (2008) apoyada por Ábrego (2009), la medida cautelar susceptible de ser solicitada ante la Sala Tercera en un proceso contencioso administrativo, es la suspensión provisional del acto impugnado. Concordamos con Galvis en que cuando se revise y reforme la legislación de lo contencioso administrativo en Panamá, la inclusión de otras medidas cautelares en la misma debe ser una prioridad, en atención a que no en todos los casos resulta adecuada la medida de suspensión del acto.

Deberían contemplarse las medidas de protección en general: El embargo, el secuestro, la inscripción de la demanda cuando pueda afectar el dominio o derecho real sobre bienes inmuebles o muebles, entre otras medidas que evitarían que la sentencia de fondo sea inocua. En todo caso, mientras no exista otra posibilidad, debe solicitarse la suspensión del acto impugnado, y debe hacerse expresamente en la demanda como una petición o solicitud especial.

Se debe citar y explicar claramente las disposiciones violadas, y es imprescindible explicar el concepto de la violación.

Este es un requisito que requiere un análisis lógico jurídico de los hechos, las normas vulneradas y el concepto en que fueron violadas. El demandante debe señalar en su opinión, por qué considera que determinados artículos de la Ley han sido violados por el acto impugnado y el concepto en que lo han sido.

Con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 38 de 2000), se derogó expresamente el artículo 26 de la Ley 135 de 1943. Este artículo establecía textualmente que se debían explicar en la demanda cuáles eran los motivos de ilegalidad y que éstos comprendían tanto la infracción literal de los preceptos legales como la falta de competencia o de jurisdicción del funcionario o de la entidad que haya dictado el acto administrativo, o el quebrantamiento de las formalidades que deben cumplirse y la desviación de poder.

Al darse esta derogatoria, la Sala no exige que se señalen los motivos de ilegalidad sino que lo importante es que se debe señalar clara y nítidamente las disposiciones legales violadas por el acto administrativo y expresar el contenido de éstas textualmente, mencionarlas no es suficiente, hay que transcribirlas íntegramente. En cuanto al concepto de la infracción el mismo debe sustentarse en la Violación Directa de las normas, ya sea por comisión u omisión; la indebida aplicación de las normas; o por errónea interpretación. La jurisprudencia panameña se ha encargado de desarrollar detalladamente en qué consiste cada uno de estos conceptos.

No se puede invocar como infringidas, normas constitucionales

En las demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción, no se puede invocarse como disposiciones violadas, normas constitucionales, ya que el análisis de las mismas está reservado al Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, excepcionalmente la Sala ha admitido demandas cuando junto a otras normas de rango legal se citan como infringidas normas constitucionales, ya que este sólo defecto no amerita la inadmisión.

Se debe presentar copia del acto acusado si es escrito, y si es un acto administrativo expedido verbalmente, la existencia de este también debe comprobarse

Se debe presentar junto con la demanda las pruebas con las que se cuente

Como lo aclara Galvis (2008), las pruebas referentes a la copia del acto acusado, los recursos interpuestos y resueltos, o el silencio administrativo, las relacionadas con la legitimidad de la parte demandante, siempre tienen que acompañarse con la demanda, ya que estas serán examinadas al momento de la admisibilidad.

Las demás pruebas pueden acompañarse con la demanda o dentro del periodo probatorio que es de cinco días desde el momento en que se notifica personalmente la admisión de la demanda, plazo dentro del cual se deben presentar o aducir las que el recurrente considere necesarias.

Describir las normas de derecho y las leyes que sirven de fundamento a la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción

### *5.8.2. Las Pruebas en el Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción*

Tal como lo destaca Arauz (2004), en los procesos contenciosos administrativos no tienen un régimen probatorio propio. Por mandato del artículo 57c de la Ley 135 de 1943, se aplican supletoriamente en esta materia, las disposiciones del Libro Segundo, Procedimiento Civil, del Código Judicial, lo que obliga a acudir a estas normas en caso de vacíos en el procedimiento. La Ley de lo contencioso administrativo solamente contiene algunas reglas en materia probatoria relacionadas con la presentación de la demanda y la etapa de práctica de pruebas.

### *5.8.3. Alegatos*

De acuerdo al artículo 39 de la Ley 33 de 1946, las partes pueden presentar un alegato escrito respecto del litigio, dentro de los cinco días siguientes al término fijado para practicar pruebas.

## 5.9 La sentencia

Las sentencias de la Sala Tercera, quedan ejecutoriadas cinco días después de la notificación personal o una vez hecha la notificación por edicto, salvo que como lo señala Arauz (2004), se pida aclaración de los puntos obscuros de la parte resolutiva, o que se solicite alguna corrección por algún error.

En cuanto a los efectos de las sentencias, el artículo 27 de la Ley 135 de 1943, preceptúa lo siguiente: "La revocatoria e un acto, resolución o disposición en vía contencioso-administrativa produce efecto general contra todos; pero el restablecimiento del derecho sólo aprovechará a quien hubiere intervenido en el juicio y obtenido esta declaración en su favor".

Por otro lado, la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, contiene normas sobre ejecución de sentencias y prohibiciones expresas sobre reproducción de actos declarados nulos por la Sala. En este sentido, el artículo 54 dispone: "Ningún acto administrativo revocado por el Tribunal podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva a esencia de las mismas disposiciones revocadas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la revocación."

## 5.10 El Contencioso Administrativo de Nulidad

En este apartado vamos a seguir el análisis que realiza Arauz en su obra Curso de Derecho Procesal Administrativo (2004). El recurso contencioso administrativo de nulidad, se presenta usualmente contra actos administrativos de carácter general, sin embargo, según jurisprudencia de la Sala Tercera puede presentarse contra actos de carácter individual, cuando no se persiga la reparación subjetiva sino la defensa objetiva del ordenamiento jurídico.

A continuación, vamos a reproducir, con matices, la caracterización que hace Arauz (2004) de la acción de nulidad, lo que nos permite claramente diferenciarla del Recurso de Plena Jurisdicción cuyas características fueron expuestas con anterioridad.

Es una acción pública, cualquier persona puede ejercerla, tal como lo indica el artículo 203 de la Constitución Nacional panameña.

Es imprescriptible, la ley no señala un término para su interposición, por lo que puede ejercitarse en cualquier tiempo. Al respecto, el artículo 42a establece: "La acción de nulidad contra un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación, si necesita este requisito para entrar en vigor".

Puede presentarla cualquier persona, natural o jurídica. Lo único que se exige es que se encuentre domiciliada en el país.

La sentencia tiene efecto *erga omnes*.

Tiene como finalidad la defensa del orden legal.

No es necesario agotar la vía gubernativa.

No opera el silencio administrativo.

Se trata de un proceso que versa sobre la legalidad o no de un acto o disposición administrativa, donde técnicamente no hay partes. Lo que se busca es anular, por ilegal, el acto o disposición por atentar en contra del ordenamiento jurídico. En esto se asemeja a la demanda de inconstitucionalidad.

La Corte además de anular los actos acusados de ilegalidad pueda estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas (numeral 2, art. 203, C.N.) Esta facultad rara vez es ejercida por la Sala Tercera; generalmente anula los actos y no reemplaza las normas anuladas.

La sentencia debe publicarse en la Gaceta Oficial.

El Procurador de la Administración Actúa en el proceso en defensa de la ley.

