KARLOS NAVARRO

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES IIES

UNIVERSIDAD METROPOLITANA UNIMET NICARAGUA VERITAS LUX HUMANITAS

EDITORIAL HISPANOAMERICANA

KARLOS NAVARRO

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA



EDITORIAL HISPANOAMERICANA

Universidad Metropolitana

Rector
Ing. Elmer Acevedo

Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores

Director
Karlos Navarro

Equipo Editorial

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

ISBN: 978-99924-21-30-7

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

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

iiescontrolacademico@gmail.com

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

INDICE

I- INTRODUCCIÓN 9

II.- EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 13

III.- ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 17

IV.- OBSTÁCULOS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 19

1) El carácter revisor del proceso contencioso administrativo 19

2) Los requisitos de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa 23

A- El agotamiento de la vía administrativa 24

B- El silencio administrativo negativo y positivo 34

C- Plazo para promover el pleito 44

V. MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA 48

1. Los fundamentos de la tutela cautelar: el periculum in mora y el fumus boni iuris 58

2. La ponderación de los intereses de terceros y del interés público 67

3. Carácter reglado de la tutela cautelar. Especial referencia a la necesidad de una adecuada motivación de la decisión 69

4. La constitución de fianza como requisito para la efectividad de la medida cautelar 71
5. Suspensión como única medida cautelar posible versus reconocimiento de un numerus apertus de medidas cautelares: la necesidad de una interpretación superadora de los estrechos márgenes de la Ley Jurisdiccional nicaragüense 73
6. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares 76
7. Medidas cautelares y proceso en el que se ventila la pretensión principal: accesoriedad e instrumentalidad de la medida cautelar 79
8. Conclusiones 80

I. TUTELA JUDICIAL 81

1.1. El Derecho a la Acción 83
1.2. El Derecho de Acceso a la Jurisdicción o a la Justicia 83
1.3. Derecho a la Efectividad de las Resoluciones Judiciales 83
1.4. El Derecho a la Cosa Juzgada 84
1.5. Derecho la Tutela Cautelar 85
1.6. Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas 86
1.7. Derecho a la Publicidad de los Actos Jurisdiccionales 88
1.8. Derecho a Sentencias Motivadas 89

II. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO 91

2.1. El Derecho al Juez Predeterminado por la Ley 92
2.2. Derecho a un Juez o Tribunal Independiente e Imparcial 93
2.3. El Derecho a la Defensa Jurídica y a la Asistencia Letrada 94
2.4. Derecho a Asesoría y Defensa Jurídica Gratuita para las Víctimas 95
2.5. El Derecho a la Bilateralidad de la Audiencia 96

2.6. El Derecho al Debido Emplazamiento 97
2.7. Derecho a la Igualdad entre las Partes 99
2.8. El Derecho a Presentar e Impugnar Pruebas 101
2.9. Derecho a Obtener una Resolución Motivada sobre el Fondo..... 102
2.10. El Derecho de Revisión Judicial por un Tribunal Superior 103
2.11. El Derecho al Recurso no Implica Necesariamente el Derecho a la Doble Instancia 104

¿TRIBUNALES JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS? 107
I. INTRODUCCIÓN 107
II. LAS DIFERENTES VÍAS DE REVISIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: RECURSOS ADMINISTRATIVOS, REVISIÓN DE OFICIO Y CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 110
III. PROPUESTA DE ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE REVISIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA 121
BIBLIOGRAFÍA 130

EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE..... 135
I. Fundamento constitucional del proceso Contencioso-Administrativo 135
1.1. Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350 139
1.2. Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 142
II. Organización de la Jurisdicción Contencioso administrativa 144
III. Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa..... 145

IV. Las partes del proceso contencioso-administrativo..... 151
4.1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal..... 151
4.2. Legitimación 154
A. Legitimación activa 154
B. Legitimación pasiva 157
C. Sucesión en la legitimación 160
4.3. Postulación 161
V. Objeto del proceso 162
VI. Acumulación de acciones 170
VII. El proceso contencioso-administrativo 171
7.1. Plazo para la interposición del recurso 171
A. Plazo de interposición del recurso contra actos administrativos 171
B. Plazo de interposición del recurso contra actos producidos por silencio administrativo 174
C. Plazo para la interposición del recurso contra disposiciones administrativas..... 175
D. Plazo para interponer el recurso contra la inactividad material de la Administración. 175
E. Plazo para interponer el recurso contra vías de hecho 176
7.2. Inicio del proceso 176
7. 3. Demanda y contestación a la demanda..... 180
VIII. PRUEBA 191
IX. VISTA 193
A. Concepto y características..... 193
B. Principios que rigen la celebración de la vista..... 194
a. Continuidad e inmediación 194
b. Publicidad 195
C. Desarrollo de la vista..... 196

XI. TERMINACIÓN DEL PROCESO 198
A. Terminación normal del proceso: la sentencia..... 198
B. Terminación anormal del proceso 210

I- INTRODUCCIÓN

Los movimientos constitucionalista, de inspiración iusnaturalista que racionalizaron el Estado a través de las Constituciones escritas y de las Declaraciones -de Derechos, reconoció la dignidad humana, la igualdad y la libertad como principio básico de todo ordenamiento jurídico del cual derivan un conjunto de derechos que son inherente a la persona humana[1].

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

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

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

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

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

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

La Constitución ordena la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por medio de dos vías. La primera: un procedimiento judicial preferente y sumario encomendado a los "tribunales ordinarios", y la segunda: un recurso de amparo[2].

[2] Omar Gracia, destaca que en "el ordenamiento jurídico–constitucional nicaragüense configura un mecanismo de protección constitucional que denomina "recurso de amparo" (artículos 45 y 188 de la Constitución). RIZO OYANGUREN (1992) citado por SÁNCHEZ CORRALES ha destacado que el amparo en Nicaragua es un "juicio autónomo de carácter contencioso", es decir, el amparo implica la existencia de un litigio que se da dentro de un proceso y ante una instancia jurisdiccional y que concluye mediante una sentencia de carácter definitiva. Ello, lógicamente, ubicaría al amparo como un auténtico juicio similar al tratamiento gene-

ralizado que existe sobre esta figura en el ámbito latinoamericano y que es conocida por diversos nombres —acción de tutela en Colombia, mandato de segurança en Brasil, juicio de amparo en México, entre otros-

En el caso nicaragüense, el mecanismo de protección de constitucionalidad denominado por el constituyente y el legislador ordinario como "recurso de amparo" no es un medio de "impugnación de decisiones" emanadas de "autoridad" que afectan o vulneran derechos constitucionales, sino todo lo contrario, un auténtico mecanismo de protección de derechos y garantías constitucionales de forma autónoma y eventualmente, como se podrá observar más adelante, como un medio de control de normas en casos concretos.

En ese sentido, el mecanismo de protección en el sistema nicaragüense tiene una doble naturaleza o naturaleza dual que puede ser fácilmente identificada a través de la redacción constitucional y legal sobre el tratamiento del mismo. El artículo 45 de la Constitución establece lo siguiente: "Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el Recurso de Exhibición Personal o de Amparo, según el caso y de acuerdo a la Ley de Amparo".

El artículo 188 del texto constitucional reafirma la idea de mecanismo de protección de "derechos" y agrega la expresión "garantías", ambos consagrados en la Constitución Política.

Por su parte, la Ley de Amparo introduce otro elemento que va a configurar en su totalidad la doble naturaleza o naturaleza dual del recurso de amparo en Nicaragua. El recurso de amparo podrá también servir como cauce o instrumento jurídico para controlar la constitucionalidad de ciertas normas en casos concretos. En ese sentido, el artículo 22 de la Ley de Amparo hace referencia a la utilización del mecanismo para activar la denominada "inconstitucionalidad en casos concretos" que opera como un mecanismo de control de normas aplicadas al caso particular que está siendo objeto del amparo. El artículo 29, inciso 3, de la misma Ley de Amparo destaca que uno de los requisitos del escrito de amparo es señalar si una "ley, decreto o reglamento" aplicada a ese caso es, a juicio del recurrente, considerada inconstitucional.

En ese sentido, el recurso de amparo en el sistema constitucional nicaragüense tendrá como naturaleza jurídica la protección de "derechos y garantías constitucionales" (artículos 45 y 188, Constitución) y el control de normas en casos concretos (ley, decreto o reglamentos) que se estén aplicando al caso y que según valoración del recurrente del amparo (sujeto con legitimación activa) las considere inconstitucionales, o bien, tal como destaca el artículo

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

5o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a juicio de la "autoridad judicial" se consideran inconstitucionales. El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense. Del mismo autor: "El sistema mixto de control de constitucionalidad en Nicaragua", en *Libro homenaje al profesor Héctor Fix–Zamudio, cit.,* pp. 554 y 555. Curso de Derecho Constitucional. Managua, Nicaragua. INEJ. 2011.

Sobre el recurso de amparo en Nicaragua puede consultarse: CUAREZMA TERÁN, SERGIO y MORENO CASTILLO, MARÍA ASUNCIÓN. "La justicia constitucional en Nicaragua", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 265–268; ESCOBAR FORNOS, IVÁN. *Introducción al derecho procesal constitucional,* Porrúa, México, 2005, pp. 247–292; ESCOBAR FORNOS, IVÁN. *Derecho procesal constitucional: el amparo,* Hispamer, Managua, 2004, p. 16. PÉREZ TREMPS, PABLO. "La jurisdicción constitucional en Nicaragua", *La justicia constitucional como elemento de consolidación de la democracia en Centroamérica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 222–228; RAMOS MENDOZA, JOSEFINA. "Sistemas de control de constitucionalidad en Nicaragua I y II", en Revista Justicia, No. 20–21, febrero–abril de 2000, pp. 9–13 y 19–21, respectivamente; ROSALES ARGÜELLO, FRANCISCO. "El constitucionalismo y el amparo de los derechos fundamentales", en CASTRO RIVERA, EDWIN y CUAREZMA TERÁN, SERGIO J. (dirs.), *A 21 años de la Constitución Política: vigencia y desafíos,* INEJ, Managua, 2008, pp. 75–88; GARCÍA VÍLCHEZ, JULIO RAMÓN. *Manual de amparo. Teoría, práctica y jurisprudencia,* LEA–Grupo Editorial, Managua, 2004, pp. 40–47; GUEVARA SOLÍS, SELENE. "Algunos aspectos del amparo en Nicaragua", en *Libro homenaje al profesor Héctor Fix– Zamudio, cit.,* p. 513.

II.- EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

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

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

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

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

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

En fecha posterior, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, receptó expresamente en su art. 47, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial[3].

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

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

En el art. 8.1[4] del último de los pactos citados, se reconocen los siguientes derechos: a) a ser oído con las debidas garantías; b) a que el proceso se desarrolle dentro de un plazo razonable; y c) a ser juzgado por un juez o tribunal competente; independiente; e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. A su vez, en el art. 25.1 se dispone: *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales".*

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

En lo que concierne a Nicaragua, se ha otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales de protección a los derechos humanos. Arto. 46: "En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de

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

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos".

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

III.- ALCANCE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos[5]: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia[6].

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

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

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

[5] González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional,* Civitas, Madrid, 200, p.59. Pablo Esteban Perrino, en su artículo "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa". Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257/294

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

c) a un juez natural e imparcial;

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

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

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

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

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

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

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

k) a impugnar la sentencia definitiva;

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

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

n) a contar con asistencia letrada;

IV.- OBSTÁCULOS PARA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

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

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

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

1) EL CARÁCTER REVISOR DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El primer problema que cabe mencionar y que ha ocasionado muchas dificultades para el acceso a la justicia en los litigios

contra el Estado concierne al mítico principio de la decisión previa y su consecuencia el carácter revisor de actos de la jurisdicción contencioso administrativa que fue adoptado en aquellos sistemas jurídicos que, siguió en gran medida el modelo francés.

Como es sabido en Nicaragua, en un primer momento, al igual que aconteció en Francia y en España y en numerosos países latinoamericanos, tradicionalmente se entendió que la jurisdicción contencioso administrativa era de carácter revisor de lo actuado en sede administrativa[7].

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

[7] En la Constitución de 1974, en el Titulo XII llamado Poder Judicial, que trataba de la organización y atribuciones de este Poder, es donde se encuentran las normas que regulan al Contencioso–Administrativo. Se estableció la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los artículos 303 y 304, se contempla la estructuración de un "Tribunal de lo Contencioso Administrativo", adscrito al Poder Judicial.
El arto. 303 decía: "Habrá un Tribunal de lo Contencioso–Administrativo en la capital de la República, que conocerá de los asuntos y en la forma que determine la Ley. Se compondrá de cinco Magistrados con sus respectivos suplentes, electos por el Congreso Nacional en Cámaras Unidas, de los cuales dos pertenecerán al Partido que hubiere obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de Autoridades Supremas. El Magistrado primeramente electo será el Presidente de dicho Tribunal. La Ley podrá, a iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, crear otros órganos de la Contencioso–Administrativo".
Por su parte el arto 304 decía: "Contra las resoluciones del Tribunal de la Contencioso–Administrativo se podrá recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos que determine la Ley".
En los artículos 284, 288, 290 y 305 del mismo cuerpo legal se desarrollaron otros aspectos de lo Contencioso– Administrativo. A pesar de dedicársele todos estos artículos el Tribunal de lo Contencioso–Administrativo nunca se llegó a organizar, ni se dicto la ley para su funcionamiento.

Esta concepción, que no es más que un resabio de la antigua doctrina francesa del ministro-juez[8]-, abandonada por el Consejo de Estado en 1889 en el caso "Cadot"[9], que consideraba que el objeto del proceso contencioso administrativo era la impugnación de actos ilegítimos, cuando en verdad –según lo ha señalado la moderna doctrina administrativa, siguiendo las enseñanzas de Jaime Guasp, el objeto de todo proceso, y también el del contencioso administrativo, es siempre una pretensión[10].

El proceso no es otra cosa que el instituto jurídico destinado a la satisfacción de pretensiones[11].

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

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

---

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

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

10 Guasp Delgado, Jaime, "La pretensión procesal", Civitas, Madrid, 1981, p.57; conf. Palacio, Lino E., "Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1967, t. I, p. 376 y ss. Según la conocida definición de Guasp "La pretensión es la reclamación o queja que una parte dirige frente a otra y ante el juez que se trata de satisfacer mediante el proceso" ("Derecho Procesal Civil", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. I, p. 217). A su vez, siguiendo de cerca las enseñanzas del citado maestro español Lino E. Palacio sostiene que "la pretensión "es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración" (ob. cit. t. I, p. 394).

11 Guasp, Jaime, "Derecho procesal civil", cit., t. I, p. 16 y González Pérez, Jesús, "Derecho procesal administrativo", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, t.1, p.43 y 211.

Lo ha señalado Cassagne, "si se parte del principio según el cual, en los sistemas judicialistas como es el nuestro (...), la jurisdicción contencioso administrativa es plena y no se halla recortada por la interpretación francesa de la división de poderes, no cabe sino reconocer la manifiesta y abierta incompatibilidad del dogma revisor con la existencia de una efectiva tutela judicial"[12].

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa (350), fija el ámbito de la jurisdicción contenciosa en sus art. 14 y sigs. Incluye para ello una cláusula general, a la que añade posteriormente un listado de cuestiones incluidas y excluidas del ámbito de conocimiento de la justicia administrativa.

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

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

[12] Cassagne, Juan Carlos, "La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa", Rev. de Der. Adm. n° 32, p. l533.

2) LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA

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

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

En los juicios contencioso administrativos además de los requisitos de admisibilidad comunes a todos los procesos, generalmente los distintos ordenamientos jurídicos exigen el cumplimiento de otros presupuestos específicos propios de este tipo de litigios, modernamente denominados por algún sector de la doctrina como condiciones de acceso a la instancia judicial (Vgr. tratándose de pretensiones impugnatorias: agotamiento de la vía, acto administrativo definitivo, plazo de caducidad, etc.)[13].

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

---

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

A- El agotamiento de la vía administrativa

El estudio comparativo de la legislación de países europeos y americanos pone de relieve un tratamiento disímil del instituto del agotamiento de la vía, pues mientras que en algunos regímenes los recursos administrativos no son de articulación obligatoria sino facultativa para acceder a la instancia judicial, como en Francia[14], Italia[15] a partir de la reforma de 1971, Méjico[16] y Costa Rica[17] en otros ordenamientos comparados- si bien con diferentes matices- se mantiene vigente este instituto. Tal el caso de Alemania[18], España[19], Estados Unidos[20], Perú[21], Colombia[22], Uruguay[23], Costa Rica[24], Argentina (tanto a nivel federal[25] como local[26]), y Nicaragua[27].

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

[15] En Italia hasta el año 1971 era obligatorio el agotamiento de los remedios administrativos. Con la reforma producida mediante el dictado de la ley 1034 del 6 de diciembre de dicho año (art.20), de creación de los Tribunales Regionales Administrativos, se suprimió tal exigencia al establecerse el carácter facultativo del recurso jerárquico (Cassarino, Sebastiano, *Los recursos administrativos en el Derecho italiano,* D.A. n° 221, p.43). La ley antes citada, creadora de los Tribunales Administrativos Regionales, al establecer que el recurso judicial también se puede presentar directamente contra actos no definitivos, produjo una reforma radical en lo que se refiere a las relaciones entre este recurso y los recursos administrativos ordinarios (art.20) (conf. Virga, Pietro, *Diritto Amministrativo,* Giuffre, Milano, 1987, t. II, p. 195; Mazzarolli, L.- Pericu, G.- Romano A.- Roversi Monaco, F.A. y Scoca, F.G., *Diritto Admminustrativo,* Monduzzi, 1993, t.II, p.1495; Giandomenico, Falcon, *La justicia administrativa* en la obra colectiva *La justicia administrativa en el derecho comparado,* dirigida por Javier Barnes Vázquez", Consejería de la Presidencia de la Junta de Anadalucía y Civitas, Madrid, 1993, p.225; Cassarino, ob cit. ps. 43/44; Mairal, ob. cit. t. I, ps.314/315 y Sarmiento Acosta, ob. cit., p.390) A partir de entonces, es facultativa la deducción del recurso jerárquico, pues son impugnables judicialmente en forma directa los actos no definitivos.

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

[17] El Tribunal Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional este requisito para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa (Voto No. 3669-2006 de las 15 hrs. de 15 de marzo de 2006)

[18] En Alemania la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 21 de enero de 1960 establece, como principio, que antes de deducirse ante los tribunales administrativos las pretensiones impugnatoria y la obligacional o de imposición a que se dicte un acto administrativo, deberá transitarse una vía previa recursiva ante la autoridad administrativa, salvo cuando el acto que se cuestiona en sede judicial fue dictado por la autoridad jerárquicamente superior (art. 68, inc. 2 de la ley citada; Sommermann, Karl-Peter, La justicia administrativa alemana, publicado en la obra colectiva *La justicia administrativa en en el derecho comparado,* coordinada por Javier Barnés Vázquez, Civitas, Madrid, 1993, ps. 75/78 y 83; Sarmiento Acosta, Manuel J., "Los recursos administrativos en el marco de la justicia admi-

nistrativa", Civitas, Madrid, 1996, p.379 y González-Varas Ibáñez, *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania,* Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia y Civitas, Madrid, 1993, ps.194, 240 y 376 y ss.). Explica este último autor que "la doctrina alemana valora positivamente la vía administrativa cuando estos tres efectos que la justifican: -La mayor protección de los derechos de los particulares, desde el punto de vista de la ampliación de las posibilidades de estos por la extensión, con la vía administrativa, al enjuiciamiento a la oportunidad del acto administrativo, ya que los Tribunales extienden su enjuiciamiento no más allá de la legalidad del acto administrativo. –El autocontrol administrativo, al permitirse a la Administración que corrija el acto. –La descarga del trabajo de los Tribunales, llamado por Ule "efecto-filtro" (...) Por contrapartida, cuando el sentido de la vía administrativa, cuando aquellos tres fines no se presenten, ésta se obvia..." (ps.377/378). No rige el principio del agotamiento de la vía cuando se interponen las pretensiones declarativa o prestacional general (González-Varas Ibañez, ob. cit. p. 378). En tal sentido escriben Martin Bullinger y Mariano Bacigalupo: "Con arreglo al §. 68 VwGO, el procedimiento de contradicción –denominación genérica de la vía administrativa de recurso- sólo está configurado con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial, si la acción contencioso-administrativa interpuesta está dirigida a impugnar un acto administrativo (*Anfechtungsklage,* § 42, apdo. 1 VwGO) o a obligar a la autoridad a dictar tal acto (*Verpflichtungsklage,* § 42, apdo. 1 VwGO). Sin embargo, conforme a la Ley marco del Estatuto jurídico de los funcionarios públicos, también se debe agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición de todos los recursos contenciosoadministrativos entablados por funcionarios públicos con apoyo en su *status funcionarial (Klagen aus dem Beamtenverhältnis),* independientemente de que la acción contencioso administrativa interpuesta sea una de las previstas en el señalado §. 68 VwGO" (Ob. cit., p.19).

[19] En España el art. 37, inciso 1 de la Ley 27 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: "El recurso contencioso administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que hayan puesto fin a la vía administrativa" de conformidad con lo previsto en la legislación sobre procedimiento administrativo. Según el art. 109 de la ley 30/1992, De Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,: "Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos ordinarios. b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 (esto es, de aquellos

procedimientos de impugnación o reclamación que establezcan las leyes en sustitución del recurso ordinario). c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario. c) Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca".

Cabe destacar que el presupuesto procesal del agotamiento de la vía administrativa se mantiene incólume en ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (art. 25, inc. 1).

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

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

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

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

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

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

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

[26] Catamarca: art. 5 Cod. Cont.. Adm. (Ley 2403 B.O. 6/8/71); Córdoba: art. 6 Cód. de Proc. Contenciosoadministrativo (Ley 7182 B.O. 27/11/84); Corrientes: art. 10 Cód. Cont. Adm. (Ley 4106 B.O. 11/3/87); Chaco: art. 9 Cód. Cont. Adm. (Ley 848 B.O. 7/9/67); Entre Ríos: art. 4 Cód. Procesal Adm. (Ley 7061 B.O. 2/11/83); Formosa: art. 4 Cód. Procesal Adm. (t.o. 1978. B.O. 20/1/78); Jujuy: art. 5 Cód. Cont. Adm. (Ley 1883 B.O. 4/9/48);

La ley Organización, competencia y recursos administrativos (350) establece es su artículo 45: "El Recurso de Apelación se resolverá en un término de treinta días, a partir de su interposición, agotándose así la vía administrativa y legitimará al agraviado a hacer uso del Recurso de Amparo, mientras no esté en vigencia la Ley de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo[28].