La prueba aportada debe ser preconstituida. No existe un periodo para aducir pruebas y otro para practicarlas. Es un proceso donde realmente no hay partes en contradicción, la discusión se basa en la vulneración o no de la Ley.

La decisión final no se notifica personalmente. Debe publicarse en la Gaceta Oficial.

La sentencia es final, definitiva y obligatoria. No admite recurso alguno.

El Estado, como persona jurídica, puede utilizar el recurso de nulidad cuando considere que un acto administrativo dictado por la Administración, que concedió derechos a favor de un particular lesiona no sólo el orden legal, sino también el patrimonio de la Nación. En otras latitudes (España, Argentina) se faculta al Estado para que mediante el proceso de lesividad, la Administración demande por ilegal un acto administrativo dictado por ella misma a favor de un particular, que lesiona los intereses del Estado. En Panamá la opción que tiene la Administración ante esta situación, es la presentación de una demanda de nulidad, sin perjuicio de la posibilidad de revocar el acto administrativo en los casos en que la Ley de procedimiento administrativo se lo permita.

La sentencia tiene efectos ex nunc o hacia futuro. La Sala Tercera se ha pronunciado reiteradamente sobre el efecto de la sentencia en esta clase de demanda destacando, que "la simple declaratoria de nulidad, es decir, las que se decretan dentro de las demandas contencioso administrativas de nulidad como acción popular, solamente producen efectos "*ex – nunc*"(hacia el futuro) más no "*ex tunc*" (hacia el pasado) por lo que sus consecuencias no se retrotraen al período o tiempo anterior a la publicación de la declaratoria de nulidad".

Al tratarse de un proceso donde no hay partes, en el sentido procesal del término, la sentencia tiene efecto declarativo. No tiene efecto constitutivo o de condena. Si prospera la pretensión, simplemente se decide anular el acto, a menos que el tribunal haga uso de la facultad que le otorga la Ley, de reemplazar las disposiciones impugnadas y consideradas ilegales.

Cualquier persona puede pedir que se le tenga como para coadyuvar o impugnar la demanda.

La demanda admite desistimiento, tal como lo señala el artículo 66 de la Ley 135 de 1943, pero como lo sostiene Arauz (2004) llama la atención que se permita a quien interpone la acción, desistir, cuando lo que se está solicitando es la nulidad del acto o disposición, en defensa de la legalidad y por ende de la colectividad, por lo que el proceso debería continuarse de oficio.

Todos los actos con rango inferior a la Ley son impugnables ante la Sala Tercera.

En la demanda de nulidad puede suspenderse el acto demandado. Desde 1991, la Sala varió su criterio para admitir la medida cautelar de suspensión en las demandas de nulidad.

Solamente pueden examinarse las disposiciones acusadas conforme a los artículos de las leyes considerados como violados. (Artículo 43 de la Ley 135 de 1943)

En la demanda de nulidad, según el artículo 43 de la Ley 135 de 1943, no hay que transcribir literalmente la norma que se estima violada, solamente basta con expresarla.

Por último, a pesar de las evidentes diferencias entre las demandas de nulidad y la de plena jurisdicción (salvo excepciones), se observa en la jurisprudencia de la Sala Tercera, una permanente confusión entre ambas, por lo que la misma no ha desaprovechado la oportunidad de pronunciarse sobre las principales diferencias que existen entre las dos.

En resolución de 30 de julio de 1999, citando un fallo de fecha anterior expresó: "En resolución de 11 de enero de 1999, mediante la cual la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia no admitió una demanda contencioso administrativa de nulidad, se manifestó lo siguiente: ´Así las cosas, este tribunal de primera instancia estima conveniente hacer énfasis en el hecho de que el recurso de nulidad y el de plena jurisdicción tienen características especiales y diferenciadas.

En este punto se ha dejado claramente establecido que la demanda de nulidad se interpone contra actos generales de carácter abstracto, en tanto que con la de plena jurisdicción se atacan los actos de carácter particular, que afectan situaciones jurídicas particulares o concretas. Por otro lado, las declaraciones que la ley permite hacer al tribunal en las acciones donde se ventilan derechos subjetivos, son distintas

a las que se permite hacer en acciones que pretenden la reestructuración del orden jurídico positivo, donde interesa de manera concreta y exclusiva proteger y conservar el imperio de la legalidad. Esto es que las acciones de plena jurisdicción se persigue la reparación de derechos, característica importantísima de esta clase de proceso".

## 5.11 El Contencioso de Apreciación de Validez

El numeral 12 del artículo 97 del Código Judicial establece que la Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá prejudicialmente sobre la validez de los actos administrativos que deberán servir de base a una decisión jurisdiccional por consulta formulada por la entidad encargada de administrar justicia. Esta consulta tiene similitud con aquella que realiza un funcionario judicial sobre la constitucionalidad de una norma legal aplicable dentro de un proceso, en el plano de la constitucionalidad.

Como lo sostiene Arauz (2004), esta consulta, a diferencia de la consulta sobre interpretación, no busca conocer la opinión de la Sala sobre el alcance y sentido de un acto administrativo, sino que esta se pronuncie sobre la validez del acto. En otras palabras, estamos frente a una situación donde un operador de justicia que va a fundamentar su decisión en un acto administrativo sobre el cual tiene dudas en torno a su validez o legalidad, es decir, puede que el sentido del acto sea claro, pero no se tiene certeza sobre su validez.

De manera que sus características pueden sistematizarse de la siguiente forma:

A diferencia del Contencioso de Interpretación, el de apreciación de validez, sólo puede interponerlo la autoridad encargada de administrar justicia. No pueden interponerlo ni autoridades administrativas, ni particulares.

Debe recaer necesariamente sobre un acto administrativo, el cual debe servir a una decisión jurisdiccional.

El dictamen tiene efecto generalmente para el caso concreto, no *erga omnes*, salvo que el acto administrativo objeto de la consulta tenga carácter general.

Tanto en esta consulta como en la de interpretación resulta improcedente solicitar la suspensión del acto como medida cautelar.

## 5.12 El Contencioso de Interpretación

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Resolución de 3 de agosto de 1993, sostuvo que el proceso contencioso de interpretación, es la vía jurídica incoada para que dicha Sala se pronuncie en cuanto a la recta interpretación de un acto administrativo, que constituye la base para decidir un negocio jurídico que se ventila: "La interpretación implica, un asunto prejudicial, en el cual se pretende deslindar el sentido, el verdadero significado y alcance de ese acto administrativo".

Es necesario destacar que este procedimiento de consulta tiene requisitos particulares que se encuentran en la Ley y en la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera los cuales merecen una mención especial:

La solicitud debe ser formulada por una Autoridad Judicial o por Autoridad Administrativa que debe cumplir el acto.

El primer requisito o presupuesto que debe cumplirse para la viabilidad de una consulta de interpretación se refiere a la calidad de la persona que formula dicha solicitud, pues sólo puede ser presentada por una autoridad judicial o una autoridad administrativa encargada de su ejecución, lo que excluye que los administrados o particulares puedan hacer uso de este medio de consulta. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia solo tiene competencia para conocer de solicitudes de interpretación prejudicial, acerca del sentido y alcance de actos administrativos hechas de oficio por autoridades judiciales y administrativas, lo que excluye a los particulares.

La Petición debe ser formulada para que se establezca el sentido y alcance de un acto administrativo.

La autoridad judicial o administrativa debe pedir que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre el verdadero sentido y alcance de un acto administrativo, por lo que no es viable formular esta petición contra actos cuyo sentido es claro.

La Solicitud debe ser requerida por la autoridad, antes de resolver el fondo del negocio o ejecutar el acto administrativo.

El numeral 11 del artículo 97 del Código Judicial se refiere al Contencioso de Interpretación, como una cuestión prejudicial, por lo que dicha solicitud sólo podrá ser requerida por la autoridad antes de resolver el fondo del negocio o de ejecutar el acto administrativo.

La presentación del escrito de interpretación prejudicial debe cumplir con ciertos requisitos formales, entre ellos: su presentación por escrito ante el Presidente/a de la Sala Tercera; identificar claramente el tipo de solicitud; la exposición de los motivos que originan la solicitud; y aportar la copia autenticada del acto cuya interpretación se solicita.

## 5.13. La Acción de Reparación Directa.

Como es señalado por Abrego (2009), no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa las vías de hecho y los actos de ejecución, los cuales pueden definirse como lo postula Libardo Rodríguez (2002) citado por Abrego, como las situaciones en las que "la administración incurre en una ilegalidad agravada o exagerada, ya sea porque no tenía poder para actuar, o porque teniéndolo utilizó procedimientos manifiestamente irregulares.

En Panamá, estos actos no son recurribles a través de una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, sino por medio de una acción de reparación directa, tal como lo dejó claro la sentencia emitida por la Sala Tercera el 30 de abril de 2003 citada por Abrego (2009), la cual en lo medular expresa lo siguiente: "Considera la Sala que la vía de hecho incurrida por la Administración en el asunto sub-lite estriba en la violación de los procedimientos legales, para el caso de expropiación a los que debió abocarse la Administración por motivos fundados, por ejemplo, en la utilidad pública o interés social, ante el supuesto de resistencia o negativa de los propietarios de las fincas afectadas por el trazado del camino carretero cuestionado; trazado que aparece en autos así como los daños ocasionados mediante las deposiciones testimoniales y pruebas documentales y periciales (fojas 103 a 104; 141 a 142)Ante este panorama procesal, el actor gestionó indebidamente en la vía administrativa el pago de la indemnización establecida por el artículo 1 de la Ley 114 de 1943, cuyo artículo 6 ha sido subrogado tácitamente en forma parcial en cuanto al Tribunal competente a que esa disposición se refiere por los cambios legislativos posteriores (corroborados por la Jurisprudencia de la Corte Suprema), tal como ha sido señalado.

Por tanto, el interesado debió comparecer, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa, ante esta Sala en ejercicio de la acción de indemnización directa prevista en el numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial para reclamar el respectivo resarcimiento, dentro de los dos años inmediatamente siguientes de ocurrido el hecho (ocupación) o acción dañosa de la Administración, ateniéndose

al término especial de prescripción previsto en el artículo 1 de la ley 114 de 1943, ante un típico ejemplo de responsabilidad objetiva incurrida por el Estado a través de sus agentes u operarios por quienes aquél debe responder (Cfr. Art. 1645, inciso cuarto del Código Civil).

Por tanto la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA NO VIABLE la demanda de plena jurisdicción presentada por Emma Ceballos y Elmo Ceballos contra la Nota N°DS-CAL-MOP-387, de 4 de septiembre de 2001, emitida por el Ministerio de Obras Públicas.

## 5.14. Los temas pendientes de revisión y reforma

En un artículo titulado: "La Reforma del Régimen Contencioso-Administrativo en Panamá: ideas para la Acción", Arjona (2006) navega por el estado actual de la normativa contencioso-administrativa destacando que el hecho de que nuestra legislación data de la década de los cuarenta, lo cual no quiere decir que la misma no haya evolucionado a través de un gran esfuerzo jurisprudencial mediante lo que es autor denomina como "constructivas interpretaciones actualizadoras". En ese sentido, sostiene el autor del artículo, que el retraso en la modificación de la normativa contencioso-administrativa, ha sido positivamente suplido por la acción de la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia desde 1991, la cual ha brindado acogida a un considerable número de criterios que favorecen la eficacia de dicho régimen, entre los que indica: a) El reconocimiento de la tutela cautelar a través de la medida de suspensión en los procesos de nulidad; b) La ampliación de criterios de legitimidad para la defensa de intereses difusos por conducto del proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción; c) La no aplicación de reglamentos que, a pesar de no estar formalmente cuestionados en el proceso, se encontraban en franca contradicción con la Ley.

En el mencionado artículo, su autor fija las premisas para una reforma enumerando las siguientes acciones a seguir:

1. Precisar la naturaleza de las acciones ejercitables ante la Justicia Contenciosa;
2. Establecer normas sobre Gestión y Actuación;
3. Una mayor publicidad de las acciones de nulidad;

4. Establecer procedimientos especiales, tales como los procedimientos abreviados en materias específicas;
5. Reformar el rol del Procurador de la Administración en los procesos ante el Contencioso-Administrativo;
6. Que el agotamiento de la vía administrativa sea potestativa;
7. Amplitud de medidas cautelares;
8. Crear mecanismos más eficientes y efectivos para lograr la ejecución de las sentencias condenatorias contra el Estado, y;
9. La creación de instancias intermedias de carácter jurisdiccional administrativo.

Por otro lado es fundamental que los esfuerzos de reforma del Contencioso Administrativo vayan de la mano con la reforma que se quiere realizar a la Ley de Procedimiento Administrativo vigente, de lo contrario, puede que dichas normas se expresen de manera contradictoria.

De todas las acciones a seguir una de las que más discusión ha generado y seguirá generando por el grado de congestión que ha alcanzado el sistema, es la relacionada con la *Creación de Instancias Intermedias de lo Contencioso-Administrativo*.

Resulta difícil pensar que quienes promovieron el Acto Legislativo N°2 de 1956 y los constituyentes que aprobaron la Constitución de 1972 manteniendo una redacción similar, al indicar que la Jurisdicción Contencioso Administrativa recaerá en la Corte Suprema de Justicia, reservando su conocimiento a una de sus Salas, compuesta por tres magistrados (lo cual fue determinado por la Ley) no hayan previsto lo que viene ocurriendo desde hace décadas.

Si existe la posibilidad de que cualquier persona en cualquier rincón del país demande la nulidad de un acto administrativo que afecta sus intereses, los cuales son dictados diariamente, sobre nuevas materias, cada vez más diversas, no es razonable que solamente puedan hacerlo a través de un proceso formal ante un ente que se encuentra únicamente en la provincia de Panamá.

Podría decirse que igual situación se da con las demandas de inconstitucionalidad, las cuales solamente pueden ser presentadas ante el Pleno de la Corte Suprema, La necesidad de que sea la máxima magistratura la que vele por la integridad de la Constitución, es razón suficiente para justificar el centralismo de la jurisdicción.

La comparación más clara se puede observar en materia de amparo de garantías constitucionales contra órdenes de hacer o no hacer

que puedan vulnerar la Constitución Política. La naturaleza del organismo que emita la orden determina ante que ente jurisdiccional se presenta dicho recurso.