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

27 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Nicaragua en su artículo 50 inciso, 4 señala de los requisitos de la demanda dice: "Señalamiento de haberse agotado la vía administrativa".

28 Juan Bautista Arrien, en estudio: El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso – administrativo en Nicaragua", comenta: "me gustaría presentar propuestas para descentralizar la vía administrativa y brindar mayor independencia administrativa a los ciudadanos. a) La primera es la teoría denominada en el Derecho Alemán como la doble vía, que ya había sido explicada por el Dr. Cairo Manuel López, sosteniendo la necesidad de brindar la potestad al administrado de escoger

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

Igualmente en la ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa, señala en el artículo 46.- Agotamiento de la Vía Administrativa: "Para ejercer la acción contencioso-administrativa será

---

ante qué vía recurrir, es decir, o utilizar los recursos administrativos o recurrir al contencioso – administrativo de una vez". Más adelante, en su artículo, presenta diferentes puntos de vista sobre el agotamiento de la vía administrativa: La validez de esta teoría se sigue discutiendo, grandes juristas están a favor de ella como el Dr. Jesús González Pérez28, quien sostiene que la vía administrativa en España aun con toda la regulación que posee representar un privilegio para la Administración Pública y una carga para el administrado. Considera que el recurrir a la vía administrativa debería de ser una facultad potestativa para el administrado, permitiendo la descongestión de la Administración Pública.

Por otro lado, otro Catedrático de gran prestigio como el Dr. Ramón Parada28 sostiene la idea de mantener la vigencia de la vía administrativa, pero proponen implementar ciertas reformas en cuanto a la ampliación de los términos para que los administradores puedan interponer sus recursos con más tiempo sin que precluya o prescriba su derecho material pero sobre todo que los plazos de caducidad de la acción contencioso – administrativa sea superior a los plazos de interposición. Esta recomendación esta planteada en nuestra Ley No. 350, ya que su art. 129 sostiene que la acción contencioso – administrativa prescribe a los cinco años, contados a partir del agotamiento de la vía administrativa, mientras que los plazos de agotamiento de la vía administrativa, mientras que los plazos de interposición del recurso en sus varias facetas (ante resoluciones expresas, vías de hecho, entre otras9 no excede de 60 días según el art. 47 y 48 de la misma Ley.

a) Otra teoría es la creación de un Tribunal Administrativo en Nicaragua, separado totalmente de la Administración Pública, cuyos funcionarios sean administrativistas escogidos por concurso de mérito u oposición. Este supuesto Tribunal con la debida estructura física y la adecuada división de competencias por salas podría ser una respuesta estructural ante la falta de independencia de nuestra vía administrativa.

requisito indispensable haber agotado previamente la vía administrativa en la forma establecida por la ley.

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

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

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

3. Cuando así lo disponga expresamente la ley".

El requisito del agotamiento de la vía administrativa, calificado por García de Enterría como "una reduplicación del privilegio de la decisión previa"[29], con razón viene siendo duramente controvertido por la doctrina ya que, debido a su muchas veces inadecuada regulación y en otras a su irrazonable aplicación, convierte -en un número muy significativo de casos- el tránsito previo por la vía administrativa en una trampa o carrera de obstáculos para el litigante y demora injustificadamente el acceso a la jurisdicción.

De ahí que ante los abusos en que se ha incurrido en su reglamentación y aplicación las opiniones doctrinarias mayoritarias postulan, cuando no su eliminación, su templanza mediante una reforma sustancial al régimen recursivo propugnando el carácter facultativo de los recursos administrativos[30].

---

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

[30] Ver: García de Enterría, *Hacia una justicia administrativa",* antes cit. ps.66/67; González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano,* Temis, Bogotá, Colombia, 1985, p.177, nota 26, y en *La reforma de la legislación procesal administrativa,* Civitas, 1992, ps. 46 y ss. y en

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

Al respecto cabe recordar que en un relevante dictamen de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos emitido el 29 de setiembre de 1999 se expresó que el principio de tutela judicial efectiva, protegido por el Pacto de San José de Costa Rica, exige *"que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares"*[31].

La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, separata de Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas", n° 75, curso académico 1997-1998, Madrid, 1998, ps. 318/319.Fernández, Tomás R., *Reflexiones sobre la vía administrativa de recurso,* D.A., n° 221, ps. 5 y ss.; Garrido Falla, Fernando y Fernández Pastrana, José M., *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992),* Civitas, Madrid, 1995, ps. 244/245; Piñar Mañas, José Luis, *La pretendida especialidad de los recursos especiales,* D.A. n° 221, p. 132; Rivero Ysern, José Luis, *Vía administrativa de recurso y jurisdicción contencioso-administrativa",* en la obra colectiva *El procedimiento administrativo en el derecho comparado,* antes cit., ps.201 y ss.; Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo,* 3ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, t. II, cap. XIII, ps.12/16. Juan Bautista Arrien: "El procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso – administrativo en Nicaragua". Inédito.

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

Vale decir que la incertidumbre o falta de claridad en la configuración de este recaudo constituye una violación al principio de tutela efectiva[32].

Por lo demás, la experiencia pone de resalto que a menudo no se verifica el motivo principal que se esgrime tradicionalmente para justificar dicho instituto, como es la de generar una etapa de conciliación previa al juicio y otorgar a la Administración

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

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

la oportunidad de revisar el caso y corregir errores. En efecto, lamentablemente, es común que la Administración rechace los recursos administrativos sin efectuar un estudio serio de la cuestión, desaprovechando la ocasión que ello le confiere para revisar la legitimidad y la oportunidad, cuando el recurso lo permite, de la acción administrativa.

También el agotamiento de la vía también se transforma en irrazonable y lesivo para el derecho de defensa cuando se establecen plazos intrínsecamente irrazonables por su brevedad para deducir un recurso administrativo necesario para dejar expedita la revisión judicial.

B- El silencio administrativo negativo y positivo

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

Inicialmente, la administración eludía su obligación de resolver, con solo permanecer inactiva; de esta manera, el administrado quedaba indefenso y privado de toda garantía judicial. Por ello, el 17 de julio de 1900, Francia instauro una Ley, en la que pasado un cierto plazo sin que la administración resolviera, se presumía que la pretensión del administrado había sido denegada, permitiéndole así a este último, promover contra dicha denegación los recursos correspondientes[33].

[33] Posteriormente, siguiendo el modelo de la Ley francesa, esta figura del silencio negativo fue introducida en España, por los Estatutos Locales de José Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal republicana de 1935 de España, y más tarde, por la ley española del 18 de marzo de 1944.
Su funcionamiento de esta ley era el siguiente: formulada una **petición** ante la administración, y en el término de tres meses no le era notificada

Por tanto, el silencio negativo no era considerado como un verdadero acto administrativo desestimatorio, ya que al carecer de toda actividad voluntaria de la administración, no era admisible proceso administrativo alguno, destinado a averiguar el sentido de una voluntad inexistente.

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

Lo peor era, que una vez cumplidos los plazos indicados, quedaba abierto indefinidamente el acceso a la vía jurisdiccional, mientras la administración no dictara la resolución expresa, que según la ley no podía en ningún caso evadir. Sin embargo, el articulo 58 LJ 56, limito en un año el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, contado desde la producción del silencio en el caso de las peticiones; y un año desde la interposición del recurso de reposición, esta ultima aplicada también al silencio del recurso de alzada, lo que venía a impedir al interesado la interposición del recurso contencioso-adminis-

---

la resolución al interesado, este podía denunciar la mora, y, si transcurridos otros tres meses desde la denuncia, no se recibía respuesta alguna, se podía considerar desestimada la petición, deduciendo frente a la supuesta denegación, el **recurso administrativo** o procesal según fuera el caso o esperando la resolución expresa de la solicitud. En el caso de recursos administrativos el interesado que lo hubiere interpuesto, podía hacer lo mismo, pero sin la necesidad en este caso de denunciar la mora. Sin embargo, en ambos casos, la administración no está exenta de dictar una resolución expresa sobre la petición o recurso formulados.

trativo una vez transcurrido ese tiempo. Por lo tanto, si el interesado dejaba pasar más de un año para acudir a los tribunales, este tendría que hacer todo el procedimiento de nuevo, hasta obtener una nueva desestimación presunta por el silencio.

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

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

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

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

Con la reforma, el silencio opera automáticamente, dependiendo únicamente del trascurso del tiempo de la inactividad de la

Administración, sin imponer cargos al particular. En consecuencia se suprime la certificación de acto presunto cuya virtualidad como requisito de eficacia de los actos administrativos había sido cuestionada ya por los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contenciosoadministrativo. Así el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de octubre de 1996 ha declarado que "la falta de petición específica de la certificación de acto presunto, cuando la Administración ha conocido que no había resuelto una determinada reclamación ante ella presentada, carece de entidad suficiente para determinar el cierre del proceso mediante la aceptación de la causa de inadmisibilidad" (consistente esta última en la falta de eficacia del acto impugnado por no haberse expedido la oportuna certificación).

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

Por otra parte, el proyecto recupero la clásica naturaleza de cada tipo de silencio administrativo. El silencio positivo equivale a una verdadero acto de modo que, una vez producido, sólo cabe dictar una resolución confirmatoria del acto, en tanto que el silencio negativo se configura como una ficción legal, cuyos únicos efectos de contraen a permitir a los interesados la interpo-

sición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Por ello, para este segundo supuesto, subsiste la obligación de resolver por parte de la Administración, que deberá hacerlo sin vinculación alguna al efecto desestimatorio del silencio. Si la Administración resuelve después de producido el silencio negativo dando la razón la particular, evitará la provocación de un pleito o pondrá fin al ya comenzado, ya que el particular habrá obtenido la satisfacción extraprocesal de su pretensión.

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

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

La generalización del silencio administrativo; se trató de una apuesta plenamente consciente con el objetivo de conseguir una

Administración más tecnificada, moderna eficaz y receptiva que sabe dar respuestas a las demandas de los ciudadanos.

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

Otra de las novedades del proyecto de reforma de la Ley fue la regulación de la suspensión del plazo para resolver. En este sentido, la Ley, acogiendo el moderno derecho comunitario, establece unas causas tasadas de suspensión que permitan a la Administración resolver en plazo cuando se dan circunstancias particulares: requerimiento a los interesados para subsanar deficiencias, pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, intervención preceptiva y determinante, vía informe de otras Administraciones Públicas, pruebas técnicas, o iniciación de negociaciones para terminar convencionalmente el procedimiento. Se trata, en definitiva, de regular el tiempo en el procedimiento acorde con las circunstancias del mismo, de forma que no se produzca el transcurso del plazo para resolver por circunstancias ajenas al órgano competente para resolver el procedimiento.

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

clara y despojada de trámites como la denuncia de la mora y la petición de certificación de acto presunto, y, por consiguiente, menos gravosa para los interesados.

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

En Italia no existe una regulación general del procedimiento administrativo al modo de otros países europeos y americanos; no obstante puede decirse que, en general, el ordenamiento italiano considera la estimación por silencio como una situación claramente excepcional relativa a supuestos de fiscalización de la actividad privada a través de técnicas de autorización, licencia o habilitación. La regulación se completa con la posibilidad de que la Administración pueda anular el acto de conformidad ilegítimamente producido, salvo subsanación de los vicios por el particular con la imposición a los solicitantes de la obligación de declarar que se cumplen los supuestos y requisitos exigidos por la Ley.

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

En el Derecho alemán la inactividad de la Administración, así como la negativa a dictar el acto que se le solicita, recibe directamente un tratamiento de carácter judicial a través de la demanda de imposición o de condena a dictar un acto. En el primero de los casos mencionados, cuando un particular se dirija a la Administración y no obtenga respuesta en un plazo razonable, al menos tres meses, siempre que no concurra ninguna circunstancia especial que justifique uno más breve, se podrá acudir

al Tribunal contencioso ejercitando esta acción. La demanda ha de basarse en que la omisión, además de ser ilegal, lesiona los derechos del actor. La sentencia estimatoria se resuelve en la condena a la Administración para que dicte el acto que fue solicitado.

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

En otros países, de América Latina, también, introdujo, el silencio negativo y positivo[34].

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

[34] **El Silencio en la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General de Perú y Ley N° 29060 de Silencio Administrativo**.
En la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General de Perú, los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones de esta ley, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este ultimo a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo, regulados estos últimos, en los artículos 33 y 34 de la presente ley y derogados por la Ley 29060, del Silencio Administrativo. Cada entidad señala estos procedimientos en un Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento (artículo 30 de la Ley N° 27444).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C- Plazo para promover el pleito

Otro requisito procesal para demandar judicialmente a la Administración consiste en la necesidad de interponer la demanda judicial dentro de un plazo, cuya duración -si bien varía en cada legislación- es normalmente breve[35].

[35] Pablo Esteban Perrino, en su artículo "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", señala: "En Alemania la Ley de la Jurisdicción contencioso Administrativa (art. 74.I y II) establece un plazo de un mes para deducir las pretensiones de anulación y de prestación obligacional. No están sujetas a plazos las pretensiones declarativas y contra la inactividad (silencio negativo).
Por su parte, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, ley 29/1998, de 13 de julio, establece en el art. 46, inc. 1 un plazo de caducidad de dos meses para deducir el recurso contencioso administrativo contra reglamentos y actos administrativos expresos que pongan fin a la vía administrativa, y del recurso de lesividad. El término se amplía a seis meses para los recursos que se dirijan contra los llamados actos presuntos (silencio). Para impugnar vías de hecho el plazo es de diez días, si se ha efectuado una reclamación en sede administrativa pidiendo su cese, y veinte días cuando no se ha realizado dicho requerimiento a contar desde el momento en que se verificó la actuación en vía de hecho (art.46, inc.3).
En Italia, como consecuencia de su singular sistema de control judicial de la Administración, corresponde a los tribunales judiciales intervenir en los pleitos en los que estén lesionados derechos subjetivos y a los tribunales administrativos en los litigios incoados en defensa de intereses legítimos. En el primer supuesto no es aplicable plazo de caducidad alguno, sino de prescripción. En cambio, en el segundo caso rige el plazo general de caducidad de sesenta días.
En el sistema británico, rige un plazo general de tres meses para el acceso a la justicia, salvo que la Corte considere que existe una buena razón para extender dicho término103. Sin embargo, la Supreme Court Act de 1981 estableció en la subseccion 6 que la Corte puede considerar en que

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

Las razones que se invocan para justificar este recaudo procesal son la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a la actividad administrativa y evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración, como así también la eficacia administrativa, ya que la Administración debe conocer el período dentro del cual sus actos pueden ser atacados y las consecuencias que de ello pudieran derivarse[36].

---

supuestos se produce una tardanza injustificada en la presentación de la demanda judicial, examinando en cada caso la afectación de derechos de terceros y el perjuicio que ello ocasionaría a la buena administración, pudiendo rechazar la presentación. Ello sin perjuicio de las reglas de la Corte que establecen plazos a ese efecto *(subseccion 7)*.

En los Estados Unidos, si bien no existe a nivel federal un plazo general para demandar al Estado *(statutes of limitations)* las normas que establecen el régimen de revisión judicial comúnmente establecen plazos dentro de los cuales se debe presentar la acción pertinente, cuya extensión varía según los casos. Explica Schwartz que estos plazos deben ser rigurosamente observados y que las acciones que se promuevan dentro del término fijado serán rechazadas, sin que importe cuan importante sea el caso105. Seguidamente el mencionado jurista señala que la Ley Federal de Comercio y otras normas similares prevén un plazo de sesenta días para presentar la petición de revisión, la legislación general de Nueva York el término de cuatro meses y la ley de control de Precios de 1942 treinta días.

También en nuestro país, tanto a nivel federal como provincial (se refiere a Argentina), se prevén plazos para promover los pleitos contencioso administrativos.

Como puede advertirse, si bien con matizaciones, la existencia de plazos para enjuiciar al Estado es común a la generalidad de las legislaciones comparadas". Publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo –I, pp. 257/294.

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

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

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

El primero de ellos reside en su aplicación frente a los plazos de prescripción. En este sentido, al estar una misma situación jurídica sometida a dos plazos distintos, uno más breve de caducidad y otro de prescripción, es viable que a pesar de no estar prescripta la acción no es susceptible aquella de ser incoada si no se promovió el pleito dentro del plazo de caducidad. En definitiva, los plazos de caducidad se sobreponen a los de prescripción reemplazándolos[37].

Los hechos demuestran claramente que el campo de acción de los plazos previstos en los ordenamientos procesales adminis-

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

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

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

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

V. MEDIDAS CAUTELARES EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN NICARAGUA

Aunque el concepto de medidas cautelares no es fácil de precisar, se puede considerar, en líneas muy generales, que constituyen un conjunto de instrumentos procesales dirigidos a superar los inconvenientes que produce la tardanza en el tiempo del proceso[38].

[38] En tal sentido, señala J. C. Esguerra Portocarrero que las medidas cautelares constituyen, en esencia, "una serie de mecanismos procesales, instituidos, bien con el fin de de tutelar o garantizar la efectividad de un proceso principal, bien con el de prevenir los perjuicios antijurídicos que pueden causarse con la iniciación, con el trámite o con la demora de su decisión".
"La suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Allan Randolph Brewer-Carias,* Caracas, FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 221. En la misma línea, M. J. Sarmiento Acosta considera que la "medida cautelar... es, en síntesis, un remedio arbitrado por el derecho para obviar los riesgos que la excesiva duración de los procesos produce para la efectividad de la decisión final del asunto". "Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español", *Revista de Administración Pública,* núm. 129, septiembre-diciembre de 1992, p. 387.

La regulación de esta materia es una de las cuestiones que, sin duda, han generado una mayor atención doctrinal y jurisprudencial durante los últimos años[39]. Hasta el punto de que una parte de la doctrina ha denunciado un cierto exceso en el tratamiento de la cuestión, que respondería a lo que ellos consideran algunos defectos inherentes a los sistemas de justicia administrativa de corte continental europeo, esencialmente el privilegio de acción ejecutoria, pero también otros como la saturación de la planta judicial contenciosa o la lentitud de los procesos[40].

Sin embargo, sin restar razón a la certeza de estos argumentos, no creemos que se pueda negar el carácter central de la cuestión, que justifica sobradamente el interés que suscita en la doctrina científica y en los prácticos del derecho, pues en muchos casos va a ser el único instrumento que permita otorgar una verdade-

[39] Castilla Blanco, F. A., "La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998", Poder Judicial 52, p. 282. Como señala J. Rodríguez-Arana Muñoz: la "preocupación por las medidas cautelares en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en particular ha cobrado un especial relieve en los últimos años". "La suspensión del acto administrativo", en Pendás García, B. (coord.), *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estudio sistemático,* Barcelona, Praxis, 1999, p. 497.

[40] Señalan al respecto M. Fernández-Fontecha Torres y P. Martínez Santamaría que "la problemática relativa a las medidas cautelares ha ocupado en demasía la reflexión doctrinal desde el abanderamiento de este nuevo grial. Y sin riesgo a equivocarse puede decirse que este hecho está vinculado con la lacra de la lentitud del proceso y la supersaturación de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Hay una patente relación causa-efecto que distorsiona seguramente la realidad e hipervalora dogmáticamente un tema que en ordenamientos más cuajados no plantea tan arrebatada controversia". A lo que añaden posteriormente que "el interés por las medidas cautelares, casi obsesivo, proviene de la mala conciencia formada respecto al privilegio de autotutela declarativa sin excepciones". "Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo", en Pendás García, B. (coord.), *op. cit.,* nota anterior, pp. 515-518.

ra tutela judicial a las pretensiones de los administrados, que en otro caso se verían frustradas por la tardanza que trae consigo la tramitación de los procesos[41].

Una parte de la doctrina ha puesto de manifiesto certeramente que existen y deben valorarse también otras soluciones para dar respuesta a estos problemas, particularmente la articulación de mecanismos procesales ágiles y eficaces, que permitan minimizar el retraso en la resolución de los conflictos jurídicos[42]. No es óbice, no obstante, en nuestra opinión, para restar protagonismo a una cuestión que la práctica atestigua ineludible. No todo se puede solucionar vía cautelar, ciertamente, pero hoy en día,

[41] Como señala R. Parada Vázquez, la tutela cautelar "se presenta, y no faltan razones para ello, como la única oportunidad desde el frente procesal de salvar a la justicia de su profunda crisis. Una cuestión fundamental, pues en lo acertado de las medidas cautelares que aseguran el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, se juega el ser o no ser del derecho material y la utilidad de los procesos. Pues, o las resoluciones judiciales pueden efectivamente satisfacer la pretensión del vencedor o la justicia se convierte en una 'estafa procesal'". "Prólogo" al libro de Chinchilla Marín, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa,* Madrid, Universidad Complutense-Civitas, 1991, p. 14. En sentido similar, señala P. Teso Gamella que, actualmente "y debido al volumen de asuntos que soportan los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, las medidas cautelares representan uno de los elementos decisivos para paliar la crisis de la justicia administrativa. Es la propia esencia y utilidad del proceso lo que está en juego, pues si las medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, si aquellas no fuesen adoptadas o se adaptaron indebidamente la sentencia no podrá ejecutarse". "Medidas cautelares y derecho sancionador", en Campos Sánchez-Bardona, M. (dir.), *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa,* Madrid, CGPJ, 1999, pp. 188 y 189.

[42] En ese sentido se pronuncia J. E. Peces Morate, quien señala que "la solución de los grandes males que aquejan a la justicia administrativa no parece estar exclusivamente en la regulación de un eficaz sistema de medidas cautelares, que si no es prudentemente administrado puede acarrear funestos resultados y más pleitos". "Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias", en Campos Sánchez-Bardona, M. (dir.), op. cit., nota 4, pp. 152 y 153. También en esta línea S. González-Varas Ibañez, quien

dadas las características de las sociedades modernas, nos resulta imposible imaginar un sistema judicial adecuado, sin una correcta tutela cautelar.

Todo lo dicho es especialmente notorio en el ámbito que nos ocupa: el contencioso administrativo. Como ya adelantamos, las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la longevidad del proceso[43], que determina la necesidad de adoptar cautelas para garantizar que la duración de éste no va a impedir la adecuada satisfacción de aquello que está en juego en el mismo[44], que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva de las partes afectadas por su resolución[45].

En el ámbito administrativo, esta necesidad reviste tintes especialmente relevantes, dado que la administración puede utilizar, y de hecho utiliza habitualmente, el privilegio de ejecución previa, unido a la lentitud del proceso, agravada además por la necesidad de recurrir en vía administrativa antes de llegar a éste, para crear una barrera fáctica, que haga desistir o cuando

---

considera que "las medidas cautelares deben entenderse junto a otros instrumentos o técnicas procesales cuyo ratio está en contribuir a una mayor celeridad en el proceso contencioso administrativo". *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Madrid, Tecnos, 1999, p. 552.

43 Como señala J. E. Rojas Franco: "el proceso resulta muchas veces lento... y complejo para resolver ciertas situaciones que de no detenerse a tiempo traerían perjuicios de imposible o difícil reparación al administrado". *La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial,* 4a. ed., San José, 1999, p. 27.

44 Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", *Iuris Dictio,* octubre de 2003, p. 47; Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, op. cit., nota 3, p. 519. Como señala C. Chinchilla Marín: las "medidas cautelares son la garantía que ofrece el derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales". Op. cit., nota 4, p. 31.

45 Agúndez Fernández, A., *Ley 29, del 13 de julio de 1998, del Proceso Contencioso Administrativo. Comentarios y jurisprudencia,* Granada, España, Comares, 2000, p. 771.

menos retrase eternamente la satisfacción de los legítimos derechos de los administrados[46].

De esta forma, la medida cautelar asume en este ámbito una funcionalidad adicional a la que posee en el proceso civil, pues va a actuar como elemento compensador de las prerrogativas procesales de la administración, y especialmente de privilegio de auto tutela ejecutiva[47].

[46] Como señalan García de Enterría, E. y T. R. Fernández Rodríguez: todo "el sistema de medidas cautelares lo que pretende es evitar el abuso de los procesos por parte de quienes no ostentan razón de fondo y que se amparan en él y en las cargas que necesariamente comporta frente a quienes, teniendo razón, tienen la onerosa carga de accionar. En el proceso contencioso administrativo la tutela cautelar contrapesa el formidable privilegio administrativo de la autotutela y trata de cortar inicialmente su abuso por la administración, nada infrecuente, que intenta jugar con la larga duración del proceso. La medida cautelar inmediata pretende privar de su ventaja abusiva de la Administración, que se aprecia desde el comienzo que está abusando del proceso y de sus injustas ventajas fácticas, desnaturalizando así la institución procesal, haciéndola, paradójicamente, un instrumento de la injusticia. Son, pues, un instrumento que devuelve al proceso su función genuina y que impide su desnaturalización, en modo alguno una excepción al mismo y a su lógica institucional". *Curso de derecho administrativo,* 9a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, vol. II, p. 652.

[47] Apunta J. M. Baño León que esto "supone una radical distinción o diferencia respecto del proceso civil, en el que la adopción de las medidas cautelares pretende exclusivamente el aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia, puesto que ninguna de las partes tiene por sí mismo fuerza para ejecutar sus declaraciones de voluntad sin acudir al juez. En el contencioso administrativo, sin embargo, no se trata sólo, aunque siga siendo fundamental, de que las medidas cautelares aseguren la futura ejecución de la sentencia, impidiendo situaciones de hecho que hagan aquélla virtualmente inaplicable, sino también tiene un efecto reequilibrador o compensador de la ejecutividad administrativa". "Las medidas cautelares en el recurso contencioso administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa", en Campos Sánchez-Bordona, M., *Medidas cautelares en la jurisdicción contenciosoadministrativa,* Madrid, CGPJ, 1999, pp. 258 y 259.

Factor al que se añade la propia problemática inherente al derecho administrativo que, en cuanto regulador de un conjunto de actuaciones en las que no están en juego meros intereses privados, sino que implican necesariamente una afectación en mayor o menor medida al interés público, se desarrolla en unas coordenadas distintas a aquellas en las que opera el derecho privado. Factor diferencial que no deja de tener su presencia en la versión administrativa de la tutela cautelar[48], en la que el clásico conflicto entre garantías individuales y exigencias derivadas de las necesidades colectivas alcanza una notable intensidad[49], impidiendo la posibilidad de transponer sin la necesaria adaptación y transformación la doctrina iusprivatista de las medidas cautelares a nuestro disciplina[50].

[48] Como indica J. González Pérez: "en un proceso administrativo, la pretensión se deduce siempre en relación con una actuación de la administración pública sujeta al derecho administrativo, la presencia del interés público obliga a tener muy en cuenta en qué grado puede resultar afectado por las medidas cautelares". *Manual de derecho procesal administrativo,* 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 587.

[49] Señala J. C. Pielow, que la "cuestión de la suspensión de los efectos de los actos administrativos atañe en su núcleo material al conflicto entre la eficiencia de la actuación de los poderes ejecutivos del Estado y la efectividad de la protección de los derechos individuales". "Suspensión de los efectos de los actos administrativos en vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa", en *Los efectos y la ejecución de los actos administrativos. III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer Carias",* Caracas, Funeda, 1997, p. 203.

[50] Como apunta Baño León, aunque "el contencioso-administrativo sea un proceso entre partes, lo que a menudo caracteriza a la relación jurídico-administrativa es que no afecta sólo a la administración como tal y a los interesados, sino también a los intereses sociales o a los intereses de la comunidad. Por eso no se puede trasladar sin más la doctrina de las medidas cautelares del derecho privado al derecho público". *Op. cit.,* nota 10, p. 266.

Todo ello ha motivado que esta materia haya experimentado durante los últimos años una notable evolución, tendente claramente a ampliar su ámbito de acción. Tradicionalmente, dicha figura se había visto circunscrita a la suspensión del acto administrativo, que era considerada además como una medida de carácter excepcional, cuya aplicación era más bien limitada. Con el paso del tiempo, sin embargo, la necesidad de dar debida protección a los derechos de los ciudadanos le ha ido dando una mayor laxitud[51]. Proceso que ha culminado con la consideración de la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva[52], en cuanto viene a garantizar provisionalmente el bien jurídico para el que se ha solicitado la justicia[53].

Esta inclusión en el ámbito de este derecho fundamental no es, ni mucho menos, irrelevante, sino que condiciona la forma en que debe interpretarse y aplicarse esta materia de forma decisi-

[51] Véase respecto a esa evolución en el derecho español, Rodríguez-Arana Muñoz, J., *La suspensión del acto administrativo,* Madrid, Montecorvo, 1986, pp. 60 y ss.

[52] Dicha solución fue adoptada en España por el Tribunal Supremo en dos históricos autos. En el primero de ellos se señalaba que "los estrechos límites del artículo 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (artículo 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar". ATS de 20 de diciembre de 1990. RCJ 1990-10412. FJ. 2. El segundo indicaba que el "principio constitucional de efectividad de la tutela judicial —artículo 24. 1 de la Constitución— ha de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto impugnado, lo que dada la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto". "En la misma línea ha de reconocerse el principio de que la 'necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar al que tiene la razón', principio... que da lugar a una amplia configuración de las medidas cautelares". ATS del 17 de enero de 1991. RCJ 1991-503. FJ. 2.

[53] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 168

va. Implicando, entre otras consecuencias, la necesidad de desechar cualquier posición tendente a considerar la adopción de estas medidas como un instrumento excepcional, debiéndose calificar como un recurso totalmente ordinario en el desarrollo de las funciones judiciales[54].

Este planteamiento no ha llegado aún, sin embargo, al derecho de Nicaragua, donde sigue manteniéndose una concepción bastante anticuada, en la que la normativa contencioso administrativa sobre la materia se duce a la regulación de la suspensión, en términos además poco profundos, que han motivado la demanda por parte de la doctrina de una mayor atención a esta figura[55].

En nuestra opinión, esta situación debería ser enmendada con una modificación de la regulación vigente, que adapte el derecho nicaragüense a los nuevos enfoques, ya firmemente consolidados en los países más avanzados. Mientras llega ésta, sería conveniente, no obstante, que los tribunales de lo contencioso asumieran la responsabilidad de enmendar dicha situación, corrigiendo las deficiencias de la normativa vigente tomando apoyo en el derecho a la tutela judicial efectiva, que, en cuanto derecho fundamental, debe imponer una interpretación de la normativa ordinaria que dé respuesta a sus exigencias.

[54] Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, *op. cit.,* nota 3, p. 525.

[55] En tal sentido, señalan W. Mauricio Rodríguez y M. J. Toruño Murillo que sería "prudente darle una mayor regulación a la figura de la suspensión del acto, para ello convendría estudiar más el derecho comparado. Con el ánimo de obtener una regulación más integral del instituto". *Análisis jurídico al proceso contencioso administrativo regulado en el Proyecto de Ley de lo Contencioso Administrativo dictaminado el 15 de mayo del año 2000,* Monografías UCA, 2000, p. 228.

No debe ser obstáculo, a dichos efectos, la letra de la Constitución nicaragüense[56], que no contiene una consagración expresa del derecho a la tutela judicial efectiva[57], pues la vigencia de éste se deduce claramente del artículo 46, CN, que proclama la vigencia en Nicaragua de los derechos humanos consagrados en los acuerdos internacionales sobre la materia[58]. A lo que se debe añadir las garantías procesales que establece el artículo 34, CN, precepto no muy claro, porque se refiere al procesado[59], lo

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

[57] Declaración que si existe, sin embargo, en el derecho ordinario, pues el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua (núm. 260) establece que a "través del Poder Judicial, el Estado de Nicaragua garantiza el libre e irrestricto acceso a los Juzgados y Tribunales de la República para todas las personas, en plano de absoluta igualdad ante la ley para el ejercicio del derecho procesal de acción y la concesión de la tutela jurídica".

[58] Más concretamente, el artículo 46, CN establece que en "el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos"

[59] Concretamente, este precepto establece que todo "procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
2) A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.
3) A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión.
4) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

que hace surgir dudas acerca de su extensión a las personas que están inmersas en actuaciones judiciales no penales, pero del que se puede inferir, a pesar de ello, claramente la vigencia del derecho a la tutela judicial[60], en el que se debe incluir necesariamente el derecho a la tutela cautelar.

5) A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.
6) A ser asistido gratuitamente por un interprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.
7) A no ser obligado a declarar contra si mismo ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguineidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable. 8) A que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso.
9) A recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito.
10) A no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme.
11) A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes prescriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

El proceso penal deberá ser público. El acceso de la prensa y el público en general podrá ser limitado, por consideraciones de moral y orden público. El ofendido será tenido como parte en los juicios, desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias".

[60] Véase al respecto, Porta Caldera, M., "Algunas consideraciones acerca del derecho a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva", *www.juridica.com*.

1. LOS FUNDAMENTOS DE LA TUTELA CAUTELAR: EL PERICULUM IN MORA Y EL FUMUS BONI IURIS

Tradicionalmente, la adopción de este tipo de medidas venía unidas a la posibilidad de pérdida de la cosa objeto del litigio. La imposibilidad de reparar el daño que causaría la ejecución del acto administrativo en el momento posterior a dictarse la sentencia era el único criterio, y aun éste interpretado de forma muy restrictiva, que permitía la toma de una medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

Este planteamiento resulta hoy, considerada la medida cautelar como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, insostenible. En el momento presente, la decisión de imponer o no una medida cautelar se entiende depende de la concurrencia de dos elementos: periculum in mora, esto es, el riesgo de que se pierda el objeto del proceso como consecuencia del paso del tiempo[61]; *fumus boni iuris,* esto es, la existen cia de una apariencia de buen derecho en la pretensión formulada por el demandante[62].

Esto supone un cambio trascendental respecto a la posición clásica, pues se convierte ahora en el eje de la decisión del juicio acerca de la previsible razón de la pretensión del demandado. El instrumento cautelar, con ello, se transforma en un elemento dirigido a garantizar la adecuada satisfacción de los derechos del demandante cuando éste se ve perjudicado por maniobras dilatorias del demandado, que se aprovecha fraudulentamente

[61] Apunta S. de la Sierra que el periculum in mora se puede definir como "el peligro para el demandante de sufrir un perjuicio grave e irreparable en sus bienes, derechos, intereses o situación jurídica". *Tutela cautelar contencioso administrativa y derecho europeo,* Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 226.

[62] Como señala Rojas Franco: *fumus boni iuris* "significa la buena fe o la seriedad de los hechos, el derecho y la pretensión deducidas en el proceso principal". Op. cit., nota 6, p. 94.

de la tardanza e inconvenientes del proceso para retardar el reconocimiento de una pretensión que, al menos aparentemente, está bien fundada y debe ser satisfecha[63]. Sin perjuicio de que esa tutela se otorgue igualmente en los supuestos en los que esa sólida apariencia jurídica se posee sin concurrir un abuso por parte de la administración, pues ésta simplemente ha dado una respuesta jurídica equivocada por error o ignorancia[64].

En cualquier caso, desde esta concepción se logran superar los inconvenientes que supone la necesidad de tramitar un proceso al dar tutela judicial efectiva al administrado por una doble vía.

[63] Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que el verdadero criterio no está en la idea de perjuicio irreparable, "sino en la doctrina del *fumus boni iuris*... unida al elemento del periculum in mora: sólo son protegibles por medidas cautelares aquellos procesos que acreditan que la temeridad está en la administración que ha forzado el recurso y que está abusando, por consiguiente, de su privilegio de ejecutoriedad y, por lo tanto, del proceso mismo, lo que obliga a una evaluación, siquiera sea incompleta, de la justificación de las respectivas posiciones enfrentadas; si de este análisis resulta la fuerte apariencia de un buen derecho del demandante y la correlativa falta de fundamento serio por parte de la administración, que ha forzado el proceso, abusando de su privilegio de auto tutela, entonces, si el perjuicio del retraso en llegar la sentencia definitiva es también patente, la medida cautelar debe ser acordada". *Op. cit.,* nota 9, p. 651. En la misma línea, Bacigalupo, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso administrativo,* Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 151 y 152.

[64] Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, el *fumus boni iuris* es "un juicio estricto de legalidad. Por eso, esta 'apariencia de buen derecho' no es, en modo alguno, el envés de un 'abuso manifiesto' por parte de la administración. No es necesario, como sí lo sería si estuviéramos en el ámbito del derecho penal, el dolo o la actitud deliberada por la administración de burlar la Ley, sino sólo la impresión preliminar de la ilegalidad de su actuación. Esto quiere decir que las medidas cautelares no se limitan sólo a los supuestos de arbitrariedades patentes o manifiestas por parte de la administración, sino al caso, mucho más frecuente, en que los órganos administrativos actúan con perfecta buena fe en cuanto al cumplimiento de sus fines y, no obstante, sus actos resultan ilegales". *Op. cit.,* nota 3, p. 531.

Por un lado, mediante el adelanto, aunque sea de forma provisional, de los efectos de la resolución; por otro, actuando como mecanismo disuasorio, que aborta el posible intento de la administración de abusar de las formas procesales para vencer la resistencia de su contraparte[65].

La normativa nicaragüense apunta tímidamente hacia dicha dirección, pero sin atreverse, sin embargo, a romper definitivamente con los viejos prejuicios. Antes de examinar esta cuestión, debemos analizar, no obstante, otro punto, pues se consagra una solución diferente según la se adopte de oficio (artículo 63 Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa[66]) o a instancia de parte (artículo 64, LJ).

[65] Indican Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría que, por "un lado, al quedar inmediata y rápidamente protegido el *fumus* debido a la brevedad procedimental de la medida cautelar, quien aparentemente tenga razón puede ya esperar tranquilamente y sin grave daño, evitándose así que la duración exorbitante del proceso juegue siempre en favor de la Administración que, en abuso de su potestad ejecutoria y no obstante la falta de seriedad aparente de su decisión, solía negociar con el administrado en situación de absoluta desventaja de éste... acuerdos o convenios que ningún juez hubiera podido amparar". "Por otro lado, al tener el juez que realizar una primera apreciación del fondo, y a reserva siempre de la ulterior sentencia sobre el fondo, crea ya en las partes determinadas expectativas de carácter procesal en cuanto al resultado final del litigio y puede incluso llegar a provocar que las partes se resitúen, haciendo que, en la práctica, las medidas cautelares tengan un efecto disuasorio que viene con frecuencia a facilitar la eliminación de un buen número de recursos abusivos e inútiles, bien por satisfacción extraprocesal de la pretensión de la administración una vez que ha comprobado la inicial apreciación del Tribunal sobre la falta de apariencia de buen derecho en su posición o bien, en caso contrario, por desistimiento del actor a quien se ha denegado esa apariencia". *Ibidem,* p. 539.

[66] Ley núm. 350 de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (tomada de *La Gaceta,* núms.140141 del 25 y 26 de julio de 2000) (en adelante LJ).

La razón de dicha decisión parece estar en el deseo de permitir la toma de la medida cautelar cuando el actor la solicite y otorgue "la garantía suficiente y necesaria para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión solicitada pudiera causar a terceros, en caso de que la demanda fuere declarada sin lugar" (artículo 64, LJ).

Nos parece errónea y criticable esta doctrina, que desvaloriza la adecuada apreciación de los requisitos a los que debe estar condicionada la tutela cautelar[67]. En realidad, esta posición implica una cierta vuelta a la idea del riesgo, en este caso planteada a la inversa, pues operaría a favor del demandante y no del demandado, pero que no deja de ser, por ello, igual de perturbadora, pues a fin de cuentas puede suponer esto que se admita una medida (la suspensión) que pueda estar frenando la debida aplicación de una resolución bien fundada, perjudicándose con ello el interés público o de terceros, por más que éste pueda ser restaurado al fin del proceso. No debería, por ello, admitirse la toma de la medida cautelar por este criterio, sino concurre el criterio del *fumus boni iuris*, en los términos que vamos a examinar.

Sentada, entonces, la necesidad de que la adopción de medidas cautelares se lleve a cabo en los mismos términos, con independencia de que se acuerde de oficio o a instancia de parte, y desechando, por tanto, que baste con el mero hecho de que el demandante otorgue garantía suficiente de los daños que dicho acuerdo pudiera ocasionar, debemos precisar cuáles son los requisitos que deben concurrir para que se tome dicha decisión.

Ya habíamos adelantado la necesidad de valorar dos criterios *(periculum in mora y fumus boni iuris)*. Igualmente habíamos indicado que éstos aparecen sólo parcialmente recogidos en el derecho positivo de Nicaragua. Vamos a precisar un poco más esta cuestión.

[67] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 49

La LJ apunta, por un lado, hacia la idea de perjuicio irreparable, admitiendo como criterio suficiente para decretar la suspensión que "se tratare de algún acto que, de llegar a consumarse, haría materialmente improbable e imposible restituir al demandante en el goce del derecho reclamado" (artículo 63 1 LJ), cuando se trate de decretar la suspensión de oficio, o que se puedan generar daños o perjuicios que "no fueren susceptibles de reparación", cuando se decrete a instancia de parte. Hasta el momento, como puede verse, se mantiene dentro de la rancia doctrina del perjuicio irreparable.

A ello se añaden, sin embargo, dos referencias que mejoran ligeramente la cuestión, abriendo una pequeña puerta al criterio del *fumus boni iuris,* que se considera como causa suficiente para decretar la suspensión en dos supuestos: a) cuando "fuere notoria o evidente la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiese la demanda" (artículo 63. 2, LJ); b) cuando "el acto fuere de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente" (artículo 63. 3, LJ).

Parece, pues, que siguiendo la letra de la ley jurisdiccional, sólo puede darse entrada a la suspensión basándose en el buen derecho de la pretensión del demandante cuando se trata de actuaciones administrativas especialmente groseras, que van desde la radical competencia del funcionario a la total ilegalidad de la acción. Una solución, a nuestro juicio, claramente insuficiente, que permite a la administración hacer uso y abuso de las formas procesales para violentar los derechos de los administrados, ante la pasividad de una justicia que se verá amordazada por la necesaria duración del proceso.

El problema puede asumir consecuencias especialmente trágicas en un contexto como el nicaragüense, donde, por su débil situación económica, un gran número de administrados se verán previsiblemente incapaces de hacer frente a un litigio largo y costoso con la administración. Bastará en la mayor parte de los casos a ésta con empecinarse en una postura, por más que

ésta carezca de base alguna, obligando al administrado a recurrir en vía administrativa y posteriormente a peregrinar por los tribunales de lo contencioso, para hacer prevalecer su voluntad. El riesgo de hacer triunfar una política de hechos consumados frente a la legalidad imperante es más que inquietante.

A esto se debe añadir la carencia de una regulación del procedimiento administrativo, que, como ya hemos denunciado en otras ocasiones, carece incomprensiblemente de una regulación mínima en Nicaragua, lo que supone que no hay tampoco una solución para este problema para los recursos en vía administrativa. Con lo que parece que el funcionario público que reciba un recurso administrativo no tiene otra solución que aplicar en vía administrativa la doctrina vigente en el ámbito jurisdiccional, como norma subsidiaria, a la hora de decidir sobre la adopción o no de medidas cautelares.

En este contexto, y mientras se produce una necesaria revisión de esta materia, la única esperanza reside en la labor de jueces y tribunales, que tomando base en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, deberían dar paso a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en aquellos supuestos en los que exista una apariencia razonable de buen derecho en la pretensión del demandante *(fumus boni iuris)*, que venga acompañada de una frustración de la legítima pretensión del demandante si no se adopta la medida cautelar *(periculum in mora)*. Elemento, este último, que no debe ser entendido en términos rigurosos, como una radical imposibilidad de restaurar la situación en el momento de dictarse la sentencia, sino como la simple imposición de un daño o perjuicio injusto, que vulnera gravemente sus derechos.

Esto no impide, por supuesto, que se pueda decidir adoptar la medida cautelar con base en el criterio de la irreparabilidad del daño. Pero, aun en este caso, será siempre necesario tener en cuenta en cierta medida el criterio del *fumus boni iuris*, pues frustraría los derechos del demandado que, por dicha circuns-

tancia se tomaran medidas provisionales en protección de una posición absurda o sin sentido, carente de todo fundamento[68].