El contenido del artículo 206 de la Constitución Nacional, podría sostenerse que constituye una reserva material de la Constitución. Se quiso prever que ciertas potestades jurisdiccionales no escaparan de sus atribuciones, tales como el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad de los actos administrativos y las disposiciones administrativas. En el primer caso, señala que le corresponde al Pleno su control, en el segundo hay una omisión permitiendo que la ley determine de acuerdo a la estructura interna de la Corte Suprema de Justicia a quien corresponde su conocimiento. Sin embargo, el concepto de jurisdicción tiene distintas connotaciones, y en materia de competencias la precisión es muy importante.

De manera que sigo sosteniendo que resulta difícil pensar que la voluntad de los constituyentes fuese que tres altos funcionarios judiciales junto con sus suplentes y demás equipo de trabajo conocieran en única y definitiva instancia, de todos los recursos (en todas las etapas del proceso) que caben contra los actos y disposiciones administrativas a nivel nacional, provincial y local, impidiendo la posibilidad de desconcentración competencial con el apoyo de tribunales inferiores, incluso regionales.

Ante la realidad, existe una solución definitiva y otras soluciones parciales muy discutibles, apelando a la creatividad dentro de la constitucionalidad y la legalidad:

1. Una reforma constitucional que expresamente indique que las competencias jurisdiccionales en materia Contencioso-Administrativa corresponden a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales que cree la Ley, asignándole a estos últimos las competencias que la misma determine reservando ciertas materias al conocimiento exclusivo de la mencionada Sala. (Solución definitiva).
2. Una interpretación extensiva del concepto de Jurisdicción utilizado en la Constitución Política, asimilándolo, siguiendo a Montero Aroca (2005) a las competencias (no necesariamente totales) atribuidas constitucionalmente a la Corte Suprema de Justicia en relación con un conjunto de materias relacionadas con lo Contencioso – Administrativo, con independencia de si las autoridades son nacionales, provinciales o municipales.

Montero Aroca (2005) expresa respecto a la jurisdicción, que "Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el concepto de jurisdic-

ción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico… En relación a la unidad de la Jurisdicción, señala este autor que teóricamente el ejercicio de la potestad jurisdiccional podría corresponder a un órgano único, pero, dado que ello es prácticamente imposible, atendida la cantidad de asuntos que deben resolverse, han de existir varios miles de órganos jurisdiccionales a los que se atribuye potestad jurisdiccional. Aparece así la organización judicial y dentro de ella pueden existir distintas clases de tribunales.

"Lo anterior supone que cuando se habla, como es usual, de jurisdicción civil, de jurisdicción penal, de jurisdicción ordinaria o de jurisdicciones especiales, por ejemplo, se está partiendo de desconocer lo que sea la jurisdicción. Sí es correcto, por el contrario, hablar de tribunales civiles, penales, administrativos, ordinarios, especiales, etc." (Este es el espíritu del Título X del Código Judicial panameño) Sigue sosteniendo el autor, que la jurisdicción no sólo es única, es también indivisible y, por tanto, todos los órganos jurisdiccionales la poseen en su totalidad. No se tiene parte de la potestad jurisdiccional, sino que ésta o se tiene o no se tiene. Cuando un órgano del Estado se atribuye jurisdicción, se le atribuye toda la jurisdicción. Lo que puede distribuirse es la competencia.

"Lo que entre los tribunales puede distribuirse es el ámbito, la materia, el territorio o la actividad sobre que se ejerce la potestad jurisdiccional. Surge así la noción de competencia…; ésta no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de la jurisdicción que se le atribuye; es la parte sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional. Aunque la jurisdicción no se reparta, si cabe repartir la materia, el territorio y la actividad procesal. Es así posible que la ley disponga que un órgano jurisdiccional conocerá sólo de materia civil y otro sólo de materia penal; también lo es que la misma ley disponga que la potestad jurisdiccional de un órgano se ejerza en toda España, la de otro en una Comunidad Autónoma, o en una provincia, o en un partido judicial o en un municipio".

La adopción de estos criterios, podrían permitir que la Ley establezca competencias parciales sobre materias que puedan ser decididas por Tribunales de lo Contencioso –Administrativo intermedios, en única instancia, reservándose la Sala Tercera la competencia completa en algunas de las materias que señala la Constitución o la facultad para adoptar las decisiones finales en otras.

## Bibliografía

Abrego, Marelissa. "La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá y la Tutela Cautelar". Editorial Universal Books, Panamá, 2008.

Araúz, Heriberto. "Curso de Derecho Procesal Administrativo. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá". Editorial Universal Books, Panamá, 2004.

_____"La Vía Gubernativa". Editorial Universal Books, Panamá, 2010.

Arjona, Adán Arnulfo. "La Evolución de lo Contencioso Administrativo en la Era Republicana". Ediciones Iuris – Procuraduría de la Administración, Panamá 2003.

Brewer-Carías, Allan R. "Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina. Legis Editores S.A., Colombia, 2003.

Franco, Jaime. La Judicialización del Procedimiento Administrativo, Semanario Jurídico y Empresarial de Sistemas Jurídicos S.A., 9 de octubre de 2004.

Galvis, Maruja. "Requisitos Formales de la Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción (Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial) Editorial Universal Books, Panamá, 2008.

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". Ediciones G, Panamá 2010.

**Hoyos,** Arturo. "El Derecho Contencioso – Administrativo en Panamá (1903-2005): Una introducción Histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial". Editorial Sistemas Jurídicos, Panamá, 2005.

**Molino Mola**, Edgardo. "Legislación Contencioso Administrativa Actualizada y Comentada, segunda edición, Panamá, Universal Books, 2002.

**Montero Aroca**, Juan. **Gómez Colomer**, Juan Luis. **Montón Redondo**, Alberto **y Barona Vilar**, Silvia. "Derecho Jurisdiccional I, Parte General", Editorial Tirant Lo Blanch, 14ª Edición, Valencia 2005.

**Morgan Jr**. Eduardo. Los Recursos Contencioso Administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño. Editorial Talleres Gráficos, 1982.

Sheffer Tuñon, Javier. "El Procedimiento Administrativo en Panamá". Editorial Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2002.

# LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Teresita Rendón Huerta Barrera[1]

## 6.1 Introducción

La tutela judicial efectiva en materia administrativa se basa en la noción de jurisdicción como potestad reservada por el Estado, que es el elemento constitucional. La soberanía como elemento político para ejercerla en forma de servicio público, o sea, el elemento administrativo, que se desarrolla por órganos previstos en los ordenamientos para actuar pretensiones procesales de los gobernados, mediante un proceso jurisdiccional.

La tutela judicial efectiva en materia administrativa comprende los siguientes elementos: derecho de acceso libre a la jurisdicción; derecho a la fundamentación y motivación de la resolución de fondo; derecho a obtener una sentencia de fondo; derecho a ejercitar los

1 Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora Investigadora y actualmente Directora de la División de Derecho Política y Gobierno, campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Autora de múltiples obras y artículos. Con nombramiento de Investigador Nacional por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Presidenta de la Asociación Internacional de Derecho Municipal. Presidenta de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo.

recursos legalmente previstos; derecho a obtener la ejecución de la sentencia; y prohibición de la indefensión.

La pretensión procesal, afirma la existencia de un derecho público subjetivo de naturaleza administrativa. Tal derecho público subjetivo, entraña siempre una solicitud de pronunciamiento sobre un acto de autoridad que se reputa ilegal. Aparece como un contenido posible de la acción, procesalmente concretado en la demanda, que busca la realización de la pretensión. La figura de la pretensión, establece las fronteras concretas del contenido del proceso administrativo y, además, condiciona su tramitación y resultado.