En todo caso, se debe, pues, valorar el criterio del *fumus boni iuris*. La diferencia se da únicamente en el alcance que se debe dar a dicha valoración. Cuando este criterio es la base de la decisión, debe examinarse el mismo de una perspectiva positiva, esto es, tienen que haber indicios claros y sólidos que hagan prever una futura estimación de la pretensión. Cuando el elemento determinante de la decisión es, sin embargo, la irreparabilidad del daño, se valorará la apariencia de buen derecho desde una perspectiva negativa. De tal forma que bastará con la simple razonabilidad de la pretensión que la medida cautelar trata de tutelar, para que se deba dar respuesta favorable a ésta. Dicho en otras palabras, en el primer caso se debe adoptar la medida sólo cuando la previsibilidad de la admisión de la pretensión lo exija; en el segundo, sin embargo, se adoptará siempre, salvo que la no apreciación de la misma resulte aparentemente evidente.

Nótese que esto supone que la decisión de dar cauce a la tutela cautelar se sujeta a un doble juicio: a) una estimación acerca de la pretensión presentada por el actor, que implica, por tanto, un juicio previo y provisional acerca de la pretensión final; b) un juicio de valor acerca de la solidez e importancia de los indicios a favor del buen derecho de la pretensión del demandante y acerca de los perjuicios que le iba a causar la ausencia de la tutela cautelar.

Se trata, por tanto, de dos valoraciones diferentes, no sólo por su objeto, sino también por su naturaleza. La primera no es más que un juicio necesariamente provisional[69], que podrá verse modificado al final del proceso, pues se basa en simples aparien-

[68] Bacigalupo, *op. cit.,* nota 26, p. 154 y 155.

[69] Como indica Sarmiento Acosta: el "humo u olor de buen derecho no es... un índice absoluto de razón, sino uno que aconseja tomar determinadas medidas provisionales para que la lentitud del proceso no produzca daños irreparables a quien efectivamente, según la resolución final, tenga derecho". *Op. cit.,* nota 1, p. 394.

cias e implica, por tanto, un cierto margen de error[70]. El segundo, sin embargo, es un juicio definitivo, que debe basarse sobre certezas: el hecho cierto de que hay una apariencia sólida a favor del demandante y que de no adoptarse la medida cautelar se pueden perjudicar seriamente los intereses de éste[71].

Debe tenerse muy presente siempre este último dato, a fin de evitar que la adopción de la medida cautelar acabe convirtiéndose en un adelanto de la resolución del fondo del asunto[72], que sólo se podrá emitir una vez tramitado el proceso, examinados y valorados todos los datos y circunstancias precisos y necesarios para resolver definitivamente la cuestión[73]. La tutela caute-

[70] Como apuntan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, la "provisionalidad implica que el *fumus boni iuris* no puede suponer que se va a adoptar la medida única y exclusivamente cuando se tenga el convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del autor, dado que ello implicaría una actividad probatoria completa encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia d todos los presupuestos necesarios para lograr tal resolución. Implica sólo una mera probabilidad (un principio de prueba o prueba indiciaria) de ese presupuesto". *Op. cit.,* nota 3, p. 537.

[71] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 34 y 35

[72] De este riesgo advierte R. Trillo Torres, quien apunta que el criterio del *fumus boni iuris* "en cierto modo toca a la característica incertidumbre definidora del proceso hasta su conclusión por sentencia y a la impasibilidad externa que en función de aquella incertidumbre y de su propia imparcialidad se requiere del juez". En Baena de Alcazar, M. (dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Madrid, Trivium, 1999, p. 889.

[73] Como indica E. García de Enterría, el *fumus boni iuris* "obliga a una valoración anticipada de las posiciones de las partes, valoración *prima facie,* no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga la que finalmente la Sentencia de fondo ha de realizar más detenidamente. Es así, en la expresión latina que ya hemos transcrito, el 'humo de buen derecho', el perfume u olor del 'buen derecho', el que se aprecia, no el 'buen derecho' en toda su extensión, que éste no podrá hacerse hasta la decisión de fondo del proceso". "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio *fumus boni iuris*", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 69, 1991, p.69.

lar tiene su propia lógica, que no debe pervertirse, desbordando sus efectos necesariamente provisionales, para convertirse en una resolución definitiva o cuasidefinitiva. Lo que supone, en último término, que ese juicio previo debe dejar las puertas totalmente abiertas a la incertidumbre que hasta el final del proceso debe existir acerca de la resolución final[74].

Así lo exige terminantemente la normativa nicaragüense, que establece que en "ningún caso la suspensión del acto presupone pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto" (artículo 62, LJ).

Dicha decisión no debería verse afectada por la posibilidad, contemplada por el artículo 66, LJ, de que se preste caución por un tercero. Según dicho precepto, la suspensión decretada conforme a la LJ "quedará sin efecto en caso que un tercero interesado diere a su vez caución suficiente para restituir las cosas al estado en que tenían antes del acto que motivó la acción y pagar los daños y perjuicios que le sobrevinieren al demandante, en caso de que se declarare con lugar la demanda".

Esta solución tiene su sentido tan sólo cuando la tutela cautelar se concede con base en la irreparabilidad del daño en el momento de dictar sentencia si se lleva a cabo la solución. No tiene sentido alguno, sin embargo, cuando la medida cautelar se adopta con base en el criterio del *fumus boni iuris*, con el propósito de dar tutela al administrado frente a un, no totalmente probado, pero aparentemente claro, abuso por parte de la administración de sus privilegios procedimentales, que está ocasionando un grave daño al administrado.

[74] Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, *op. cit.,* nota 3, p. 539

2. LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES DE TERCEROS Y DEL INTERÉS PÚBLICO

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, el derecho nicaragüense no exige una ponderación de los demás intereses en juego en el proceso, particularmente el interés de terceros y el interés público. Dicha valoración no se exige en absoluto para la adopción de oficio de la medida cautelar (artículo 63, LJ), y tan sólo se condiciona a que no concurran circunstancias que contravengan el orden público o causen perjuicios al interés general, en los procedimientos iniciados a instancia de parte (artículo 64, LJ).

A pesar de ello, no se puede negar la necesidad de dicho juicio, pues difícilmente se puede eludir la necesaria valoración de los intereses de las distintas partes actuantes en el proceso[75] y del interés público[76] a la hora de decidir sobre la adopción de la medida cautelar.

A partir de aquí, sin embargo, la cuestión se torna más compleja, pues la doctrina no ha dado un dictamen uniforme respecto al margen que se debe dar a dicha valoración. Una parte de la doctrina subraya la importancia de este juicio, alegando la insuficiencia de los dos criterios antes reseñados (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), que deben ser conjugados con la valoración de los intereses implicados[77].

---

[75] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 35

[76] Rodríguez Pontón, J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso administrativo,* Barcelona, Cedecs, 1999, p. 112.

[77] En tal sentido, Baño León considera que "tanto el criterio del periculum in mora como el del fumus boni iuris, aunque necesarios, no son siempre suficientes para decidir al juez contencioso si debe o no conceder una medida cautelar. Puede incluso darse el caso de que concurriendo ambos criterios, siendo manifiesta la ilegalidad cometida por la administración y patente el peligro de que se alcance una situación de hecho irreversible, razones de interés público excepcionales pueden justificar el mantenimiento de la decisión". *Op. cit.,* nota 10, p. 259.

Para otros, sin embargo, lo decisivo es la concurrencia de esos dos criterios, que otorgan el derecho a recibir tutela cautelar, derecho fundamental que, como tal, no podrá ser sometido a un juicio previo acerca del daño que ésta va a generar a los terceros o al interés público, pues sólo puede encontrar límite en derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos[78].

Siguiendo esta segunda tesis, consideramos que es preciso que los intereses relevantes en dicho juicio tengan relevancia constitucional. Más concretamente, entendemos que trae consigo una doble consecuencia. En primer lugar, a pesar de lo que diga la Ley, no se podrán adoptar medidas cautelares de oficio, sin ponderar el daño que están puedan causar en los derechos fundamentales de terceros o en otros bienes constitucionalmente protegidos. En segundo lugar, sólo se podrá frenar la adopción de medida cautelares a instancia de parte, cuando concurran los requisitos para ello, si lo impide la lesión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, por más que la LJ exija tan sólo que se trate de perjuicios al genérico interés general.

[78] Señalan al respecto García de Enterría y Fernández Rodríguez que "carece de fundamento erigir en presupuesto de la medida a adoptar la ponderación de los 'intereses en conflicto', de modo que haya que denegarla cuando la medida cautelar pueda causar 'perturbación grave de los intereses generales o de tercero'. Obtener una medida cautelar es fruto de un derecho fundamental... y, por tanto, no pueden oponerse a su efectividad la invocación de meros intereses, ni de los generales que la administración siempre invocará como gestor típico que es de los mismos... ni menos aún, de un tercero. A un derecho fundamental otro derecho fundamental, no ningún interés". *Op. cit.*, nota 9, p. 650.

3. CARÁCTER REGLADO DE LA TUTELA CAUTELAR. ESPECIAL REFERENCIA A LA NECESIDAD DE UNA ADECUADA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN

La decisión de otorgar o negar la tutela cautelar implica necesariamente un importante margen de apreciación y una cierta inseguridad. Así lo impone la propia naturaleza de la medida cautelar, en cuanto constituye una decisión provisional, tomada sobre una realidad aparente, no totalmente conocida y confirmada; situación que sólo se da una vez tramitado el proceso.

Pese a ello, es preciso afirmar su carácter estrictamente reglado, por exigencia patente del derecho a la tutela judicial efectiva[79]. La potestad discrecional implica una libertad de opción entre distintas soluciones jurídicas igualmente validas, que se presentan como indiferentes jurídicos, en cuanto todas son igualmente válidas para el derecho. No se puede afirmar que ocurra así cuando se trata de otorgar o no tutela cautelar, algo que no es ni mucho menos un ámbito dejado a la libre decisión del operador jurídico.

Los requisitos a los que se somete la tutela cautelar no deben ser fórmulas abiertas, en las que el órgano judicial pueda encontrar un marco lo suficientemente amplio como para encontrar siempre cabida para sus propias opiniones, sino elementos objetivos de juicio, de los que se extraiga un juicio fundado en cada momento. El ciudadano que está inmerso en un proceso debe tener una cierta seguridad acerca de sus posibilidades de recibir esa tutela.

[79] Bacigalupo, *op. cit.,* nota 26, p. 156 y 157

Esta afirmación, clara e irrefutable desde el punto de vista teórico, encuentra, sin embargo, en el reino de los hechos grandes obstáculos. La materia cautelar se ha revelado en la práctica como una cuestión extremadamente casuística, en la que es frecuente encontrarse con contradicciones, cuando no auténticos bandazos y bruscos cambios de dirección, en la interpretación y práctica judicial.

Resulta claro que estas dificultades nunca podrán reducirse totalmente, pues es una decisión limitada por conceptos jurídicos indeterminados, dotados de una imprecisión considerable, y en los que se hace presente una zona de penumbra de dimensiones notorias. Pero eso no es óbice para lograr un alto grado de seguridad jurídica, sin la cual el derecho a la tutela judicial efectiva se difumina, quedando entregado al juicio subjetivo del juzgador.

La responsabilidad de que así sea queda una vez más en manos del estamento judicial. La deficiente regulación vigente en Nicaragua ofrece, ciertamente, pocas garantías al administrado en este aspecto, dadas sus limitaciones ya reseñadas. La necesidad de una reforma de dicha normativa se hace de nuevo evidente.

A pesar de ello, es una cuestión que el legislador por sí solo no puede aspirar a resolver, pues la tutela cautelar es una de esas cuestiones que se mueven en el mundo del caso concreto, de la circunstancia particular, y sólo una jurisprudencia sólida y consolidada puede dar respuesta a dichas situaciones. Se convierte, por ello, en una necesidad primaria, la adecuada motivación por parte de los tribunales de sus decisiones sobre esta materia. La elaboración de un dictamen claro, forjado sobre la referencia a los criterios que sirven de fundamento a dicha tutela, contribuiría notablemente a desentrañar el sentido del *fumus boni iuris* y el periculum in mora, permitiendo al ciudadano inmerso en un proceso, sobre la base del precedente, tener un alto grado de previsibilidad sobre el sentido de la decisión cautelar.

4. LA CONSTITUCIÓN DE FIANZA COMO REQUISITO PARA LA EFECTIVIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

Como en su momento señalamos, la medida cautelar se decide con base en apariencias; es un juicio previo que puede resultar erróneo. Si así ocurre, podrían generarse a consecuencia de la tutela cautelar daños y perjuicios para el interés público o para el interés de terceros. De aquí surge la necesidad de condicionar la efectividad de ésta a la prestación de garantía, que asegure que se podrá hacer frente a esos eventuales daños y perjuicios[80], operando como una condición para la efectividad de la medida cautelar[81].

Así lo exige claramente la LJ, ya desde el propio momento en que se formula la petición de suspensión, en la que se deberá hacer constar el "ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros" (artículo 62, LJ).

Posición que ratifica el artículo 65, LJ, que establece que al "decretarse la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada, el tribunal fijara, en su caso, la situación en que habrán de quedar las cosas y establecerá las medidas pertinentes y necesarias para conservar la materia objeto de la demanda hasta la culminación del respectivo proceso y su procedimiento".

Sin negar la adecuación general de esta regla, resulta irrefutable que la exigencia de esta contra cautela puede dejar fuera del beneficio de la protección cautelar a amplios colectivos, incapaces de hacer frente a los costes que ésta implica[82]. Solución in-

[80] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 47 y 48

[81] Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.,* nota 2, p. 130.

[82] Como indica Pérez Morate, las "medidas cautelares, salvo las de mera publicidad... suelen requerir contracautelas, lo que supone un gravamen, que no siempre puede soportar al solicitante, quedando en desventaja quienes, aun estando cargados de razón, carecen de medios para afianzar o prestar caución". *Op. cit.,* nota 5, p. 147.

aceptable admitida la inclusión de la facultad de exigir medidas cautelares dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, pues supone tanto como privar de un derecho fundamental a quien no tiene derecho para pagárselo.

El problema resulta de nuevo especialmente problemático en un país como Nicaragua, con un elevado porcentaje de población en situación económica de especial debilidad, que quedaría dramáticamente excluido de dicha tutela si no se adoptan medidas específicas al respecto.

La Ley Jurisdiccional acierta, por ello, plenamente, al dejar fuera de esa exigencia "a quienes gozaren del beneficio de pobreza" (artículo 67, LJ). Supuesto al que se añade el de "los casos en que la suspensión fuere decretada de oficio (artículo 67, LJ).

La garantía que se deberá de tomar dependerá de las concretas características de cada supuesto, por lo que no es posible realizar una determinación previa de las mismas[83].

La Ley nicaragüense lo tiene en cuenta, y establece que ésta podrá ser presentada "de forma directa por las partes o por medio de una fianza solidaria o hipotecaria, o bien a través de cualquier otra modalidad convenida entre las partes de la litis" (artículo 67, LJ).

La precisión concreta de la misma corresponde a la sala respectiva del tribunal competente, que "fijará el monto de la garantía y de la contragarantía, ponderando los hechos, circunstancias e intereses en presencia de las partes".

[83] Ruiz Piñeiro, F. L., "Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Un año de aplicación en la Sala de Bilbao", en Pendás García, B. (coord.), *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.* Estudio sistemático, Barcelona, Praxis, 1999, pp. 344 y 345.

5. SUSPENSIÓN COMO ÚNICA MEDIDA CAUTELAR POSIBLE VERSUS RECONOCIMIENTO DE UN NUMERUS APERTUS DE MEDIDAS CAUTELARES: LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN SUPERADORA DE LOS ESTRECHOS MÁRGENES DE LA LEY JURISDICCIONAL NICARAGÜENSE

Tradicionalmente, la tutela cautelar se había venido reduciendo, en el ámbito administrativo, a la suspensión del acto[84]. Perspectiva en la que continúa anclada la legislación contencioso administrativa nicaragüense, recogida en la LJ, en cuyo capítulo IV, del título VI, donde se contienen las únicas referencias a la materia, se contempla la suspensión del acto como única medida cautelar.

Esta opción del legislador nicaragüense es criticable y totalmente insuficiente en el momento actual. Pues, desde hace ya tiempo, se viene defendiendo la necesidad de superar dicha concepción de la tutela cautelar en el proceso administrativo[85], para reconocer la existencia de un número ilimitado de medi-

[84] Como señala Trillo Torres: "en la tradición consolidada del derecho administrativo, la medida cautelar reina y prácticamente única ha sido la de suspensión del acto o disposición impugnados, de modo que toda la doctrina de las garantías provisionales en el proceso se ha movido con esta referencia estelar". *Op. cit.,* nota 35, p. 882.

[85] Señala L. Parejo Alfonso: la "suspensión no es la técnica, sino tan sólo una (si se quiere capital) de las técnicas de la tutela judicial cautelar o preventiva en el contencioso administrativo. La diversidad de las formas actuales del actuar administrativo impone, en efecto, la habilitación al Juez con facultades más amplias y distintas de la suspensiva y la articulación consecuente de ésta en un sistema que le transcienda, en calidad de instrumentos de protección judicial preventiva frente a los actos unilaterales de intervención positiva requerientes o susceptibles de ejecución forzosa". "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 49, enero-marzo de 1986, p. 35

das cautelares, también en dicho ámbito, equiparando así al juez del contencioso a los demás órganos judiciales[86].

Una justicia cautelar rebajada, ya injustificable en cualquier sector, se hace, aún más rechazable en un ámbito como el contencioso, donde el mantenimiento del sistema de decisión ejecutiva y el paso obligado por un recurso administrativo, agravan el riesgo de que el ciudadano se pueda ver afectado negativamente por el tiempo que tarda en solventarse el proceso[87].

En realidad, en el momento presente, no puede entenderse, como se hacía tradicionalmente, que las medidas cautelares vengan dirigidas exclusivamente a garantizar la ejecución de la ulterior sentencia, pues, en ocasiones, cumplen una función anticipatoria del fallo, a fin de garantizar la correcta tutela de la pretensión[88].

---

[86] Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. y González Rivas, J. J., *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,* Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 370. Como apunta A. R. Brewer Carías, se ha planteado "la necesidad de la reconquista por parte del juez administrativo de los poderes de ordenar, que en general, tiene del juez judicial, y no sólo de carácter suspensivo", *Nuevas tendencias en el contencioso administrativo en Venezuela,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 196.

[87] Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría: "el mantenimiento del sistema de la decisión previa exige como precio contra su abuso o, en su caso, contra el incumplimiento del deber de resolver, un aumento sustancial del ámbito de las medidas cautelares a disposición del juez contencioso, como único instrumento procesal para poder mantener en el momento de la decisión final del proceso el mismo 'status quo' existente en el momento de su iniciación". *Op. cit.,* nota 3, p. 524.

[88] Como señalan Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría: las medidas cautelares "han dejado de tener una función meramente de aseguramiento (garantizar la ejecución de la sentencia) para extenderse a cumplir una función anticipatoria del fallo (garantizar la satisfacción de la pretensión), lo que conlleva una superación del término 'cautela' para caer quizás en otro concepto más amplio como podría ser el de 'prevención'". *Ibidem,* p. 527.

Por ello, esa protección cautelar no puede limitarse, como ocurría anteriormente, a la suspensión del acto administrativo, sino que debe comprender medidas de naturaleza diversa dependiendo del tipo de pretensión a la que se esté dando tutela[89]. Lo que implica la necesidad de adoptar tanto medidas de carácter negativo, cuando se trate de dar respuesta a actos de gravamen adoptados por parte de la administración, como positivas, cuando se trate de pretensiones formuladas frente a actos denegatorios[90].

Esto no impide que existan algunas restricciones en cuanto al tipo de medidas a adoptar. Así, en primer lugar, debe tenerse en cuenta el carácter estrictamente provisional de la tutela cautelar, que impide, lógicamente, la adopción de medidas irreversibles[91].

Tampoco se puede olvidar que la medida cautelar depende de la pretensión deducida en el proceso, lo que implica que no será posible adoptar medidas que no sean adecuadas a esa pretensión, siendo, por tanto, imposible que se pueda adoptar cautelarmente lo que no se podría obtener en una sentencia final favorable[92]. Por ello debe, en consecuencia, existir una adecuación entre medida cautelar y pretensión similar a la que debe existir entre pretensión y sentencia[93].

---

[89] Apunta V. Conde Martín de Hijas que "el único elemento de definición de la medida es de carácter finalista: la garantía de la efectividad de la sentencia. Por lo tanto serán la índole de ésta y las circunstancias y elementos del conflicto, a decidir por ellas, los que puedan concretar la medida adecuada al caso. Desde una visión teórica no puede aportarse mayores precisiones de carácter general, siendo la definición de la medida cuestión a resolver en el caso concreto". "Las medidas cautelares", en Picó Lorenzo, C. (dir.), *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* Madrid, CGPJ, 1999, p. 579

[90] Bacigalupo, *op. cit.,* nota 26, p. 135.

[91] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 176.

[92] Ruiz Piñeiro, *op. cit.,* nota 46, p. 327.

[93] Conde Martín de Hijas, *op. cit.,* nota 52, p. 579.

En tercer lugar, es preciso que la medida adoptada entre dentro de lo jurídicamente posible, lo que impide tomar decisiones que queden fuera del campo de las atribuciones de los tribunales[94]. Podemos encontrar un ejemplo claro en el caso de la impugnación de reglamentos. Supuesto en el que el juez al dictar sentencia no podrá hacer otra cosa que validar o invalidar éste, pero en ningún caso cuenta con capacidad para darle una nueva redacción, lo que determina que la única medida aplicable sea la suspensión[95].

6. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Cuando se deduce una pretensión cautelar, se hace necesario llevar a efecto la realización de una serie de trámites procedimentales a efectos de determinar si concurren los requisitos para su adopción[96]. Esta tramitación, que tiene la consideración de un incidente[97], no tiene, como tal, sustantividad propia, sino que asume un carácter estrictamente instrumental respecto al proceso en el que se ventila la pretensión principal.

De aquí se deriva que sea presupuesto para la tramitación de ese incidente cautelar que se halle pendiente el proceso principal en el que se está dirimiendo la cuestión jurídica a la que se refiere la pretensión cautelar[98].

[94] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, p. 175.

[95] Bacigalupo, *op. cit.,* nota 26, pp. 158 y 159

[96] González Pérez, *op. cit.,* nota 11, p. 588. González-Varas Ibáñez, op. cit., nota 5, p. 569.

[97] Chamorro González, J. M., en Sospendra Navas, F. J. (coord.), *Práctica del proceso contencioso administrativo,* 2a. ed., Madrid, 2004, p. 523.

[98] Trillo Torres, *op. cit.,* nota 35, p. 879.NAVARRO / SENDÍN GARCÍA 406

La legislación nicaragüense apenas si dedica unas breves y fragmentarias referencias a esta cuestión, esbozando apenas las líneas maestras de ese cauce procedimental que debe seguirse para llegar a la medida cautelar.

En cuanto al momento de iniciación del incidente, debe distinguirse entre los supuestos en que la decisión se adopta de oficio o se insta por parte interesada. En el primer caso, no se señala momento alguno al efecto, por lo que entendemos que se podrá adoptar en cualquier momento, siempre que esté ya iniciado el proceso principal.

Sí obliga, sin embargo, la LJ a que adoptada esa decisión por el Tribunal competente, se notifique a las partes en un determinado plazo. Concretamente, la "Sala respectiva del Tribunal competente... deberá efectuar la respectiva notificación en un plazo de tres días hábiles por medio de cedula judicial o de cualquier otro medio o vía que contenga los elementos esenciales de la notificación y que dejare constancia por escrito para el cumplimiento inmediato" (artículo 63, LJ).

Cuando se inicia a instancia de parte, sin embargo, la ley fija un momento para realizar dicha actuación: la presentación de la demanda. Así se deduce del artículo[99] 62, LJ, que establece que en "su escrito de demanda el actor podrá solicitar la suspensión del acto o sus efectos, de la resolución, disposición, omisión o simple vía de hecho que le agravia".

El artículo no es muy claro respecto a la posibilidad de presentar dicha solicitud en otro momento del proceso, pues utiliza el término "podrá". Sin embargo, no parece esta interpretación muy adecuada, porque el artículo 50, LJ, al regular el escrito de demanda y sus requisitos establece que el "escrito de deman-

[99] Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.,* nota 7, p. 48; González Pérez, *op. cit.,* nota 11, p. 587.

da, podrá ser presentado en papel común y debe contener lo siguiente:... 8) Solicitud, según sea el caso, de la suspensión del acto o de sus efectos, disposiciones, omisiones y vías de hecho objeto de la demanda".

Parece, por ello, que la utilización del término "podrá" en el artículo 63, LJ responde a la no obligatoriedad de la solicitud de medidas cautelares, que es, por supuesto, una posibilidad de la que goza el demandante, y en ningún caso una obligación. De tal forma que si el administrado hace uso de esa posibilidad debe hacerlo por exigencia de la LJ al presentar la demanda.

Nada impide, no obstante, en cualquier caso, que el demandante si lo considera oportuno, pueda pedir al órgano judicial que adopte la misma de oficio, cuando se halle en otro momento del proceso.

La Ley Jurisdiccional delimita también el contenido básico que tiene que tener la solicitud de tutela cautelar que se deberá contener en la demanda. Concretamente, requiere que se expresen "las razones que crea le asistan y su ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros" (artículo 62, LJ).

Ese mismo precepto establece la tramitación subsiguiente de esa solicitud, señalando que dentro del "tercero día, el Tribunal, de oficio o a solicitud de parte interesada, debe de pronunciarse sobre la suspensión solicitada".

La decisión judicial acerca de la suspensión, bien se produzca de oficio o a instancia de parte, adoptará la forma de auto (artículo 65, LJ). En el que se indicará en caso de acordarse la suspensión, como ya vimos en su momento, las medidas que deben adaptarse para garantizar los eventuales daños que se puedan derivar de la misma (artículo 65, LJ). Contra dicho auto "cabrá el recurso de apelación en efectos devolutivo (artículo 65, LJ).

7. MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESO EN EL QUE SE VENTILA LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: ACCESORIEDAD E INSTRUMENTALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

La relación de la medida cautelar con el proceso en el que se dirime la pretensión principal a cuya atención se adopta viene marcada por la instrumentalidad y la accesoriedad de la primera respecto al segundo. Este factor va a estar presente a lo largo de toda la vida de la medida cautelar, condicionando su régimen jurídico de forma decisiva.

En consecuencia con ello, la medida cautelar sólo tiene sentido dentro del desarrollo del procedimiento o proceso en el que se adopta, estando subordinada al desarrollo de éste y siguiendo, en todo momento, la suerte de la pretensión principal.[100]

De esta forma, la persistencia de la medida cautelar se producirá tan sólo en cuanto sigan perdurando los motivos que llevaron a su adopción[101]. Lo que determina que pueda ser modificada en cualquier momento del proceso, si hay una alteración de las circunstancias concurrentes que así lo aconseja[102].

Así lo establece claramente la normativa nicaragüense, que en su artículo 68 señala que el "decreto de suspensión será modificable en cualquier etapa del proceso, sea de oficio o a petición de parte, cuando se justificare que han sobrevenido hechos o circunstancias que lo hicieren procedente". "El Tribunal que estuviere conociendo de la demanda dispondrá de inmediato la cancelación y devolución de las garantías presentadas".

[100] Chinchilla Marín, *op. cit.,* nota 4, pp. 32 y 33.

[101] Ibidem, pp. 34 y 35; Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.,* nota 7.

[102] Álvarez-Cienfuegos Suárez y Go nzález Rivas, *op. cit.,* nota 49, p. 366 y 367.

A esto se añade por último que, como es lógico, la medida cautelar sólo perdura hasta que se dicte la sentencia o resolución que resuelva el procedimiento o proceso en que se adoptó[103]. En ese momento, la decisión provisional en que consiste aquella va a ser resuelta por el juicio definitivo con el que el órgano judicial pone fin al proceso.

8. CONCLUSIONES

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

A esta falta de tradición se une, por otro lado, una deficiente regulación normativa, situada en parámetros y conceptos más propios de épocas pasadas. La consideración de la suspensión como única medida cautelar posible y la falta de un reconocimiento claro del criterio del *fumus boni iuris* son una posición superada, incompatible con la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva a la que Nicaragua debe aspirar, en tanto llega una reforma legal que adecúe la norma nicaragüense a los nuevos tiempos, una jurisprudencia decidida y valiente que extraiga todas las consecuencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva: vía para lograr dar solución a estas deficiencias. Tarea fundamental, pues en la protección cautelar que se va a jugar en numerosas ocasiones que se pueda dar auténtica respuesta a los derechos y necesidades de los ciudadanos.

[103] Rodríguez-Arana Muñoz, *op. cit.,* nota 7, p. 48. 104 Humberto Alcala.

LA TUTELA JUDICIAL Y EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NICARAGUA

I. TUTELA JUDICIAL

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

Este derecho se deduce del artículo 34 de la Constitución política de Nicaragua, que garantiza que "toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva".

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

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

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

Este derecho tiene una doble dimensión: adjetiva y sustantiva. La primera se entiende en función de otros derechos o intereses (civiles, comerciales, laborales, etc.), mientas que la segunda es considerada por la justicia constitucional, como un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho.

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

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

En consecuencia, el derecho a la tutela judicial "no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa".[104]

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

1.1. El Derecho a la Acción

Podemos definir el derecho de acción como derecho fundamental que asiste a todo sujeto de Derecho a acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y a todas sus instancias, deducir una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Órganos Judiciales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y, a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener la ejecución de lo resuelto.

1.2. El Derecho de Acceso a la Jurisdicción o a la Justicia

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 , en el caso que nos ocupa, la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.3. Derecho a la Efectividad de las Resoluciones Judiciales

Un tercer componente del derecho a la tutela judicial es el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Se define como el derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes para hacer ejecutar lo juzgado con fuerza de cosa juzgada estableciendo la tutela efectiva.

Una acción ante la jurisdicción termina siendo útil cuando se ejecuta según lo dispuesto por el juez restableciendo el imperio del derecho y garantizando la protección necesaria que la Constitución y las leyes le brindaban.

Si bien la efectividad de los fallos de los tribunales se muestra particularmente relevante en un momento jurisdiccional,[105] usualmente, posterior a la decisión de fondo, el derecho no está reducido, necesariamente, a tal oportunidad.

En las etapas previas a tal decisión, la ejecución de las decisiones judiciales es crucial en la provisión de medidas cautelares, reales o personales, que impidan que se enerve el derecho, pretensión o solicitud legítimamente planteada ante la jurisdicción.

El derecho a la tutela judicial efectiva conllevan el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. La efectividad de las sentencias se ha utilizado, en sede jurisdiccional, a raíz del derecho a la cosa juzgada, a la garantía de algunas medidas cautelares y a un proceso sin dilaciones indebidas.

Señala González Pérez que la "sentencia es el acto de terminación normal de un proceso. Es una resolución del órgano jurisdiccional, que se diferencia de las demás en su finalidad. En ella se deciden las cuestiones planteadas en el proceso, se emite juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Ordenamiento jurídico, en consecuencia, se actúa o se niega a actuar la pretensión formulada en el proceso".

1.4. El Derecho a la Cosa Juzgada

Es el derecho a que los efectos del proceso se traduzcan en una verdad jurídica indiscutible e inamovible resolviendo, definitivamente, el conflicto jurídico planteado.

[105] 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, VILLAR PALASÍ, *José Luís* y VILLAR EZCURRA, *José Luís* (1982), *Principios de Derecho administrativo, Madrid, Universidad de Madrid, t. I.*nota 457, p. 269.

Este no es un derecho que se produzca siempre en toda resolución firme de la misma manera. El tema esencial radica en los efectos de la cosa juzgada en función de los procedimientos.

Es así como resultará clave estar a la condición de los efectos que fijó el constituyente o el legislador. Así, por ejemplo, habrá cosa juzgada material cuando se impida del todo revisar un asunto y existirá cosa juzgada formal en el evento que se admita modificaciones posteriores, como resultaría el caso de acciones de urgencia, como el Recurso de Amparo, que dejan a salvo la decisión sobre el fondo del asunto.

Asimismo, en la dimensión de los procesos constitucionales se manifiesta el enorme problema de distinguir los efectos ex nunc y ex tunc, o los efectos retroactivos o simplemente al futuro. Por tanto, la cosa juzgada dependerá esencialmente del procedimiento y la materia.

La jurisdicción constitucional ha definido algunos alcances de la cosa juzgada asociada al debido proceso. Así ha sostenido que "por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho".

1.5. Derecho la Tutela Cautelar

Es el derecho al aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y de neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso.

De esta manera, la función cautelar es instrumental a la efectividad futura de la sentencia, sea porque el proceso dura un tiempo relevante o porque existen acciones dilatorias que lo demoran.

La tutela cautelar no constituye parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Si fuera un requisito esencial debería concurrir siempre en todo procedimiento, cuestión que no acontece puesto que depende de circunstancias contingentes propias de la naturaleza de la pretensión.

Existen determinados presupuestos jurídicos para la adopción de una medida cautelar: el *fumus boni iuris* ("apariencia del buen derecho"), el periculum in mora ("el peligro en la demora"), la adecuación, la no irreversibilidad y la proporcionalidad.

La concurrencia de la apariencia de un buen derecho "no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo)".

La medida cautelar, por otro lado, requiere que exista un real, efectivo y grave peligro que su no disposición derive en consecuencias irreparables. En tal sentido, dentro de las modalidades que adopta el legislador para precaver efectos cautelares está la inactividad para impedir la concreción de una situación injusta en el resultado del proceso, alentando, por ejemplo, una cierta suspensión del procedimiento.

La ley de la jurisdicción contenciosa administrativa, en su artículo 50, establece que "el recurrente podrá solicitar la suspensión del acto o sus efectos de la resolución, disposición, o simple vía de hecho que le agravia, expresando las razones que crea le asistan y su ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros".

1.6. Derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas

Se define como el derecho que tiene toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas.

Efectivamente tiene una fuente constitucional al establecer el artículo 34, inciso 2, "a que sus asuntos sean juzgados sin dilataciones por tribunal competente establecido por la ley".

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías "dentro de un plazo razonable", derecho exigible en todo tipo de proceso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que el concepto de plazo razonable no resulta de sencilla definición. Para establecer un lapso preciso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, la Corte ha señalado que es necesario examinar las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido ha manifestado, compartiendo el criterio establecido por la Corte Europea de Derechos humanos, que para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso se deben tomar en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Asimismo, la Corte Interamericana ha considerado importante tomar otro criterio desarrollado por la Corte Europea para determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso: el *análisis global del procedimiento.*

La Corte, en consecuencia, no opta por precisar un plazo determinado en días calendarios o naturales como el máximo de duración aplicable a un proceso sino que brinda unos criterios a ser evaluados por la judicatura para precisar si se afecta o no el *derecho a la duración de un proceso en un plazo razonable,* según las características de cada caso.

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".

1.7. Derecho a la Publicidad de los Actos Jurisdiccionales

La publicidad es una de las bases de la institucionalidad en nuestro país. Estrictamente en relación al proceso, se establece el derecho a que los actos de procedimiento y las resoluciones del proceso estén revestidos de la debida publicidad con el objeto de evitar la arbitrariedad judicial y facilitar el control de las decisiones jurisdiccionales garantizando la legitimidad constitucional de la administración de justicia.

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).

1.8. Derecho a Sentencias Motivadas

Si bien está implícito en la publicidad del acto jurisdiccional, existe el derecho constitucional de acuerdo al artículo 34, inciso 8, " a que se dicte sentencia motivada, razonada y fundada en Derecho dentro de los términos legales, en cada una de las instancias del recurso, proceso o procedimiento y que se ejecuten sin excepción, conforme a derecho".

Se trata de un componente material de determinados actos jurisdiccionales. La motivación explicita las razones de la decisión, permite controlar la discrecionalidad de los jueces y tribunales y habilita la posibilidad de impugnar la decisión mediante las acciones y recursos que establezca el ordenamiento jurídico.

En la jurisdicción contenciosa administrativa, 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[106]. Tienen, no obstante, también esa consideración las resoluciones judiciales en las que se declara la inadmisibilidad, a pesar de que en ellas propiamente no se resuelve sobre el fondo del asunto planteado en el pleito, por lo que en sentido estricto no son tales[107].

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

[106] 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.

[107] 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.

son aquellas que suponen una modificación de una relación jurídica, bien porque la crean, la modifican o la extinguen[108].

II. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Se puede definir el derecho al debido proceso como aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario.

De acuerdo a la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido ha señalado:

"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o

[108] 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.

autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

2.1. El Derecho al Juez Predeterminado por la Ley

Es el derecho que determina que el órgano judicial debe haber sido creado previamente a los hechos, fijada su competencia e investido de jurisdicción por ley.

Este derecho también tiene otras denominaciones, tales como, el "derecho al juez natural" o al "juez ordinario", pero se ha preferido la indicada puesto que éstas últimas puede generar ambigüedad respecto de que lo natural importaría contar con jueces vinculados a un cierto arraigo territorial o que lo ordinario impida la constitución de justicia especializada.

La Constitución precisa en el artículo 34, inciso 2, que no "hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción".

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 par-

ticular. 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".

2.2. Derecho a un Juez o Tribunal Independiente e Imparcial

Es el derecho en un proceso o gestión judicial, a ser juzgado o determinado sus derechos y obligaciones, por un tribunal que reúna, objetiva y subjetivamente, las condiciones de independencia e imparcialidad.

La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.

El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

El artículo 9 de la jurisdicción contenciosa administrativa dice: "Aquellos Magistrados que ejercieren jurisdicción en la materia de lo contenciosoadministrativo, deberán excusarse de conocer en los casos sometidos a su conocimiento, cuando concurrieren causales de implicancia o recusación. Caso contrario, podrán ser recusados o implicados de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, su Reglamento y el Código de Procedimiento Civil".

2.3. El Derecho a la Defensa Jurídica y a la Asistencia Letrada

El derecho a defensa jurídica es un derecho fundamental de naturaleza procesal, que se proyecta, sustantivamente, como interdicción de la indefensión y, formalmente, como principio de contradicción de los actos procesales.

La Constitución establece en el artículo 34, que se le nombre defensor de oficio cuando en la primer intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto".

Un proceso o gestión supone la perspectiva de una adecuada defensa y de asistencia letrada. El propio mundo jurídico es constitutivo de un lenguaje nuevo, técnico, sistemático e impenetrable.

Ello es particularmente sensible en amplios sectores de la ciudadanía, en ámbitos socioeconómicamente postergados y en minorías especiales. Por lo tanto, en el corazón de las respuestas del sistema judicial está la perspectiva de proscribir la indefensión.

La indefensión es la privación o limitación de los medios de defensa producida dentro de un proceso por una indebida actuación de los órganos judiciales y por una aplicación inequitativa del principio contradictorio o de igualdad entre las partes.

En tal sentido, existe un derecho a impedir esta indefensión pero que implica determinadas características de la misma. Se trata de una interdicción de la indefensión causada por un órgano judicial, que no haya sido provocada ni consentida por la parte, sea directa o negligentemente, y que la privación o limitación que produzca en el derecho a defensa sea sustancia y definitiva.

2.4. Derecho a Asesoría y Defensa Jurídica Gratuita para las Víctimas

Junto al derecho genérico a la defensa jurídica se especifica el derecho a la asistencia y defensa jurídica gratuita de las víctimas de los delitos.

El derecho del imputado a ser asistido por un defensor público

Derecho del imputado a ser gratuitamente asesorado por un traductor o intérprete

El articulo Artículo 32 de la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa establece que "en el orden jurisdiccional contencioso administrativo las partes podrán comparecer por sí mismas en el proceso, o por medio de su representante legal. En caso de invocarse falta de recursos económicos por una de las partes, la autoridad judicial respectiva, previa información sumaria de las circunstancias del solicitante, procederá inexcusablemente y con celeridad a la designación de una defensora o defensor público que ejerza la defensa y representación de quien, a criterio de la misma autoridad judicial, debiere gozar de asistencia jurídica gratuita.

La primera invocación de falta de recursos económicos podrá efectuarse directamente por la persona agraviada; por comparecencia directa ante la autoridad judicial o por cualquier otro medio, pero siempre dentro del plazo hábil para el ejercicio de la acción contenciosa administrativa. La solicitud producirá la interrupción de los plazos, los 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 por la autoridad judicial, el nombramiento del abogado de oficio se hará de conformidad con lo establecido en el artículo 34, incisos 4 y 5 de la Constitución Política de Nicaragua, Ley 260 "Ley Orgánica del Poder Judicial" en sus artículos 111 y 212 de su reglamento, y el Código Procesal Civil.

2.5. El Derecho a la Bilateralidad de la Audiencia

Es el derecho a tener conocimiento sobre el proceso y su efecto es consustancial al ejercicio pleno del derecho a la defensa.

Se configura como un principio de organización o formativo del procedimiento. Es la expresión de uno de los elementos consustanciales del debido proceso, puesto que representa la garantía procesal de la igualdad ante la justicia.

La ley de la jurisdicción contenciosa administrativa dentro de sus principios generales dice, en el artículo 2, inciso d) "Las partes deben tener la oportunidad de discutir cada aspecto de hecho o de derecho en que se fundamente la sentencia. La autoridad judicial asegurará a cada parte la posibilidad efectiva de defensa y de prueba de sus alegaciones y de contestar las de la otra parte. Las partes podrán proponer pruebas pertinentes, contestar las argumentaciones de las demás partes y presentar las alegaciones escritas necesarias".

La finalidad de su establecimiento como principio lo ha definido el propio Tribunal indicando que "entre las bases del debido proceso, se incluye en principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir la prueba.

Sin embargo, doctrinariamente se acepta que la contradicción tiene distintos grados, según la naturaleza de la acción ejercitada, y que no se identifica necesariamente con un momento determinado del proceso. Su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares".

Como ya lo habíamos revisado, es en la dimensión cautelar o para el logro más efectivo de las cargas procesales a las cuales se somete al inculpado en donde es susceptible de tener excepcio-

nes al principio de la bilateralidad. Se ha fallado, por ejemplo, que "el conocimiento –en primera instancia– en cuenta o de plano, esto es, sin escuchar a las partes, puede importar una vulneración al debido proceso".97

2.6. El Derecho al Debido Emplazamiento

Es el derecho adjetivo a ser notificado de que es parte en un procedimiento legalmente preestablecido y que constituye un ritual que da cuenta de la regularidad del proceso específico de que trate.

Esta es una consecuencia del reconocimiento de la bilateralidad de la audiencia y es dudoso que tenga un carácter autónomo como derecho. Entre los procesalistas, se sostiene que "[e]n todo caso, lo que nunca puede faltar en algún momento, es el emplazamiento, o sea, la notificación suficiente a los sujetos afectados interesados, de que el proceso existe, que pueden defenderse, y que la sentencia les sea oponible directamente. Durante el curso del proceso, la bilateralidad se manifiesta en el conocimiento que tienen las partes de todos los actos y resoluciones dictadas en el proceso, lo que permite intervenir cada vez que lo estimen necesario.

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 remplazada por medio de la notificación de la demanda a la Procuradoría General de Justicia de la República o al representante legal del órgano demandado (art. 56 LJ).

Tratándose de demandados y coadyuvantes debe diferenciarse dependiendo de si se trata de personas que están identificadas en el expediente o no. En el primer caso el Tribunal deberá emplazarlas personalmente o por medio de cedula, bajo pena de nulidad (art. 59 LJ). En realidad, la LJ prevé esta solución tan sólo cuando del expediente "resultare el domicilio de las perso-

nas 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 finalidad del emplazamiento es poner en conocimiento de los interesados la iniciación del proceso, a fin de que puedan personarse en el mismo y defender su posición. Ahora bien, la posición de los distintos sujetos implicados no es, al respecto, ni mucho menos uniforme, sino que varía dependiendo de la situación en que se encuentren.