La posibilidad de coordinar en tiempo real operaciones que se realizan de forma simultánea a nivel planetario, está transformado la ciencia jurídica. Sería insensato tratar de sostener la idea decimonónica de sistemas jurídicos fundados en el empirismo lógico y en la dogmática kelseniana, rígidos, cerrados y excluyentes, cuando estamos inmersos en un intercambio progresivo de normas provenientes de la incorporación de los tratados o convenios internacionales, la **amplia elaboración jurisprudencial,** el intercambio de modelos normativos, la revolución de los textos constitucionales con el aporte de los derechos fundamentales, el cambio de patrones tradicionales por esquemas de justicia alternativa, entre otros de los muchos cambios.

La progresiva prohibición de la autotutela y el fortalecimiento creciente del derecho a la tutela jurisdiccional, se inserta en el propio núcleo del Estado democrático y constitucional de derecho, que reconoce y protege los derechos fundamentales. En el ámbito de los derechos básicos del justiciable, hay que distinguir entre el derecho de acceso a los tribunales, la instancia o derecho al proceso y la acción o derecho a una tutela jurisdiccional concreta.

Hoy día, el conjunto de actividades que conforman el proceso administrativo, tienen por objeto la declaración de voluntad por la cual se solicita del órgano jurisdiccional, una actuación frente a una pretensión determinada. Esta declaración de voluntad, constituye el acto fundamental del proceso administrativo.

La acción administrativa, como toda acción procesal, es un derecho subjetivo público, que se ejerce por los gobernados como regla general, y por excepción por las autoridades, tratándose del juicio de lesividad. Para el ejercicio de este derecho, deben concurrir los elementos que el ordenamiento jurídico establece.

La acción procesal administrativa se plantea ante el juzgador y tiene como contenido una pretensión. La pretensión procesal, afirma la existencia de un derecho público subjetivo de naturaleza administrativa. Tal derecho público subjetivo, entraña siempre una solicitud de pronunciamiento sobre un acto de autoridad que se reputa ilegal. Aparece como un contenido posible de la acción, procesalmente concretado en la demanda, que busca la realización de la pretensión.

La figura de la pretensión, establece las fronteras concretas del contenido del proceso administrativo y, además, condiciona su tramitación y resultado. La pretensión establece el ámbito en el cual, de forma absolutamente necesaria, debe actuar el juzgador. "Unos sujetos, las partes, discutirán acerca de la conformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico; otro, el juez, decidirá acerca de esa conformidad y, en consecuencia, accederá o no a la actuación solicitada."[2]

El acto administrativo se convierte así, en el primer presupuesto de un proceso articulado técnicamente como un proceso impugnatorio. Sin una decisión administrativa previa, expresa o presunta, no puede haber proceso administrativo.

## 6.2. La tutela judicial efectiva en materia administrativa en el contexto de los derechos humanos

ser persona no implica solamente ser un centro ético autónomo, como sostenía Kant, sino ser titular de derechos humanos, de libertades políticas y derechos civiles, y también, ser titular de las humanas pretensiones de concretar la dignidad del hombre en la esfera económica de las actividades productivas.

Los derechos a la vida, la libertad, la educación, la salud, la seguridad jurídica y la participación política, como derechos fundamentales protegidos por la Constitución, se inscriben en la incesante búsqueda de fórmulas para garantizar su protección.

En México, desde las luchas independentistas de 1810 a 1821, surge como una constante, el aseguramiento de las libertades públicas y privadas, advirtiéndose una tensión dialéctica entre lo individual

2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Mexicano*. Ed. Porrúa, México, 1988. p. 147.

y lo colectivo, el respeto a los derechos individuales y los reclamos de la justicia social.

La Constitución mexicana de 1917, fue el resultado de un largo y sangriento movimiento revolucionario iniciado en 1910, que buscó satisfacer exigencias políticas, sociales y económicas del pueblo mexicano. Esta Constitución tiene una característica que la hace única entre las demás constituciones del mundo occidental. Y es que por primera vez en el constitucionalismo clásico, se consignan en ella garantías sociales al lado de las garantías individuales. "La Constitución Mexicana –anterior, en el tiempo, a las constituciones europeas de la primera posguerra (1919-1939)- habla ya de derechos a favor de los grandes grupos sociales: campesinos y obreros. Y se elevan al rango de normas constitucionales sus respectivas reivindicaciones". [3]

La dignidad de la persona humana no puede consistir solamente en la titularidad de la dignidad moral, de la subjetividad jurídica, de la libertad política, sino que debe llegar a la remoción de los impedimentos sociales, a la efectiva formación de la persona, y esta remoción debe dedicarse de lleno a una autorreconstrucción de la persona, ya que el desarrollo del individuo sólo puede ser, después de todo, obra del individuo mismo. El cambio del médium social debe llevarse a cabo como consabido crecimiento cultural de los individuos que lo componen. [4]

Menciona Sartori que como el individuo en occidente tiene bastante libertad, busca el bienestar y la seguridad y por eso, "valora" un estado protector que atienda sus necesidades. Sin embargo, la espiral de las necesidades no tiene límites y virtualmente no tiene fin y, a la postre, habría que satisfacer no ya las necesidades, sino los deseos. [5] Una consideración de tanto peso, en el terreno de los derechos humanos, permite reconocer de modo directo, que los ideales de la sociedad occidental, se han transformado sustancialmente.

Para el análisis de los derechos humanos dentro del Derecho administrativo, es conveniente recordar a quienes los clasifican en tres y

3 González Uribe, Héctor, Hombre y Estado. Estudios Político-Constitucionales. Ed. Porrúa, pp. 163 y 164.

4 CERRONI, Humberto. *Reglas y Valores de la Democracia*. Ed. Alianza Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1991, p. 92.

5 SARTORI, Giovanni. *Teoría de la Democracia* (2). Ed. Alianza universidad, México, 1989, p. 583.

en cinco grupos (J. Maritain y V. Linares Quintana, respectivamente). En el primer caso se alude a derechos:

1. De la persona humana.
2. De la persona cívica.
3. De la persona social.

En el segundo supuesto, se dividen los derechos humanos en los siguientes grupos:

1. Libertad civil.
2. Libertad patrimonial
3. Libertad social.
4. Seguridad jurídica.
5. Garantía de la libertad. [6]

Ambas clasificaciones resultan de gran utilidad en el estudio sistematizado del tema que nos ocupa, pues de ellas es posible desprender su relación directa con la materia administrativa.

Vinculando las clasificaciones anteriores, con la perspectiva jurídico-administrativa, es posible encontrar una gran cantidad de expresiones de los llamados "derechos de la persona cívica", de los que se comprenden en el campo de la "libertad civil", "patrimonial" y los "derechos a la seguridad jurídica".

Son características de los derechos fundamentales las siguientes:

1. Inalienables;
2. Intransferibles;
3. Favorecen los intereses de la persona;
4. Son esenciales e inmanentes a toda persona humana;
5. Su violación siempre perjudica a la persona titular del mismo y a la sociedad en su conjunto;
6. Su violación entraña no sólo el derecho a desaprobar o censurar, sino el derecho a la reparación ya sea directa o indirecta;
7. Protegen y conservan la integridad del individuo;
8. En los vínculos con los demás, imponen respeto irrestricto y correlativo;

6 CARPIZO, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. ed. Porrúa, México, 1983, p. 150.

9. No se conciben sin la existencia de la persona humana y ésta no se concibe en su integridad, sin la existencia de ellos.