Así hay que distinguir, por un lado, el régimen aplicable a la Administración demandada, que deberá personarse en un plazo de seis días que se le concederá al efecto cuando reciba el emplazamiento. En caso de no hacerlo será declarada rebelde (art. 56 LJ).

Los demandados y coadyuvantes, sin embargo, podrán personarse en el procedimiento desde el momento que tengan conocimiento de la acción, sin que tengan necesidad de esperar al emplazamiento para oponerse (art. 57 LJ).

La posibilidad de personarse para demandados y coadyuvantes va a permanecer abierta durante todo el proceso, pues serán admitidos como partes en cualquier tiempo del mismo. Ahora bien, las actuaciones se desarrollarán en su ausencia hasta que no se personen, sin que su personación posterior determine la retroacción del proceso (art. 57 y 59 LJ). Esto es, se les tendrá como parte únicamente para los trámites que no hayan sido ya realizados en el momento de su personación, lo que implica que aquellos trámites que hayan sido realizados previamente precluyen y se pierde, por tanto, la posibilidad de realizarlos.

2.7. Derecho a la Igualdad entre las Partes

Es el derecho al igual trato dentro del proceso para la debida protección del ejercicio de sus derechos. Lo anterior, no implica que tenga idénticos derechos procesales, cuestión que, por antonomasia, serán diferentes por la distinta posición que ocupan las partes en el proceso. Lo relevante es que se verifique el equilibrio procesal necesario otorgando igualdad de armas al interior de un procedimiento.

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación de los Estados Parte de respetar los derechos reconocidos en ella y "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". (subrayado nuestro).

Junto al reconocimiento del *principio de no discriminación,* la Convención Americana reconoce en su artículo 24º el *derecho de toda persona a la igualdad ante la ley.* Sobre esta disposición, la Corte Interamericana ha señalado:

"En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones *(artículos 1.1 y 24)*, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley".

En base a estas consideraciones de la Corte, se puede concluir que el respeto al *derecho a la igualdad ante la ley* implica un mandato a toda autoridad estatal con potestad normativa para que se abstenga de establecer disposiciones que contengan preceptos discriminatorios.

En el ámbito del derecho al debido proceso, tanto el principio de no discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley deben ser objeto de estricta observancia. Por eso, el artículo 8.2 de la Convención precisa que las *garantías mínimas* contenidas en esta disposición son derechos que deben ser ejercidos "en plena igualdad". Además, aunque no se señale expresamente, este criterio también debe ser aplicado respecto a las otras garantías previstas en el artículo 8º de la Convención, debido al mandato general de los artículos 1.1 (no discriminación) y 24 (igualdad ante la ley) contenidas en el mismo tratado.

La ley de la jurisdicción contenciosa administrativa contempla el principio de igualdad en el proceso, consagrado expresamente en el art. 6 LJ , 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.

2.8. El Derecho a Presentar e Impugnar Pruebas

El derecho a una adecuada defensa implica la aptitud procesal de presentar pruebas y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer.

De esta manera, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

La Corte Suprema de Justicia ha indicado que el legislador "está obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda; excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas o las restrinja de tal forma que la coloque en una situación de indefensión o inferioridad".

2.9. Derecho a Obtener una Resolución Motivada sobre el Fondo

Un componente del debido proceso es la protección constitucional para obtener una resolución de fondo. Se trata del derecho relativo de la parte en un proceso a acceder, tramitar y obtener del tribunal una sentencia motivada sobre el objeto de fondo sometido a su conocimiento, previo respeto de un proceso legalmente tramitado.

Se trata de un derecho limitado al ejercicio de una ritualidad racional. Por lo mismo, el legislador obra ampliamente dentro de su competencia cuando determina formas procesales, requisitos de admisión a trámite, de admisibilidad, de competencia, de legitimación activa o de requisitos que haya que sortear antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto. Tal como señala la doctrina, este derecho no implica la obligación de acoger el interés o derecho reclamado, sino que importa pronunciarse fundadamente acerca del mismo.

El derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión se conecta conceptualmente con el deber de fundamentación de las decisiones judiciales. En este sentido, "[e]l juez debe razonar sobre el petitum, sobre el fondo, y ello debe quedar además exteriorizado en la motivación.

De ahí que una resolución sin razonar vulnere este derecho, y una resolución sin motivar vulnere el derecho a la motivación de las resoluciones. Esa motivación debe ser razonable, no necesariamente exhaustiva a toda la solicitud, sino que congruente en sí misma. El objeto de la motivación permite su potencial control posterior en revisión por un tribunal superior y garantiza la interdicción de la arbitrariedad. Por lo tanto, el deber faculta el ejercicio de otros derechos. Para Nogueira, se constituye en "un presupuesto implícito de la tutela de los derechos por la autoridad en forma efectiva que los juzgadores resuelvan secundum legem y ateniéndose al sistema de fuentes del derecho

vigente, lo que hace posible un control sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales"[109].

2.10. El Derecho de Revisión Judicial por un Tribunal Superior

Es el derecho que tiene todo parte o interviniente en un proceso a que la sentencia de un tribunal inferior sea susceptible de revisión por un tribunal superior, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios formulados dentro del plazo legal.

Este es un derecho que no implica la facultad de recurrir de todas y cada una de las resoluciones, sino que el legislador tiene libertad para determinar aquellas actuaciones jurisdiccionales que sean susceptibles de ser revisadas.

Se trata de un elemento integrante del debido proceso. Así lo ha afirmado expresamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: éste "debe contemplar las siguientes garantías: […] la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores".

Este derecho ha generado una serie de debates acerca de si existe o no un derecho a la doble instancia. Asimismo, se debate el alcance que puede tener recurrir respecto de la sentencia que ha sufrido y si es susceptible, en el marco del derecho a los recursos, obtener siempre una orden de no innovar que suspenda los efectos de la resolución recurrida. Revisaremos sumariamente estas cuestiones debatidas.

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

2.11. El Derecho al Recurso no Implica Necesariamente el Derecho a la Doble Instancia

El derecho de recurrir no implica que se pueda apelar. Las condiciones en que se concede la revisión son muy diferentes. El derecho a la apelación o a la doble instancia importa la plena facultad para reiniciar la discusión en el proceso desde cero, tanto en los hechos como en el derecho.

La revisión por tribunal superior importa contar con un medio que tienen las partes para corregir los vicios o agravios en que incurre la sentencia, lo que puede circunscribirse sólo a la aplicación correcta del derecho excluyendo una segunda apreciación de los hechos. En tal sentido, la Sala Constitucional ha precisado el contenido del derecho al recurso, distinguiéndolo de la apelación misma.

ANEXO

PROPUESTA DE DISTINCIÓN ENTRE LA TUTELA JUDICIAL Y EL DEBIDO PROCESO

ELEMENTOS COMUNES	TUTELA JUDICIAL	DEBIDO PROCESO
1. Mandato al legislador.	1. Derecho a la acción	1. Derecho al juez predeterminado por la ley
2. Apertura al Derecho Administrativo Sancionador y otros derechos.	2. Derecho de acceso a la jurisdicción o a la justicia.	2. Derecho al juez independiente e imparcial
3. Garantías adaptadas a la naturaleza de los procedimientos	3. Derecho a la cosa juzgada	3. Derecho a la defensa jurídica y a la asistencia letrada
4. Inexistencia de un procedimiento tipo	4. Derecho a la tutela cautelar	4. Derecho a asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas
5. Interpretación amplia y carácter supletorio de los procedimientos de la	5. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	5. Derecho del imputado a ser asistido por un defensor público
	6. Derecho a la publicidad de los actos jurisdiccionales	6. Derecho del imputado a ser gratuitamente asesorado por un traductor o intérprete
	7. Derecho a una sentencia motivada	7. Derecho a la bilateralidad de la audiencia

		DERECHO AL DEBIDO PROCESO
		8. Derecho al debido emplazamiento
		9. Derecho a la igualdad entre las partes
		10. Derecho a presentar e impugnar pruebas
		11. Derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo
		12.Derecho a la aplicación del principio de congruencia penal
		13. Derecho de revisión judicial por un tribunal superior
		14. Derecho a la doble instancia
		15. Derecho a la orden de no innovar

¿TRIBUNALES JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS?

I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad, regla básica de cualquier Estado de Derecho, impone la instauración de mecanismos eficaces de revisión de la actuación de la Administración. Esta necesidad responde a una doble exigencia. Por un lado, se trata de dar tutela a los derechos y libertades de los administrados, que deben contar, para ello, con vías adecuadas para reaccionar contra las eventuales vulneraciones de los mismos. Por otra parte, se trata de lograr el real cumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, pues, en cuanto tiene por objeto dar respuesta a los intereses colectivos, debe impedirse su quebranto, que impide una correcta gestión y consecución de los fines públicos que la gestión administrativa tiene encomendados[110].

[110] Pone de manifiesto MARTÍN-RETORTILLO (2007) que el Estado de Derecho (…) supone la sanción primero, y el desarrollo después, del principio de legalidad. La actividad de la Administración se ordena conforme a la ley: se trata, pues, de constatar su sometimiento a las reglas que establece la representación de la soberanía popular (…).
Dos son las consecuencias que de ello se derivan.
Función garantizadora, en primer lugar, para los ciudadanos. El principio de legalidad y el control de su aplicación es la vía para el reconocimiento de una serie de situaciones objetivas en los ciudadanos: reconocimiento y garantía, cuando quebrantando el referido principio la acción de la

Estas necesidades, sin embargo, deben coordinarse con una necesidad no menos imperiosa, como lo es la de permitir un ágil y adecuado desarrollo de la función administrativa. Como es de sobra conocido, en la acción administrativa está en juego un interés superior y distinto al de los sujetos privados, el interés público, lo que determina la sujeción de ésta un régimen privilegiado, también, como no, en el ámbito de la revisión de dicha actuación.

Estas peculiares no pueden traducirse en un conjunto de privilegios irrazonables y abusivos, sino que deben ser, necesariamente, un conjunto de medidas proporcionadas y adecuadas para lograr evitar que la acción de los poderes públicos se vea frenada o paralizada de forma negativa a los intereses públicos, como consecuencia de una litigiosidad irresponsable o malintencionada de los sujetos privados.

Administración las lesiona al incidir en ellas. Un reconocimiento que de nada serviría si en tales casos no se estableciera el cauce adecuado para reaccionar en derecho. Es ésta la quintaesencia misma del Estado de Derecho: la consideración del poder en cuanto tal, titular, incluso, de la soberanía, no es incompatible con que jurídicamente pueda estar obligado a determinados comportamientos y con que, para hacerlos efectivos, pueda ser demandado ante los Tribunales de Justicia.

Junto a ello, es preciso valorar igualmente el alcance de lo que se dice en relación con la propia actividad de la Administración: vinculación de ésta a la ley –a la regla de derecho- cada vez más penetrante. (…) El actuar procedimentalizado de la Administración, en los muy distintos sectores en los que interviene, debe responder sustantivamente a la ordenación que cabe derivar del principio de legalidad en cuanto de este modo se garantiza también la mejor realización de los cometidos que la Administración debe llevar a cabo. (…)

Los cauces que aquí se establecen para reaccionar en términos jurídicos contra el posible quebranto del principio de legalidad –la jurisdicción contencioso-administrativa- son pues cobertura tanto de las situaciones subjetivas que hayan podido ser lesionadas, como garantía del cumplimiento del derecho objetivo y del mejor funcionamiento de la propia Administración". Pág. 448.

En definitiva, la implantación de un sistema revisor de la acción pública debe tener en cuenta dos factores: por un lado, la necesidad de enmendar los incumplimientos del ordenamiento jurídico administrativo (tanto con una finalidad de tutela de los derechos de los ciudadanos, como para lograr la plasmación de este Derecho en el que están en juego los intereses públicos); por otro, la necesidad de que en el desarrollo de esta tarea no se vea entorpecida la realización de las funciones públicas.

Nótese, no obstante, que en ambos objetivos subyace una finalidad común: la realización efectiva del ordenamiento jurídico-administrativo.

Todo este planteamiento, sencillo desde el punto de vista conceptual, se complica notablemente en la práctica. De la primera exigencia se deriva, obvio es, la implantación de un conjunto de mecanismos de revisión, que tienen que dar tutela a los derechos de los ciudadanos. De los segundos surgen algunos privilegios procesales para la Administración, en particular, como veremos, la obligación de demandar en algunos casos a la Administración previamente en vía administrativa antes de acudir a la vía judicial.

Uno y otro factor tienen, pues, su fundamento, la cuestión está en que entre uno y otro existe una relación difícil, que ha dado lugar a no pocos conflictos de compatibilidad. Muchas veces esa vía previa se convierte en un obstáculo insalvable o un retraso irreparable para el acceso a la justicia administrativa, que pone en cuestión si existe ante la Administración una verdadera tutela judicial efectiva.

La necesidad de buscar un punto de equilibrio, que permita que esta relación, casi siempre difícil, se convierta en una amistad perdurable y beneficiosa es el objeto de esta ponencia.

Vaya por delante la convicción de los autores de la misma de la necesidad de resolver este conflicto. En otras palabras, no nos parece que la cuestión se deba afrontar desde la perspectiva excluyente en la que quizás podría entenderse el término de la

misma ("¿Tribunales administrativos o Tribunales judiciales?"), por los motivos que se irán desgranando a lo largo de este trabajo, entendemos que unos y otros deben de pervivir. La cuestión está más bien en determinar como debe articularse ese sistema de revisión dual, administrativo-judicial.

Lo que implica, por otra parte, algo más que una simple delimitación del ámbito propio del control judicial y del control administrativo. Pues un punto clave es el de determinar como se debe articular ese control administrativo en cada concreto supuesto.

Vamos, pues, a comenzar este trabajo delimitando las distintas vías a través de las cuales se sustancia ese control, para pasar con posterioridad a realizar algunas propuestas acerca de cómo se deben articular estas vías.

II. LAS DIFERENTES VÍAS DE REVISIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA: RECURSOS ADMINISTRATIVOS, REVISIÓN DE OFICIO Y CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

En principio, existen dos grandes vías para revisar la legalidad de la actuación administrativa. Por un lado, tenemos la revisión de oficio, entendiendo por tal el conjunto de procedimientos a través de los cuales la propia Administración procede, por su propia voluntad, a la revisión de sus actos. Frente a ello, los recursos constituyen un mecanismo de revisión que se ponen en marcha únicamente a instancia de parte, nunca de oficio por parte de la propia Administración (GONZÁLEZ PÉREZ 1999, pág. 2282; DE ASÍS ROIG 2002, pág. 627; ARRIEN SOMARRIBA, pág. 3)[111].

[111] Como apunta SANTOFIMIO GAMBOA, "la prorroga de la actuación administrativa a una segunda etapa, o de la vía gubernativa, depende exclusivamente del sujeto pasivo del acto. No se inicia por imperativo legal, sino por decisión unilateral del interesado que se considera afectado en sus derechos". Pág. 208.

No vamos a detenernos en el estudio de la denominada revisión de oficio, que queda fuera del objeto de nuestro trabajo, sino que vamos a centrar nuestro análisis, sentada esta distinción, en el examen de la revisión que nace a consecuencia de la interposición de un recurso.

Con carácter general, podemos decir que el recurso es el fruto de la posibilidad que tienen los administrados afectados por una actuación administrativa de reaccionar contra la misma, lo que va a dar lugar a un procedimiento o proceso de revisión de dicha actuación por parte de órgano competente para ello[112].

Los recursos no constituyen, sin embargo, una realidad unitaria, sino que dentro de ellos se pueden distinguir dos grandes tipos: recursos administrativos y recursos judiciales. La diferencia que existe entre ellos es notable, pues a través de los primeros se realiza un control por parte de la propia Administración, que enjuicia un órgano administrativo, se sustancia en un procedimiento administrativo y se resuelve a través de una resolución o acto administrativo. Sin embargo, los segundos, constituyen un control por parte del Poder judicial, que enjuicia un órgano jurisdiccional, se sustancia en un proceso judicial y se resuelve a través de una sentencia (GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS 2008, pág. 529)

De esta forma, el recurso administrativo se puede definir como una vía para la impugnación de los actos administrativos ante la propia Administración a instancia del interesado, que se traduce en la tramitación de un procedimiento administrativo de revisión de la actuación implicada[113].

[112] GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA y LOSADA GONZÁLEZ (2006) señalan que "el recurso puede definirse como una pretensión deducida por quien esté legitimado para ello ante un Organismo competente y destinado a obtener la revisión, por motivos de legalidad, de un acto administrativo determinado". Pág. 30.

[113] CASSAGNE (2005) define el recurso administrativo como "toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a

obtener del órgano emisor del acto, de su superior jerárquico o de quien ejerce el control llamado de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado". Pág. 59. GONZÁLEZ NAVARRO (1997) entiende por tal "un procedimiento administrativo autónomo iniciado dentro del plazo legal preclusivo por uno o varios interesados debidamente legitimados en solicitud de revisión de un acto administrativo por considerarlo no ajustado a derecho". Pág. 1175. DELPIAZZO (2005) lo define los recursos como los "medios que el Derecho objetivo establece, en virtud de los cuales los afectados en su derecho o interés por un acto administrativo, mediante la interposición de un acto de petición, ejercen el derecho de principio de obtener que la Administración lo revise en vía administrativa dictando un nuevo acto administrativo". Pág. 713. GONZÁLEZ PÉREZ (1999) considera que los "recursos administrativos son actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de este carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión". Pág. 2282. ESCUIN PALOP (2005) apunta que el "recurso administrativo puede definirse como el procedimiento en el que un sujeto legitimado, dentro del plazo hábil, pide a la Administración que revise la legalidad de una resolución administrativa o, excepcionalmente, de un acto de trámite". Pág. 311. SÁNCHEZ MORÓN (1993) considera que "los recursos administrativos pueden definirse como actos de los interesados impugnatorios de decisiones previas de la Administración pública sometidas a Derecho administrativo y que ponen fin a un procedimiento, o, al menos, impiden continuarlo o producen indefensión, que se deducen ante la Administración misma, ya sea la autora del acto impugnado o excepcionalmente otra distinta y que se resuelven por ella". Pág. 329. SANTAMARÍA PASTOR (2001) señala que "con el nombre de recursos administrativos se hace referencia a los procedimientos administrativos de carácter impugnatorio mediante los que los interesados o afectados por un acto administrativo instan de la Administración autora su anulación por razones de legalidad". Pág. 598. Para GARRIDO FALLA; PALOMAR OLMEDA; LOSADA GONZÁLEZ (2006) el "recurso en vía administrativa puede definirse como una pretensión deducida ante un órgano administrativo, por quien está legitimado para ello, con la finalidad de obtener la anulación o modificación de un acto administrativo dictado por ese mismo órgano o por su inferior jerárquico". Pág. 65. ENTRENA CUESTA (1992) considera que el "recurso administrativo puede definirse como un acto con el que un sujeto legitimado pide a la Administración que revise una resolución

En cuanto al mal llamado recurso contencioso-administrativo, pues no es propiamente un recurso, sino una primera instancia judicial, se puede definir como una vía para la formulación de pretensiones contra disposiciones y actuaciones administrativas ante un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, a instancia del interesado, y que se traduce en la tramitación de un proceso judicial de revisión de la legalidad de la actuación implicada.

Esto supone que están ya superada, como es sabido, las posiciones tradicionales que concebían la jurisdicción contenciosa como una instancia meramente revisora de los actos de la Administración, cuyo ámbito de conocimiento estaba limitado a controlar la legalidad de éstos. En la actualidad, se concibe la jurisdicción contenciosa como una vía por la cual se puede formular cualquier pretensión frente a una determinada actuación administrativa[114].

---

administrativa, o, excepcionalmente, un acto de trámite, dentro de los plazos y con arreglo a las formalidades pertinentes". Pág. 306.
VILLAR PALASÍ; VILLAR EZCURRA (1982) entienden que recurso administrativo "es el procedimiento especial de impugnación por el que el destinatario, directo o indirecto, de un acto (...) solicita su modificación o privación de efectos". Pág. 220.

[114] Señala SÁNCHEZ MORÓN (2006), que la expresión recurso contencioso-administrativo "manifiesta el *carácter impugnatorio* que este tipo de proceso tiene, en relación con una actuación administrativa previa. Esto es, el demandante recurre ante los Tribunales contra una actuación determinada, que considera contraria a Derecho. Sin embargo, la naturaleza de este recurso ha variado con el tiempo.
Por razones históricas (…), se consideró inicialmente que el órgano encargado de conocer en vía contenciosa, es decir, como en un proceso contradictorio, los litigios y controversias entre los ciudadanos y la Administración debía limitarse a revisar la corrección jurídica de la decisión conflictiva adoptada por la Administración, sin que en ningún caso pudiera conocer de demandas declarativas o de condena sobre asuntos sobre los que la Administración no hubiera decidido previamente. El re-

Si bien, como veremos, sigue manteniéndose un cierto carácter revisor, que se traduce en la necesidad de haber formulado dicha pretensión previamente en vía administrativa, pues en caso contrario, se va a considerar cuestión nueva, que no constituye materia impugnable y que dará, en consecuencia, lugar a una resolución de inadmisión de la demanda (art. 53.3 LJ[115] y art.91.3 LJ[116]).

---

curso contencioso-administrativo adoptó, pues, una *naturaleza revisora* de actos o decisiones administrativas previas, constituyendo esa *décision préalable* el presupuesto o requisito del proceso mismo.
(…)
Hoy "en día el recurso contencioso-administrativo es una acción judicial en la que tiene cabida cualquier precisión de las partes ajustadas a Derecho y que guarde relación con la actuación de la Administración sometida a Derecho administrativo. Un proceso en el que pueden cuestionarse los hechos que la Administración haya declarado probados en una decisión previa y proponerse y practicarse cualesquiera pruebas pertinentes; en el que puede fundarse el recurso en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso si se trata de motivos de ilegalidad no formulados ante la propia Administración en el procedimiento administrativo o en el recurso administrativo previo; y un proceso en el que la sentencia puede adoptar, respetando el principio de congruencia con lo pedido por las partes, todas aquellas medidas que correspondan en Derecho para restablecer la legalidad, imponiendo su cumplimiento a las partes, en su caso mediante procedimientos de ejecución de sentencias". Págs. 842-843.
Apunta PAREJO ALFONSO (con la colaboración de A. DESCALZO GONZÁLEZ) (2008), que el "contenciosoadministrativo es hoy (…) un proceso de plena jurisdicción que tiene por objeto no tanto la actuación administrativa, cuanto las pretensiones que, sobre la base de derechos e intereses legítimos, deduzcan su titulares, pues el requisito de la existencia de la decisión o actuación previas es exclusivamente el presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa". Pág. 556.

[115] Ley nº 350 de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo (tomada de La Gaceta nº 140-141 del 25 y 26 de julio de 2000) (en adelante LJ).

[116] El art. 53.3 LJ establece que el "Tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará inadmisible la demanda, previo examen del expediente administrativo, cuando conste de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de las circunstancias siguientes:

Nótese que en el proceso contencioso-administrativo se puede discutir la validez no sólo de actos administrativos, sino también de disposiciones administrativas, vías de hecho o supuestos de inactividad material de la Administración, mientras que el recurso administrativo tiene por objeto, exclusivamente, actos administrativos, pues contra los reglamentos no hay recurso en vía administrativa, sino que son impugnados directamente en vía contencioso-administrativa (art. 36 LJ) y contra las vías de hecho y casos de inactividad material de la Administración cabe interponer en vía administrativa únicamente una reclamación ante la Administración, que no es propiamente un recurso (arts. 37 y 38 LJ).

La afirmación debe ser, no obstante, matizada, pues la legislación local permite la impugnación en vía administrativa de las disposiciones dictadas por el Alcalde, que podrán ser impugnadas mediante recurso de revisión ante el propio Alcalde y mediante recurso de apelación ante el Concejo Municipal (art. 40 LJ).

Se trata de una excepción difícilmente comprensible, que da muestras una vez más de la descoordinación y descontrol de que adolece el ordenamiento jurídico administrativo de Nicaragua.

Por otra parte, el recurso administrativo es un mecanismo de revisión, pero incardinado en el seno de la función administrativa, no en el ámbito de la función jurisdiccional. Se diferencia claramente de ésta en cuanto el órgano que realiza el enjuiciamiento no es, en puridad, una instancia independiente, como ocurre en el proceso, sino una de las partes implicadas, la Ad-

(…) 3. Que se trate de actos no susceptibles de impugnación en la vía contencioso-administrativa".

El art. 91.3 LJ, por su parte, establece que se "declarará la inadmisibilidad de la demanda:

(…) Cuando tuviere por objeto actos, actuaciones u omisiones no susceptibles de impugnación, confome a la presente Ley".

ministración, convertida de este modo al mismo tiempo en juez y parte; a lo que se añade, por otra parte, que las resoluciones dictadas en el procedimiento no generan eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser siempre impugnadas, con sujeción a los plazos oportunos, ante un órgano judicial[117].

Es, además un mecanismo de autocontrol, en cuanto se lleva a cabo por la propia Administración, sin la intervención de cualesquier órganos públicos ajenos a la misma[118]. Neta diferencia respecto al recurso contencioso-administrativo que, como recurso judicial que es, se lleva a cabo siempre ante un tercero imparcial.

El recurso administrativo va a dar lugar a un procedimiento administrativo distinto de aquel de que trae causa (DE ASÍS ROIG 2002. Pág. 628), con el que no se confunde, pues a pesar de estar vinculado a éste, es independiente del mismo y goza de su individualidad propia[119]. Ahora bien, aunque por su función revisora, este procedimiento tiende a asimilarse en algunos aspectos

[117] Apunta CASSAGNE (2005) que la "sustancia o naturaleza de los recursos administrativos es propia de la función administrativa y nunca es actividad jurisdiccional ya que técnicamente no puede hablarse de estricta controversia (la Administración actúa como parte y autoridad decisoria) ni tampoco la decisión posee los atributos de verdad legal (cosa juzgada formal y material)". Pág. 59.

[118] Como señala FERNÁNDEZ RUIZ (2005), en "la labor de corregir, perfeccionar y, en su caso, revocar, el acto administrativo se inscribe el recurso administrativo que conlleva el animo de la Administración de hacerlo sin intervención de otros órganos del poder público y lo identifica como un instrumento de autocontrol de la misma, para mantener su actuación dentro de los límites de la normativa aplicable; lo que no impide considerar el recurso administrativo como un instrumento de defensa del interesado contra los excesos de la Administración Pública cometidos en su perjuicio, por la violación de sus derechos subjetivos". Pág. 451.

[119] Apunta GONZÁLEZ NAVARRO (1997) que el "procedimiento de recurso constituye un procedimiento autónomo, un procedimiento independiente de la instancia administrativa que le precede. La impugnación en que el recurso consiste no constituye una continuación del procedimiento cuyo acto final se combate, sino que es un procedimiento indepen-

al proceso judicial, no llega nunca a equipararse con éste, ni dejar de ser lo que es, un simple procedimiento administrativo[120].

Otro punto de divergencia entre recurso administrativo y judicial es el alcance del control. La doctrina mantiene posiciones divergentes acerca de cual es éste alcance en vía de recurso administrativo. Así, para algunos, en cuanto mecanismo de control de la legalidad de los actos administrativos, sólo puede basarse en motivos estrictamente jurídicos, debiendo desecharse en la resolución de los mismos los criterios de mera oportunidad[121]. Para otros, sin embargo, a través de ellos se puede instar una revisión no sólo de la legalidad del acto, sino también de la oportunidad de éste[122].

---

diente con su peculiar régimen jurídico. El procedimiento anterior no es simplemente continuado, sino que deja su puesto a otro procedimiento distinto, aunque ligado al anterior". Pág. 1177

[120] Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002), "la acusada <<procesalización>> del procedimiento de resolución de los recursos no puede hacer olvidar que éste es, y no puede dejar de ser, un procedimiento administrativo propiamente tal, sujeto por ello a las mismas limitaciones que todos los de su género y al juego de toda una serie de principios que introducen forzosamente múltiples modulaciones en el esquema del proceso judicial tomado como modelo para su regulación positiva". Pág. 517.

[121] Como señala DE ASÍS ROIG (2002), el recurso administrativo es "un instrumento de control de la legalidad de los actos de la Administración (....). Cualesquiera razones de carácter no jurídico sólo pueden ser alegadas en la medida en que sean recogidas pro el Derecho en forma de valores, objetivos, directrices, etc.". *Los recursos...* Pág. 631. La misma opinión, ARRIEN SOMARRIBA, pág. 6. SANTOFIMIO GAMBOA, pág. 208.

[122] En tal sentido, BREWER CARÍAS (2005), que considera que los "recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad, existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa". Pág. 758.

En nuestra opinión, ceñir los recursos administrativos a un estricto control de la legalidad es un planteamiento más teórico que real, pues correspondiendo resolverlos a la propia Administración autora del acto, encargada de las labores de gestión administrativa, en que se actúa conforme a criterios de oportunidad, es prácticamente imposible que ambas naturaleza, la de sujeto gestor y la de enjuiciador, no se confundan[123].

Si bien, tampoco permite esto afirmar sin más que se pueda llevar a cabo un control de oportunidad en todo caso. Como señala la, en nuestra opinión, mejor doctrina al respecto, la modificación del acto impugnado por motivos distintos a la ilegalidad no es propiamente una consecuencia del recurso, sino más bien una manifestación del poder de revisión de oficio de sus propios actos de que goza la Administración, que se verá frenada, por tanto, por los límites típicos de ésta. Lo que implica, fundamentalmente, la imposibilidad de invalidar actos favorables al administrado por simples criterios de oportunidad[124].

[123] Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002), la "acusada <<procedimentalización>> del debate, (...) no puede impedir que junto a los motivos de estricta legalidad aparezcan de alguna manera razones de simple oportunidad. Es la propia Administración quien resuelve, en definitiva, y la misión de la Administración no es la de decir el Derecho, sino la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses generales que tiene confiados. Es, pues, profundamente equívoco tratar de identificar ambas funciones. Todo lo más que puede concederse en este punto es que al resolver recursos la Administración está más estrechamente ligada al Derecho y a los planteamientos estrictamente jurídicos que cuando desarrolla una actividad de gestión". Pág. 518.

[124] GARRIDO FALLA; PALOMAR OLMEDA; LOSADA GONZÁLEZ (2006) señalan que "la vía de recurso tiene por finalidad la revisión de la *legalidad* de los actos administrativos". "Pero no debe olvidarse que cuando la Administración resuelve un recurso dispone, paralelamente a los específicos poderes jurisdiccionales que a tal efecto le son concedidos, de sus facultades usuales de oficio, entre las que, obviamente, se encuentra la de revocar por inoportunos sus propios actos. Ocurre entonces que la Administración

El recurso contencioso-administrativo es, sin embargo, un control de estricta legalidad, que no puede entrar en ningún caso en consideraciones de oportunidad o de adecuación técnica[125].

Es esto lo que determina que el órgano judicial que anula un acto discrecional no pueda integrar el contenido del acto discrecional anulado, pues, como es sabido, la existencia de un ámbito de discrecionalidad genera un margen de libre decisión a favor de la Administración, de la que ésta podrá hacer uso en base a criterios técnicos o de oportunidad. De tal modo que el juez, que sólo puede actuar en base a motivos de legalidad, no puede usurpar este ámbito de decisión, quedando sus facultades de control reducidas a la posibilidad de fijar los límites que el ordenamiento jurídico establece para el ejercicio de esa facultad de estimación[126].

---

puede decretar una tal revocación por razones de oportunidad con motivo del recurso, pero no como su consecuencia obligada. La situación del recurrente cambia entonces radicalmente, ya que su pretensión va a ser examinada discrecionalmente, y sobre una materia de suyo discrecional.
Por otro lado, supuesto que la Administración decida aceptar la pretensión del recurrente (por razones de oportunidad) se encuentra también sujeta por ciertos límites; así, si del acto surgieron derechos a favor de tercero la revocación será imposible a no ser que la inoportunidad se sumen motivos de ilegalidad". Pág. 71.

125 En tal sentido, SÁNCHEZ MORÓN (2006), que señala que "a través del proceso contencioso-administrativo, sólo se ejerce un control jurídico, estrictamente en términos de Derecho, sobre la actuación administrativa y en ningún caso un control sobre la bondad o corrección política o técnica de dicha actuación. El juez contencioso-administrativo controla plenamente la legalidad, pero nada más que la legalidad de la acción administrativa". Pág. 843.

126 Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (1997) 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

Este razonamiento es extensible a los reglamentos invalidados, pues la potestad reglamentaria es una potestad en todo caso discrecional, lo que impide que el juez pueda sustituir a la Administración en su ejercicio[127].

Tratándose de motivos de legalidad, no hay duda de que serán oponibles, en principio, tanto para el recurso administrativo como para el judicial, cualquier tipo de motivos que determinen la invalidez, bien sean de nulidad de pleno derecho o anulabilidad. Nada impide, no obstante, que el ordenamiento jurídico pueda establecer que un determinado recurso sólo podrá basarse en determinados motivos, lo que permite distinguir entre recursos ordinarios (esto es, aquellos que no tienen tasados los motivos de impugnación) y extraordinarios (esto es, aquellos en los que sólo se pueden alegar determinados vicios fijados por el ordenamiento jurídico) (VILLAR PALASÍ; y VILLAR EZCURRA 1982, pág. 224).

---

elección". Pág. 473. Por su parte, MARTÍN REBOLLO (1999) señala "la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que (…) no pueden los jueces y tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad". Pág. 364.

127 Señala SÁNCHEZ MORÓN (2006) 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". Págs. 203-204.

No obstante, el recurrente no podrá basar la impugnación en aquellos vicios o defectos que el mismo haya causado (MORELL OCAÑA 1997, pág. 421. VILLAR PALASÍ; y VILLAR EZCURRA 1982, pág. 222).

En cualquier caso, independientemente de las posibilidades de control en base a criterios de oportunidad, el recurso, bien sea administrativo o judicial, dado su carácter revisor en base a criterios de legalidad, se separa claramente de la presentación de escritos de petición: cuando se presenta un recurso se está pidiendo la aplicación del ordenamiento jurídico, obligando a la Administración a resolver en base a éste, por lo que no estamos, en ningún caso, ante una petición graciable[128].

III. PROPUESTA DE ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE REVISIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El recurso administrativo es una institución con la que se persigue una triple finalidad. En primer lugar, es una garantía para la defensa de los derechos de los ciudadanos, en cuanto va a permitir a éstos reaccionar contra aquellos actos administrativos con los que estén disconformes. En segundo lugar, son un mecanismo de control de la actividad de la Administración, pues a través de ellos se opera una revisión de la legalidad de la misma. Por último, en tercer lugar, operan como un privilegio procesal de la Administración, pues van a permitir que ésta, antes de verse demandada, cuente con una posibilidad de reconsiderar sus actuaciones (DE ASÍS ROIG 2002, pág. 628. ARRIEN SOMARRIBA, págs. 5-6).

[128] Como señala MARTÍN MATEO (1990), los "recursos deberán basarse, con carácter general, en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad (...). No se trata, pues, de solicitar decisiones graciables, sino de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en las leyes. Por ello se diferencia netamente del ejercicio del denominado derecho de petición". Pág. 311.

Esto otorga al recurso una doble naturaleza: es al mismo tiempo un mecanismo garantizador de los derechos de los administrados y del cumplimiento de la legalidad y de privilegio de la Administración (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ 2002, pág. 515. PARADA VÁZQUEZ 1999, pág. 696. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS 2008, pág. 540).

La cuestión es, entonces, en qué medida dan respuesta a esa funcionalidad de forma adecuada. Antes de responder esta cuestión debe aclararse que una respuesta correcta a estas finalidades requiere un servicio equilibrado a esos tres objetivos. Su papel como garantía de los derechos del administrado y vía para el control de la legalidad de la Administración no debe entrar en conflicto con su carácter de privilegio de la Administración.

Si se dota a los Poderes Públicos de esta peculiar situación procesal es exclusivamente para facilitar su servicio a los intereses públicos, no para que abuse de ésta en perjuicio de los administrados, imponiendo una política de hechos consumados que triunfe sobre la legalidad, ante el cansancio que indudablemente genera en el administrado la dificultad de litigar con la Administración.

Eso es, sin embargo, desgraciadamente lo que ha venido ocurriendo en la práctica, mediante la combinación de dos elementos patológicos del sistema de recursos administrativos.

Por un lado, la falta de imparcialidad del juzgador, que bien sea el propio órgano que dictó la resolución, o bien su superior jerárquico, es en mayor o menor medida responsable de la misma. Juez y parte, en definitiva[129], que tiende más a defender con terquedad sus posiciones, que a indagar si se ha llevado a cabo una aplicación correcta y adecuada del ordenamiento jurídico (DE ASÍS ROIG 2002, pág. 632).

[129] Como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002), "los recursos administrativos se interponen ante y se resuelven por la propia Administración, que reúne por ello en este caso la doble condi-

Por otro lado, la configuración del recurso administrativo como un requisito previo para acudir a la vía judicial, ha convertido casi siempre a éste en un arma al servicio de la Administración para doblegar la disconformidad del administrado respecto a sus actos, mediante el retardo en el acceso a la tutela judicial[130].

ción de juez y parte". *"Nemo iudex in causa sua.* Nadie puede ser juez en sus propios asuntos, o dicho de otro modo, a nadie puede reconocerse la condición de verdadero juez cuando decide sobre su propia causa. Es cierto que la resolución de sus recursos administrativos se realiza a través de unos trámites y de unas formas con figura de juicio, es cierto, también que, en ocasiones, la semejanza externa entre el procedimiento de ciertos recursos administrativos y el proceso es muy notable (...); es cierto, en fin, que cada vez es más acusada la <<procesalización>> de la normativa aplicable a los recursos administrativos; pero por mucha que sea la semejanza externa de los procedimientos, siempre faltará un elemento decisivo a la hora de definir y configurar una jurisdicción verdadera y propia: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia". Pág. 517. En la misma línea, señala SANTAMARÍA PASTOR (2001) que "la utilidad de los recursos para los ciudadanos es muy escasa, dado el mínimo porcentaje de los mismos que terminan dando satisfacción a sus pretensiones: no se trata sólo del hecho de que, en ellos, la Administración ostente simultáneamente la condición de juez y parte, por lo común, el estudio y la preparación de la resolución de los recursos se encuentra confiado a órganos y funcionarios carentes de autonomía funcional alguna, estrechamente dependientes de las autoridades cuyos actos se fiscalizan, lo que lleva, de modo inevitable, a la desestimación de la inmensa mayoría de las impugnaciones". Pág. 601.

130 Apunta SANTAMARÍA PASTOR (2001) que "la necesidad de interponer previamente un recurso administrativo supone para el particular una demora en la posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual no sólo entraña un retardo de la posibilidad de ver satisfechas sus pretensiones, sino, lo que es más grave, la apertura de un período de tiempo durante el cual la Administración puede poner en ejecución el acto impugnado, creando un estado de cosas que haga inútil, de hecho, el ulterior recurso (lo que se posibilita si se tiene en cuenta que, por regla general, el recurso no suspende dicha ejecución)". Pág. 601.

No menos problemas de funcionamiento encuentra a la hora de actuar como mecanismo de autocontrol interno de la Administración, y por motivos similares, pues la falta de independencia del juzgador es también aquí decisiva, en cuanto difícilmente se puede sentir controlado quien no tiene miedo a que su actuación se vaya a ver rectificada[131].

Aunque no han faltado tampoco voces en su defensa[132], la combinación de estos factores ha determinado una auténtica crisis del recurso administrativo, en el que apenas puede percibirse su carácter garantizador y de control de la legalidad, para conver-

[131] Señala al respecto SANTAMARÍA PASTOR (2001) que "un sistema de este tipo se encuentra justificado en la medida en que sea ejercido por órganos independientes, que actúen de manera eficaz y sistemática, de forma que los autores de los actos impugnados se sientan realmente controlados en su cumplimiento de la legalidad"; "sin embargo, (...) los órganos que resuelven efectivamente los recursos no gozan de independencia real, lo que lleva a que las resoluciones normalmente confirmen los actos impugnados; y, por lo demás, la extrema abundancia de recursos que se plantean, muy superior a los medios humanos de que la Administración dispone para resolverlos, hace que un importante porcentaje de recursos no se resuelvan expresamente, con lo que su fin institucional de autocontrol queda totalmente obviado". Págs. 601-602.

[132] Así, AROZAMENA LASO (1993) considera que "esta situación no debe llevar a una consideración de la vía administrativa de los recursos como una simple limitación o restricción del acceso a los tribunales ni, mucho menos, a proponer su desaparición. Se trata de una garantía limitada quizás pero que sobre todo en determinados ámbitos, y a falta de estudios rigurosos en este campo, no deja de ofrecer supuestos de respuestas favorables –e indudablemente más rápidas y menos complicadas y costosas que las jurisdiccionales- a las pretensiones de los administrados. Creo que hoy no es acertado ni exacto atribuir a la Administración, en sus distintas vertientes, una cerrazón absoluta a resolver los recursos administrativos y que las respuestas total o al menos parcialmente estimatorias de los recursos administrativos no son extrañas, inencontrables y, en cualquier caso, al resolver los recursos –otra cosa son los supuestos en que la Administración ni siquiera resuelve- la hace facilitando al administrado justificación del acto y, en su caso, al órgano judicial que haya de conocer el posterior recurso con-

tirse en un privilegio procedimental, cuyo único efecto es en la mayor parte de los casos dificultar el acceso a la verdadera tutela judicial, que es la que ofrecen los tribunales de lo contencioso-administrativo[133].

Pocas dudas caben, verdaderamente, de que el control judicial es, sin duda, la vía más perfecta para tutelar los derechos de los ciudadanos y el cumplimiento de la legalidad administrativa frente a la actuación administrativa, tanto por la independencia y formación de los miembros de la jurisdicción contenciosoadministrativa, como por el peculiar valor de las decisiones judiciales, que vinculan a la Administración, que está obligado a cumplirlas[134]. No obstante, esto no supone que sea ésta una vía carente de problemas. Más bien al contrario, como luego vere-

tencioso-administrativo, una argumentación jurídica más allá de la pura presunción de legalidad de la actuación administrativa y también algo más explícita que el simple acto administrativo". Pág. 710.

[133] Señala DE ASÍS ROIG (2002) que el recurso administrativo aparece "más como un mero retraso de la verdadera tutela jurídica, que es la judicial, que refuerza de forma injustificada la posición de privilegio de la Administración". Pág. 633.

[134] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006), págs. 582-583. Señala al respecto SÁNCHEZ MORÓN (2006), que "el control jurisdiccional de la actividad administrativa es el instrumento más efectivo para garantizar el sometimiento de la Administración al Derecho y, más en concreto, para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que puedan ser menoscabados o perjudicados por una actuación administrativa ilegal. La importancia de este tipo de control y su eficacia práctica deriva, por un lado, de la independencia de los órganos y miembros del Poder Judicial que han de resolver los litigios entre los ciudadanos y la Administración, así como de su formación jurídica. Por otro, es consecuencia del valor de las resoluciones judiciales, que deben ser cumplidas y ejecutadas en sus justos términos por todos los sujetos a los que afectan, incluida la Administración pública. Esta tiene, pues, la obligación de someterse estrictamente a las sentencias que anulen sus actos o disposiciones, o que la condenen al reconocimiento de derechos o intereses legítimos de los particulares o a hacer, dar o abstenerse de hacer algo". Pág. 826.

mos, son muchos y muy importantes los problemas que aquejan a la jurisdicción contenciosa.

Ante esta situación la doctrina demanda la configuración de los recursos, salvo en casos excepcionales en los que esté debidamente justificado, como instrumentos de carácter estrictamente facultativo, que dejen al criterio del administrado la decisión de decidir si emprende un recurso administrativo, o si prescindiendo de éste, acude directamente a la Jurisdicción contenciosa en tutela de sus derechos[135].