Bajo una concepción totalizante o globalizadora, tendríamos que llegar necesariamente a concluir, que todos los derechos humanos tienen relación con la administración pública, y son fuente de relevancia singular en el campo de Derecho administrativo, al ser verdaderas garantías que el gobernado, puede invocar frente al Estado.

Existen cinco grandes grupos de derechos humanos en materia administrativa:

1. Durante el cumplimiento de las obligaciones.
2. Durante los procedimientos de comprobación (visitas domiciliarias, revisiones de contabilidad y otros).
3. Ante la imposición de sanciones.
4. Cuando se hagan valer los medios de defensa.
5. Otros derechos (como por ejemplo: obtener la devolución de los impuestos a su favor que procedan. Conocer la identidad de las autoridades bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos en que se tenga interés legal. A obtener el texto de las respuestas a consultas y las sentencias judiciales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Obtener certificación y copia de las declaraciones presentadas en materia fiscal, previo pago de los derechos que, en su caso, establezca la ley. Derecho a que las autoridades guarden confidencialidad y reserva de sus datos, y demás información que conozcan los servidores públicos, salvo los casos que autorizan las leyes aplicables, entre otros).

Al cuarto grupo de los señalados, es al que me refiero en este trabajo.

Una gama importantísima de tales derechos, cubren no ya la forma de compensar la desigualdad que trasunta la posición jurídica del particular en relación a los entes estatales, sino que son en sí, límite para impedir la irresponsabilidad y la arbitrariedad del poder público.

La tutela judicial efectiva en materia administrativa, se basa en la noción de , como potestad reservada por el Estado —**elemento constitucional**—. La soberanía como **elemento político** para ejercerla en forma de servicio público —**elemento administrativo**— por órganos previstos en los ordenamientos, para actuar pretensiones procesales de los gobernados, mediante un proceso jurisdiccional —**elemento procesal**—. El elemento constitucional implica la existencia de un poder-deber, en tanto el juzgar y ejecutar lo juzga-

do, va en paralelo a la obligación de los juzgadores de no absolver de la causa, so pena del delito de denegación de justicia y la obligación del Estado de contar con una estructura orgánica y funcional para la prestación de los servicios que implica la administración de justicia. La misión del Estado es garantizar la paz social, la preeminencia del bien común y la justicia que se logra mediante las funciones fundamentales de legislación, administración y jurisdicción, disponiendo de elementos humanos, técnicos, materiales y organizativos.

En la dimensión procesal de la jurisdicción, los órganos de la administración de justicia, con absoluta independencia del derecho material o del interés jurídicamente trascendente que se quiere hacer valer en el proceso, tutela un interés y actúa una pretensión procesal sobre la que los juzgadores habrán de pronunciarse.

La tutela de interés implica el conocimiento, tramitación y resolución conforme al ordenamiento jurídico. Pero la jurisdicción no es sólo una potestad estatal que se ejerce en forma de servicio público y que actúa mediante órganos, sino es además, un derecho de todo ciudadano frente al juzgador que está obligado a emitir un fallo en forma pronta, completa e imparcial, garantizando la tramitación de la pretensión con respeto al debido proceso y con plenas garantías en la defensa procesal.

Mientras que la jurisdicción es una función realizada por el Estado, la acción procesal es la posibilidad jurídica constitucional que llevan a cabo las partes, cada vez que acuden ante los órganos jurisdiccionales que el Estado ha dotado de competencia. Por tanto, corresponde al Estado garantizar el acceso a la jurisdicción. En ese sentido, las garantías judiciales, tienen como finalidad asegurar los términos en que se desarrollará la función jurisdiccional. El uso de la noción derivó de las disposiciones incorporadas en la Convención (Pacto de San José), de la cual México forma parte desde el 24 de marzo de 1981. Su artículo 8° denomina garantías judiciales tanto al derecho de acceso a la jurisdicción, como a los requisitos esenciales que sujetan todo proceso judicial para lograr la efectividad real de los derechos del gobernado. Por ello son equiparables con los atributos inherentes a la función o servicio público que amplían las garantías tuteladas en beneficio del gobernado. Esas poseen un doble enfoque; pues, al tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, favorecen la situación de los justiciables. Se equiparan con ins-

trumentos que las normas constitucionales establecen para lograr que el juzgador se conduzca de manera independiente e imparcial.[7]

Dentro de las garantías judiciales se encuentran:

1. La estabilidad de quienes administran el servicio: permanencia e inamovilidad de los juzgadores.
2. El derecho a percibir una remuneración decorosa;
3. La autoridad (imperium) en el cumplimiento de sus decisiones;
4. La independencia judicial; y
5. La exclusividad de la función judicial.

## 6.3. Elementos de la tutela judicial efectiva en materia administrativa y derechos del justiciable

En el Estado social, democrático y constitucional de Derecho se reconocen y tutelan derechos fundamentales y libertades públicas en favor de lo gobernados. Mientras el derecho al proceso o instancia y la acción son derechos subjetivos, el derecho de acceso no lo es, en razón de que el derecho al proceso y la acción son diferentes del derecho subjetivo material.

A la persona se le reconoce y protege un ámbito de libre actuación frente a los demás integrantes de la sociedad. En ese sentido, tal como lo afirmaba la Escuela del Derecho Natural, el derecho subjetivo es libertad que, en tanto posibilidad lícita de actuación, permite concebir el derecho subjetivo como una *facultas agendi* o poder reconocido a los miembros de la sociedad por el ordenamiento jurídico.

En el terreno de los derechos fundamentales del justiciable en materia administrativa, hay que distinguir entre el derecho de acceso a los tribunales, la instancia o derecho al proceso y la acción o derecho a una tutela jurisdiccional concreta, ya que son tres derechos con una esfera de aplicación definida y propia.

Una vez mencionados esos aspectos básicos, cabe señalar que en la doctrina contemporánea, hay coincidencia en incorporar como derechos del justiciable que integran el concepto de tutela judicial efectiva, los siguientes:

7 DICCIONARIO JURÍDICO en línea. http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1744 2 de octubre de 2015.

1. **Derecho de acceso libre a la jurisdicción:** La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo.
2. **Derecho a la fundamentación y motivación de la resolución de fondo:** Derecho a obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión.
3. **Derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos**: comprende el derecho a utilizar los recurso ordinarios y extraordinarios que el ordenamiento prevea en cada caso con los requisitos legalmente establecidos.
4. **Derecho a obtener la ejecución de la sentencia**: Que esa sentencia se cumpla, o sea la ejecutoriedad del fallo.
5. **Prohibición de la indefensión**: En ningún caso podrá producirse indefensión, lo cual implica la salvaguarda a la defensa contradictoria de la partes litigantes, a través de la oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses, en un proceso en el que imperen los principios de bilateralidad e igualdad de armas procesales.

## 6.4. Los derechos del justiciable y la pretensión en el proceso administrativo

aun cuando doctrinariamente existe coincidencia en señalar que la pretensión procesal es un acto, el problema toma diferentes rumbos cuando se trata de precisar su naturaleza. Así, para Devis Echandía[8] es un simple acto de voluntad, en tanto Guasp sostiene que es un acto procesal[9].

Por su parte De la Oliva[10] lo refiere como: "acto dotado de eficacia jurídica", mientras González Pérez asienta que: "La pretensión procesal es un acto, no un derecho, algo que se hace, no algo que se tiene. Es una declaración de voluntad, no una manifestación afectiva, emocional o psicológica del que la formula; pero tampoco es una exteriorización intelectual o declaración de ciencia que se limita a po-

8 Devis Echandía, H. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1966. p.174

9 Guasp, J. *La pretensión Procesal,* Madrid, 1981. p. 66

10 De la Oliva, A. *Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional,* Barcelona, 1980. p. 71

ner de manifiesto la presunta existencia o inexistencia real de una cierta proposición."[11] Para Ramírez Arcilla, es "un acto de declaración de voluntad"[12]y recientemente, ha sido concebido como "el acto de afirmar la acción".[13]

En efecto, la pretensión es algo que se hace, no algo que se tiene, es una realidad, más no un derecho. El procesalista Francesco Carnelutti, sostiene que "no es un poder sino, por el contrario, es un acto; no se trata de "algo" que alguien tiene, sino de "algo" que alguien hace: una declaración de voluntad. Es una declaración de voluntad, una petición fundada de un sujeto activo ante un órgano jurisdiccional frente a un sujeto pasivo solicitando que se haga algo jurídico."[14]

Por su contenido la pretensión puede ser *material*, que es aquella intencionalidad frente al demandado; o puede ser pretensión *formal o procesal,* que es la intencionalidad ante el juez. Ambos tipos se rigen de distinta forma y a esta última, es a la que me referiré en el presente estudio.

La naturaleza jurídica de la pretensión es un acto mediante el cual el actor solicita ante un tribunal, ya sea la nulidad del acto o resolución impugnado, en el supuesto de que no haya sido emitido conforme a derecho; el reconocimiento de un derecho amparado en una norma jurídica; y la condena a la autoridad para el pleno restablecimiento del derecho violado, en los términos de la ley respectiva.

La pretensión en el proceso administrativo, es una figura que exige al demandante una manifestación de voluntad, para hacer valer un derecho cuyo fin primordial es apartar de la vida jurídica un acto de autoridad que se estima ilegal y el restablecimiento del derecho conculcado. Con la demanda del actor, demandante o también llamado pretendiente, da inicio al proceso, ejerciendo una acción mediante la cual intenta que el juzgador provea conforme a las probanzas y al derecho.

Para que una pretensión procesal sea admitida por la vía administrativa se requiere:

11 González Pérez. *Op. cit.* 1987. pp. 152 a 28

12 Ramírez Arcilla, C. *Teoría de la Acción,* Bogotá, 1969. p.19.

13 Acosta Estévez, J.B. *Pretensión Procesal Administrativa,* Barcelona, 1987. p. 28

14 Carnelutti, F. *Instituciones del Proceso Civil,* Buenos Aires, 1962. p. 31

1. Primeramente se requiere la existencia de un interés jurídico que funde la pretensión, tratándose del actor y cuando es un particular, es necesario que sean afectados sus derechos por efecto de un acto o resolución administrativa; y cuando tiene tal carácter la autoridad, en aquellos casos en los que se pida la modificación o nulidad de un acto favorable a un particular, será preciso que cause lesión al interés público.
2. Que concurran en el acto que se impugna, los siguientes extremos:
   - Encontrarse dentro del ámbito del Derecho administrativo;
   - No estar comprendido en alguno de los supuestos de improcedencia.
3. Que se formule por quien tiene capacidad para ser parte y procesal.
4. Que quien la formule esté legitimado para deducir la petición en que se concreta y esté dentro de las hipótesis de postulación procesal.
5. Que se enderece frente a un sujeto con legitimación pasiva.
6. Que su objeto directo no sea solicitar del juzgador declaraciones de principio o doctrinales, o para prevenir agravios futuros o corregir anticipadamente defectos probables que todavía no se han producido.
7. Que no se trate de actos administrativos de ejecución, ya que no son susceptible de impugnación autónoma, salvo que incurran por sí mismos en infracción, no derivada de aquella en que hubiera podido incurrir el acto definitivo.
8. Que se haga por escrito que generalmente debe contener:
   - El nombre del actor o de quien promueva en su nombre; así como el domicilio para recibir notificaciones y, en su caso, los autorizados para oír y recibir notificaciones;
   - El acto o resolución que se impugna y, en su caso, la fecha de su notificación o en la que se haya ostentado sabedor del mismo;
   - Las autoridades demandadas o el nombre y domicilio del particular demandado;

- El nombre y domicilio del tercero que tenga un derecho incompatible con la pretensión del actor;
- La pretensión intentada;
- Los hechos que den motivo a la demanda;
- Los conceptos de impugnación del acto o resolución que se combate; y
- Las pruebas que se ofrezcan.

9. La demanda debe formularse por escrito y presentarse ante el órgano jurisdiccional respectivo dentro del término previsto por los ordenamientos.
10. Que se deduzca precisa y directamente ante el órgano jurisdiccional; y
11. Que se solicite la nulidad del acto o resolución impugnado, cuando no haya sido emitido conforme a derecho; el reconocimiento de un derecho amparado en una norma jurídica; y la condena a la autoridad para el pleno restablecimiento del derecho violado.

La pretensión procesal y la demanda, son conceptos diferentes por las siguientes razones:

1. La instancia se ejercita con la demanda que es el acto por medio del cual se da inicio al proceso y en el que se formula la pretensión, aunque puede haber demanda sin pretensión, caso en el cual, sería imposible la prosecución del juicio.
2. La pretensión engendra y mantiene en vida el proceso; es decir, el proceso existe en tanto se formula y subsiste la pretensión procesal.
3. La demanda [15] es un acto formal de iniciación del juicio o como le llama González Pérez es el *"prius cronológico"*.
4. La pretensión es el acto esencial y básico del proceso, es su *"prius lógico"*.[16]

Se impone esta elemental distinción, porque ambas figuras implican esencialmente una petición. Tanto la pretensión como los puntos petitorios se contienen en la demanda. No obstante y siendo la pretensión procesal administrativa el instituto jurídico en el que se

15 *Derecho Procesal Administrativo*. *Cit.* p. 151.

16 *Supra Ibidem*

solicita ante un órgano jurisdiccional, la nulidad o anulación de un acto administrativo, es necesario marcar su diferencia con los puntos petitorios que son aquellas solicitudes de tipo formal que normalmente hace el actor al finalizar el texto de su demanda.

La pretensión procesal administrativa determina el alcance, naturaleza y límites del pronunciamiento final que concluirá el juicio, mientras los puntos petitorios se contraen a asuntos de mero trámite, su inclusión es conveniente, más no obligatoria. En tanto que sin pretensión no hay proceso.

Generalmente los puntos petitorios se identifican con determinadas obligaciones que el juzgador tiene al recibir la demanda, por lo que como ya lo apuntaba, no son necesarios para proceder.