[135] En tal sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002) que consideran que la "utilización de la vía administrativa de recurso debería ser opcional para los afectados por el acto administrativo (...) a los cuales correspondería valorar en exclusiva la conveniencia o no de agotar las posibilidades de arreglo de sus diferencias antes de acudir a la vía, indudablemente más costosa, del proceso. Nuestra opinión fue siempre netamente favorable a la eliminación del carácter de carga que los recursos administrativos tenían (...), de forma que su configuración respondiera exclusivamente a la idea de garantía, susceptible de ser utilizada a voluntad por los interesados, a los que debería dejarse resueltamente expedito el acceso a los Tribunales en el caso de que estuvieran dispuestos a impetrar directamente esta garantía, única objetiva, sin privarles tampoco de apurar las posibilidades de obtener una solución de la propia Administración recurriendo primero ante ésta, si estimaban esta alternativa más conveniente a sus intereses". Pág. 520. También GONZÁLEZ NAVARRO (1997), que destaca que "<<la necesaria revisión en vía administrativa>> se ha convertido en una trampa para el interesado y en un medio de retrasar su acceso a esa <<justicia judicial plenaria>> a la que tiene derecho y que resume la esencia del Estado de derecho". "Y, como esto no es bueno de ninguna manera, porque comportamientos de esta jaez hacen perder la fe en el Estado de derecho, somos muchos los que pensamos que hay que abreviar al máximo la vía administrativa, para lo cual *el recurso administrativo debería ser configurado siempre como un remedio puramente potestativo*". Pág. 1181, nota 1. GONZÁLEZ PÉREZ (1999) considera que la "configuración del recurso administrativo como presupuesto procesal carece de sentido. Bien está que se admita la posibilidad de acudir al recurso administrativo cuando exista alguna esperanza de que, a través de él, las Administraciones públicas abandonen su terquedad tradicional; pero no obligan en todo caso a la interposición". Pág. 2283. SANTAMARÍA PASTOR (2001) solicita

Si bien no falta también quien se muestra contrario a esta solución, alegando que el recurso administrativo también cumple otras funciones relevantes, distintas a la garantía de los derechos del interesado, de las que no se puede prescindir sin más (control interno, descarga de la jurisdicción contenciosa...)[136].

Solución que, como vamos a comprobar casi inmediatamente, no se ha seguido en Nicaragua, cuyo Derecho positivo sigue empantanado en la vieja tradición del carácter obligatorio del recurso, como requisito previo para acceder a la vía judicial.

En cualquier caso, el recurso administrativo es una figura esencial para un correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico-administrativo, pues goza de algunas ventajas que le hacen en ocasiones una vía más adecuada que la judicial para la tutela de los derechos de los administrados y el control de la legalidad de la Administración.

En primer lugar, permite una mayor especialización y preparación técnica en la materia de que se trate por parte del órgano encargado de enjuiciar el acto, en cuanto garantiza que la persona que resuelve es un funcionario de la entidad administrativa encargada de la tramitación de esos asuntos, y por tanto, especializado en ella; mientras que el que el Juez, carente de conocimientos específicos sobre la materia, sólo contará con esos conocimientos

"su conversión en un trámite meramente potestativo, que permitiera a los ciudadanos que tuvieran la convicción de su inutilidad en un caso concreto acudir directamente a la jurisdicción contenciosa". Pág. 602.

136 En tal sentido SÁNCHEZ MORÓN (1993), que se muestra contrario a convertir en todo caso los recursos administrativos en facultativos, "pues, aparte de su función de garantía, pueden jugar un papel en el control interno de la Administración o de unas Administraciones sobre otras (en el caso de las llamadas alzadas impropias) sin contar con los beneficios indirectos que pueden reportar al buen funcionamiento de la garantía jurisdiccional, en cuanto que contribuyan a reducir la saturación de procesos en esta sede". Pág. 323.

indirectamente, mediante el nombramiento de peritos (DE ASÍS ROIG 2002, pág. 630. ARRIEN SOMARRIBA, págs. 5-6).

En segundo lugar, constituye una vía más rápida y flexible para la resolución de conflictos jurídicos que la judicial, que implica una tramitación más solemne y compleja, con el consiguiente gasto que eso implica en tiempo y dinero (DE ASÍS ROIG 2002 Pág. 630. ARRIEN SOMARRIBA, pág. 5).

Es éste, sin duda, el mayor problema que plantea el control judicial de la Administración: la habitual lentitud con que se tramitan y resuelven los procesos judiciales que, con frecuencia se ven colapsados por el gran número de supuestos que están llamados a enjuiciar (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER 2007, págs. 460-461).

Situación tanto más grave cuando se trata de una jurisdicción, como lo es la contencioso-administrativa, encargada de la resolución de cuestiones que demandan, en muchos casos, una respuesta inmediata e inaplazable[137].

Si bien, no se puede dejar de constatar que dicho problema tiene en gran parte su origen en una deficiente forma de administrar, haciendo un uso indebido y abusivo de los privilegios exorbitantes de los que la Administración dispone para servir el interés público, lo que provoca un crecimiento constante de la litigiosidad contenciosoadministrativa[138].

[137] Destaca MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2007), refiriéndose a la situación de la jurisdicción contenciosoadministrativa en España, "la extraordinaria lentitud de la justicia. Es éste fenómeno que siempre resulta grave; máxime en materia contencioso-administrativa, una jurisdicción que debe resolver sobre lo inmediato en ocasiones". Pág. 460.

[138] Apuntan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2008) que la mejora de la jurisdicción contenciosa "requiere inexcusablemente una forma diferente de administrar, una renuncia decidida al uso instrumental del poder público y a especular con los privilegios exorbitantes que se vinculan a la mera detentación de ese poder, que es, en realidad, lo que alimenta la conflictividad creciente e imparable en la que radica la causa última de todos los problemas". Pág. 583.

Por último, en tercer lugar, debe destacarse que el recurso es una vía esencialmente gratuita, en la que no se necesita de asistencia letrada, frente a la onerosidad de la siempre más costosa vía judicial. Eso lo hace mucho más adecuado para la tutela de muchas pretensiones, e imprescindible en otras, como las cuestiones de menor cuantía, que difícilmente van a plantearse en vía judicial dado los costes que ocasiona[139].

Esta importante funcionalidad que deben cumplir los recursos administrativos demanda su rehabilitación, para lo que es preciso remover los obstáculos que impiden su efectividad (DE ASÍS ROIG 2002, pág. 634).

En tal sentido, junto a la remoción de su carácter obligatorio, para transformarlo en un mecanismo de carácter potestativo, se impone, en nuestra opinión, especialmente una necesidad, la de reforzar la independencia del órgano encargado de resolverlo, a fin de lograr que actúe como un mecanismo verdaderamente eficaz de control y no como un trámite formal inútil, como es en gran parte en la actualidad[140].

A lo que se debe añadir la conveniencia de introducir mecanismos de participación de los colectivos afectados, que generen una mayor confianza en el administrado y aseguren que el órgano encargado de resolver el recurso va a tener en cuenta la perspectiva y necesidades reales de los sectores afectados.

---

[139] Como señala DE ASÍS ROIG (2002), ello "hace del recurso administrativo un elemento a veces interesante, otras veces imprescindible – como es el caso de resoluciones de escasa cuantía-, para que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos sin el riesgo y los costes económicos que tiene la impugnación jurisdiccional". Pág. 630. En la misma línea, ARRIEN SOMARRIBA Pág. 5. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS (2008), pág. 540.

[140] En la misma línea SANTAMARÍA PASTOR (2001), que solicita "un reforzamiento de la eficacia e independencia de criterio de los órganos encargados de su resolución, que los haría efectivamente útiles tanto para los ciudadanos como para la Administración". Pág. 602.

BIBLIOGRAFÍA

AROZAMENA LASO, A. (1993): "Recursos administrativos", en *Administraciones Públicas y ciudadanos.* Coordinador: B. Pendás García. Editorial Praxis. Barcelona.

ARRÍEN SOMARRIBA, J. B.: "Los recursos administrativos en España y Nicaragua", *Clase de Derecho Contencioso-administrativo* (folleto). Universidad Centroamericana.

DE ASÍS ROIG, A. (2002): "Los recursos administrativos", en *La Administración Pública Española.* Director: J. Rodríguez-Arana Muñoz. INAP. Madrid, 2002.

BREWER-CARÍAS, A. R.: "Panorama general del Derecho administrativo en Venezuela", en *El Derecho Administrativo Iberoamericano.* Director: S. González-Varas Ibáñez. INAP/UIM. Granada, 2005.

CASSAGNE, J. C. (2005): "El Derecho administrativo argentino", en *El Derecho administrativo Iberoamericano.* Director: S. González-Varas Ibáñez. Granada. España.

DELPIAZZO, C. E. (2005): "Panorama general del Derecho administrativo Uruguayo", en *El Derecho Administrativo Iberoamericano.* Director: S. González-Varas Ibáñez. INAP/UIM. Granada.

ENTRENA CUESTA, R. (1992): *Curso de Derecho Administrativo* I/1. Novena edición. Madrid.

ESCUIN PALOP, C. (2005): *Curso de Derecho Administrativo.* Tercera edición. Tirant lo blanch. Valencia.

FERNÁNDEZ RUIZ, J. (2005): "Panorama general del Derecho administrativo mexicano", en *El Derecho Administrativo Iberoamericano.* Director: S. González-Varas Ibáñez. INAP/UIM. Granada.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2008): *Manual Básico de Derecho administrativo.* Tecnos. Madrid, quinta edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo* I. Octava edición. Civitas. Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2002): *Curso de Derecho administrativo* II. Civitas. Madrid. Octava edición.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2006): *Curso de Derecho administrativo* II. Thomson/ Civitas. Navarra. Décima edición.

GARRIDO FALLA, F.; PALOMAR OLMEDA, A.; LOSADA GONZÁLEZ, H. (2006): *Tratado de Derecho Administrativo.* Volumen III. Segunda edición. Madrid.

GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1997): *Derecho Administrativo Español III. El acto y el procedimiento administrativo.* EUNSA. Pamplona.

GONZÁLEZ PÉREZ (1999), en la obra colectiva GONZÁLEZ PÉREZ, J.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1999): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* I. Editorial Civitas. Segunda edición. Madrid.

MARTÍN MATEO, R. (1990): *Manual de Derecho Administrativo.* Trivium. Madrid. 13ª edición.

MARTÍN REBOLLO, L. (1999): "Procedimiento general y abreviado", en *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-adminsitrativa.* Directora: C. Picó Lonrenzo. CGPJ. Madrid, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2007): *Instituciones de Derecho Administrativo.* Thomson/Civitas. Pamplona.

MORELL OCAÑA, L. (1997): *Curso de Derecho administrativo. Tomo II*. Aranzadi editorial. Pamplona.

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I.* Undécima edición. Marcial Pons, 1999.

PAREJO ALFONSO, L. (2008): *Lecciones de Derecho administrativo.* Tirant lo blanch. Valencia, segunda edición.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (1993): "Recursos administrativos", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.* Directores: J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón. Tecnos. Madrid.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2006): *Derecho administrativo. Parte General.* Tecnos. Segunda edición. Madrid, 2006.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2001): *Principios de Derecho Administrativo Vol. II.* Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Primera reimpresión de la segunda edición.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O.: *Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez.* Segunda edición.

VILLAR PALASÍ, J. L.; y VILLAR EZCURRA, J. L. (1982): *Principios de Derecho administrativo I*. Universidad de Madrid. Madrid.

VILLAR PALASÍ, J. L.; y VILLAR EZCURRA, J. L. (1982): *Principios de Derecho administrativo*. Tomo II. Universidad Complutense.

EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NICARAGUENSE

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo a este artículo se estableció como requisito numérico un mínimo de tres Magistrados por cada Sala, lo que no

impedía que estas se integrarán por más de tres miembros como planteaba el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia sobre la División en Salas, (Acuerdo No. 125) de enero de 1996, que en su inciso segundo decía: " Cada una de las Salas estará integrada por seis Magistrados, quienes elegirán de entre sus miembros al Presidente de la misma por un período de un año y cuyas atribuciones se establecen en el Reglamento interno de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

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

a) La Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

b) Las Salas de lo Contencioso–Administrativo de los Tribunales de Apelaciones.

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

Junto a esta reforma constitucional y producto de la presión internacional y en un contexto de obligaciones y condiciones para el desembolso de la ayuda externa de los países cooperantes, las cuales deben ser cumplidas por nuestro Gobierno como garantía del buen uso de dichos fondos, se dictamino el Proyecto de Ley de 1997, por una Comisión Técnica Asesora de la Comisión Dictaminadora de la Asamblea Nacional, creándose una especie de Proyecto dictaminador denominado Proyecto de lo Contencioso–Administrativo, con fecha de 16 de Marzo del año 2000, que en realidad era el dictamen del proyecto de ley de 1997, para su aprobación en la Asamblea Nacional.

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

La Comisión Dictaminadora aprobó dicho dictamen, pasando al plenario del Poder Legislativo, aprobándose el día 18 de Mayo del año 2000, publicándose como Ley No. 350 (Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso–Administrativo) la cual según su arto. 19 mantuvo la misma estructura física del

proyecto de ley de 1997, pero con el funcionamiento propuesto en el dictamen del año 2000, según su arto. 49 (de la ley No. 350), con la gran novedad de utilizar a los Juzgados de Distrito y Locales de todo el país como uno de los órganos receptores de la demanda Contencioso–Administrativa (arto. 25 de la Ley No. 350).

1.1. Recurso de Inconstitucionalidad en contra de la ley 350

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

El recurrentes, expresaba en su recurso, que el artículo 119 de la ley, en su párrafo segundo viola la Constitución Política de Nicaragua, al establecer como causal de destitución de los Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Supremo Tribunal, por la Asamblea Nacional, el no fallar en el plazo fijado por dicha ley, asumiendo dicho órgano legislativo facultades de juzgar y ejecutar lo juzgado, que son propias del Poder Judicial de conformidad con los Arts. 158 y 159 de nuestra Constitución Política, constituyéndose la Asamblea Nacional en un Tribunal de Justicia, invadiendo el ámbito de competencia del Poder Judicial, contradiciendo los Arts. 34 numerales 3), 4) y 9), 129, 158, 19 y 130, todos de la Constitución Política.

José Antonio Bolaños Tercero, asimismo señalo que la Ley 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, le ocasionaba los siguientes perjuicios: a) como usuario de la administración de justicia, al pretender ser destituidos los Magistrados, y que como ciudadano tenía derecho de salvaguardar y proteger; b) Que como ciudadano tiene la obligación de respetar y hacer que sean respetados los Poderes del Estado, convirtiéndose el Art. 119 de la Ley 350 en un desequilibrio entre los Poderes del Estado, debilitando las instituciones de un

Estado Democrático y de Derecho, en que se debe respetar y tutelar los Derechos Humanos; c) El desorden que dicha ley quiere imponer entre los propios administradores de justicia, ya que por cualquier denuncia podrían ser destituidos de sus cargos, lo que violenta el Art. 160 2 Cn. al establecer un procedimiento anómalo y arbitrario. Que por todas las razones expuestas, consideraba que el Art. 119 párrafo segundo de la Ley 350, violaba los artículos 34 numerales 3) 4) y 9) , 129, 158, 159 y 130, todos de la Constitución Política, por lo que comparecía en su propio carácter y como ciudadano a entablar Recurso de Inconstitucionalidad en contra del Art. 119 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dirigía su recurso en contra del Doctor Arnoldo Alemán Lacayo, mayor de edad, casado, Abogado y Notario Público, en su calidad de Presidente de la República de Nicaragua, por haber sancionado dicha ley. Asimismo, dirigía su recurso en contra de Don Oscar Moncada Reyes, mayor de edad, casado, Administrador de Empresa, del domicilio de Masatepe, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional.

José Antonio Bolaños Tercero, también expresaba en su recurso de inscontitucionalidad, que la Constitución de Nicaragua garantiza la inamovilidad de los Magistrados y que la Asamblea Nacional sólo tiene la facultad para elegir a dichos Magistrados, admitirles su renuncia, fundadas en causas legales debidamente comprobadas y desaforarlos, para someterse a los Tribunales de Justicia, pero que ningún precepto constitucional autoriza destituirlos. Que la Asamblea Nacional se desvió de su esfera de acción que le marca la Constitución Política, que solamente tiene la facultad de desaforar a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, similar a la formación de causa, que es la pérdida de inmunidad en virtud de una acusación o denuncia. Pidió se le diera el curso de ley, al presente Recurso de Inconstitucionaldiad, y que se declarara la inaplicabilidad del Art. 119, segundo párrafo de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencios 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 retardacción 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 retardacción 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 Aleán pidió a la Corte Suprema de Justicia que fuera desestimado y rechazado el Recurso de Inconstitucionalidad.

Por escrito presentado por el doctor Oriel Soto Cuadra, a las dos y cuarentinueve minutos de la tarde del trece de agosto del año dos mil uno, rindió informe el Licenciado Oscar Moncada

Reyes, en su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, expresando: Que el párrafo segundo del artículo 119 de la Ley 350 no contravenía en modo alguno las disposiciones constitucionales mencionadas por el recurrente, ya que el caso contemplado en dicha disposición no era un asunto judicial cuya competencia fuera arrogada por la Asamblea Nacional, sino una atribución que el constituyente asignó al Poder Legislativo, como es la resolver sobre la destitución de los funcionarios que dicha Institución nombra, de conformidad con el Art. 138 numeral 11 Cn., por lo que no se contravienen los Arts. 34 numerales 3), 4), 9), 129, 130, 158, 159, y 160 de la Constitución Política.

1.2. Sentencia Número 40, declarando inconstitucional, parcialmente la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Corte Suprema de Justica, en la Sentencia Número 40, y de conformidad con los considerandos hechos y artículos 424, 426 y 436 Pr. y artos. 6, 17, 18 y 19 de la Ley de Amparo, los suscritos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia Número 40, resolvieron „HA LUGAR AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, interpuesto por JOSE ANTONIO BOLAÑOS TERCERO, mayor de edad, casado, Abogado y Notario, del domicilio de Granada, en su carácter de ciudadano, en contra del Art. 119, párrafo segundo de la Ley No. 350 "Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo", en consecuencia declarase la inaplicabilidad de dicha norma. II.- De oficio declaráse la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los Arts. 19 numeral 2), 25, 49, 130, 131, 132 , 133, 136, así como la parte pertinente de los artículos en que se mencionare "la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Apelaciones ", 21 párrafo segundo, 33 párrafo primero, 42 párrafo primero, 117 párrafo primero, primera línea que dice "La Sala respectiva del

Tribunal de Apelaciones..", Arts. 2 numeral 18), 23 párrafos primero, segundo y tercero, 24, 43, Art. 54 párrafo primero, que dice: "Contra la resolución que declare la inadmisibilidad de la demanda, cabrá Recurso de Apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia", Art. 62 párrafo primero, que dice: "la Sala respectiva del Tribunal de primera instancia", Art. 65 párrafo primero, última línea, "Del auto que se pronuncie sobre la suspensión, cabrá el recurso de apelación en efecto devolutivo", Art. 72 párrafo segundo, que dice: "Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación en ambos efectos, que deberá interponerse en un plazo de tres días", Art. 96, 99 párrafo segundo, última línea "Contra la resolución cabrá el Recurso de Apelación", 105, 106 párrafo primero y segundo, 107, 108, 109, 110 párrafo primero, 111 y 118.

La declaración de insconstitucionalidad parcial, ha tenido como consecuencia directa que la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, ha quedado limitada, al conocimiento, de las impugnaciones, de Disposiciones de carácter general, ya que la misma ley establece, que puede ejercerse, directamente la acción ante esta, sin necesidad de agotar, la vía administrativa, de igual forma, cuando se trate de la aplicación, de esas disposiciones cuando se fundamenten, en no ser conforme a derecho y en contra de los actos, de aplicación individual, de dichas disposiciones debiéndose entonces, agotar previamente la vía administrativa.

También, la Sala de lo Contencioso Administrativo, esta facultada a conocer, directamente, los procedimiento especiales, establecidos en el articulo 120 y siguientes, en los cuales se regula, el modo de proceder, en los asuntos, del Gobierno Central, las Regiones Autónomas, y los Municipios.

Finalmente y producto de la sentencia de inconstitucionalidad a la que ha sido sometida la ley no. 350 se ha organizado una Comisión en la Asamblea Nacional para que se elabore una nueva

ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que estará coordinada por doctor Karlos Navarro.

II. ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El artículo 19 establece que el único órganos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Y, si la jurisdicción acota el conjunto de materias o asuntos que van a ser atribuidos globalmente a la jurisdicción contenciosa, la competencia va a permitir determinar cómo se distribuyen ese conjunto de asuntos entre los distintos órganos judiciales que componen la citada jurisdicción[141].

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

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, tiene competencia nacional.

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

III. 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[142], en el caso que nos ocupa, la jurisdicción contencioso-administrativa.

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

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

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

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

[142] VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA apuntan que "la Jurisdicción puede ser configurada como la facultad concedida a unos determinados órganos judiciales para conocer de determinados procesos o materias". VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, Op. Cit., nota 457, p. 269.

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[143]; de las cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública[144]; las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeren en contra de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones[145], los conflictos administrativos entre Administraciones públicas[146].

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

[143] "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).

[144] "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).

[145] "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).

[146] "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).

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 concepto de Administración pública, y que deben entenderse, por tanto sujetos a la jurisdicción contenciosa[147].

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

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

el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de las actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas" (art. 15. 4 LJ). Aunque se contempla tan sólo, como puede verse, el caso de los concesionarios de los servicios públicos, nos parece que la solución es extensible, como en su momento dijimos, a todos los vicarios de la Administración.

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

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

El concepto de cuestión prejudicial no es susceptible de precisión previa, debiéndose deducir su carácter en cada caso concreto. El criterio clave para la toma de dicha decisión es la existencia de una relación de dependencia entre esa cuestión cuya prejudicialidad se trata de decidir y la pretensión que se dilucida en el pleito[148].

[148] Señala PERA VERDAGUER que no "se ha podido hacer una concreta enumeración de los supuestos posibles, y en cada caso habrá de procederse en lo contencioso al análisis de la pretensión ejercitada en el recurso y de la repercusión que en ella pueda tener la cuestión en principio ajena a esta jurisdicción, para concluir afirmando la naturaleza de prejudicial de la misma si se observa entre ambas un directo entrelazamiento, una dependencia en el resultado de aquella cuyo carácter de prejudicial se sostenga por alguna de las partes". PERA VERDAGUER, Op. Cit., nota 516, p. 118.

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[149]. Así lo establece expresamente el art. 16 LJ, que consagra expresamente la posibilidad de "su posterior revisión por la jurisdicción correspondiente