La estructura de la pretensión procesal podemos derivarla del concepto que sobre la misma, aporta Guasp[17]: "Es una declaración de voluntad por que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración." De lo que inferimos que está conformada por los siguientes tres elementos:

1. Elemento subjetivo o "entes personales que figuran como titulares, aunque en grado diferente, de las conductas humanas significativas que lleva consigo toda pretensión procesal."[18]
   - Sujeto activo o persona que formula la reclamación.
   - Sujeto pasivo o persona frente a quien se formula la reclamación.
   - Destinatario u órgano ante quien se formula la reclamación y debe satisfacerla.
2. Elemento subjetivo o "sustrato material sobre el que recaen aquellas conductas humanas y que integran el soporte básico situado más allá de cada persona actuante y de cada actuación personal," [19] Por lo que este elemento será un bien de la vida apto para satisfacer las necesidades de tipo objetivo de los sujetos.

17 Guasp, J. *La Pretensión*. *Cit*. p. 217

18 *Supra Ibidem*. P. 68

19 *Supra Ibidem*. P. 69

3. De la actividad o mutilación de la realidad constituido por "el hecho de que los titulares de la pretensión, al ocuparse del objeto de la misma, determinan con su conducta una modificación de la realidad." [20] Se trata de la exteriorización de una conducta humana, implicando una declaración de voluntad petitoria.

En consecuencia, la pretensión procesal de acuerdo a su estructura, es una declaración de voluntad, en virtud de la cual un sujeto reclama a otro, ante un órgano jurisdiccional, un bien de la vida, formulando en torno al mismo, una petición fundada.

Conforme a la doctrina y la legislación en materia de justicia administrativa, se identifican con toda claridad dos tipos de juicios: los de mera anulación, y los de plena jurisdicción. Al respecto González Pérez asienta: "Parece que la distinción ha quedado reducida a sus justos límites: partiendo de la unidad de la pretensión procesal administrativa, puede admitirse la existencia de aquellos dos tipos en función de lo que se pretende del órgano jurisdiccional, sin que haya por qué seguirse para cada uno de ellos, cauces procesales distintos."[21]

Por el tipo de pronunciamiento, las pretensiones pueden ser:

1. De conocimiento: buscan la declaración de certeza de un derecho sea auténtico o no.
2. Ejecutivas: Buscan el cumplimiento obligatorio de compromisos de carácter pecuniario.
3. Precautorias: tratan de evitar peligros futuros

Todas las peticiones susceptibles de ser formuladas, pueden ser reducidas a dos grupos:

1. Pretensiones de cognición o declarativas: emisión de una declaración de voluntad por el juzgador.
2. Pretensiones de ejecución: realización de una conducta física por el juzgador.

La diferencia entre ambas no corresponde al criterio tradicional de que las primeras determinan la formación de un mandato y las segundas su cumplimiento, sino al contrario según Guasp, el criterio de distinción se basa en el hecho de entender el proceso de cognición "como aquel que tiende a la emisión de una declaración de vo-

20 *Ibidem*. *Loc. Cit*.

21 Cfr. González Pérez, *op. cit*. p. 153

luntad por el órgano jurisdiccional (sentencia)" [22] y el proceso de ejecución "como aquel que tiende a la realización de una conducta física distinta del mero declarar."[23]

La pretensión de cognición es aquella en la cual, se solicita al juzgador una sentencia frente al demandado; lo que origina un proceso de cognición que concluirá con una declaración de voluntad en la que se actúa o no la pretensión de la parte. A su vez este tipo de pretensiones se clasifican en:

1. Peticiones en las que se reclama la creación, modificación o extinción de una situación jurídica.
2. Peticiones en las que se reclama la constatación de una situación jurídica.
3. Peticiones en las que se reclama la imposición de una situación jurídica.

Las pretensiones de cognición en el ámbito administrativo, a su vez se clasifican en:

1. Pretensión de plena jurisdicción: es aquella en que se solicita del Tribunal, no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada. Las sentencias estimatorias de pretensiones de este tipo deberán contener los siguientes pronunciamientos:
   - Anulación del acto impugnado.
   - Reconocimiento de la situación jurídica individualizada desconocida por la Administración.
   - En su caso, condena a que la Administración y cuantas medidas implique el reconocimiento del derecho subjetivo.
   - En caso de que la satisfacción del derecho sea imposible, cabe la indemnización por daños y perjuicios, como remedio de carácter legal subsidiario para restaurar y paliar en la mayor medida el derecho perjudicado.
2. Pretensión de anulación: es aquella mediante la cual se solicita al órgano jurisdiccional la anulación del acto administrativo. Esto significa que no se solicita el reconocimiento de situaciones jurídica individualizadas sino únicamente la anulación del acto combatido.

22 Guasp. *Op. cit*. p. 77

23 *Ibidem. Loc. cit*

## 6.5. Conclusiones

1. Es insostenible en los tiempos actuales, la idea decimonónica de sistemas jurídicos fundados en el empirismo lógico y en la dogmática kelseniana, rígidos, cerrados y excluyentes, cuando estamos inmersos en una dinámica de intercambio global.
2. La tutela judicial efectiva en materia administrativa comprende los siguientes elementos: derecho de acceso libre a la jurisdicción; derecho a la fundamentación y motivación de la resolución de fondo; derecho a obtener una sentencia de fondo; derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos; derecho a obtener la ejecución de la sentencia; y prohibición de la indefensión.
3. El conjunto de actividades que conforman el proceso administrativo, tienen por objeto la declaración de voluntad por la cual se solicita del órgano jurisdiccional, una actuación frente a una pretensión determinada.
4. La pretensión procesal administrativa es un acto, no un derecho, mediante el que se afirma la acción.
5. La pretensión en el proceso administrativo, exige al demandante una manifestación de voluntad, para hacer valer un derecho cuyo fin primordial es apartar de la vida jurídica un acto de autoridad que se estima ilegal y el restablecimiento del derecho conculcado
6. Para que una pretensión procesal sea admitida, es necesario que se reúnan los requisitos de fondo, forma y oportunidad que establece la legislación.
7. Aun cuando se dan ciertos puntos de coincidencias entre la pretensión procesal y la demanda, ambos conceptos son diferentes.
8. Tanto la pretensión procesal como los puntos petitorios de la demanda, conllevan esencialmente una o varias peticiones, sin embargo, los dos términos tienen una connotación especial e implican distintas consecuencias.
9. En el proceso administrativo, el justiciable tiene derechos fundamentales que el juzgador debe respetar, porque para éste se convierten en exigencia.

Aunque ha sido desigual el desarrollo del derecho administrativo, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal, en la actualidad en los distintos Estados centroamericanos se vive un proceso de impulso al derecho administrativo; y, de reforma de las Leyes reguladoras del contencioso-administrativo. Ejemplo expresivo de este proceso es este libro que he tenido el honor de prologar, en el que han tenido una participación decisiva dos de los más prestigiosos administrativistas de la América de lengua española: Ernesto Jinesta y Karlos Navarro.

**Jesús González Pérez**
**Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense**

Cinco prestigiados juristas administrativistas centroamericanos: Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro Medal, Ernesto Jinesta Lobo y Carlos Gasnell Acuña, bajo la coordinación del tercero y cuarto de ellos, sumaron sus esfuerzos académicos para conformar esta obra "Justicia Contenciosa Administrativa en Centroamérica" que presente una visión integral de la justicia contenciosa administrativa en sus respectivos países: El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

**Jorge Fernández Ruiz**
**Catedrático de Derecho Administrativo de la UNAM**

ISBN 978-99924-21-26-0

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIO SUPERIORES
IIESI
USTOM Sin límites
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODÍA
"Universitas Granadensis"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA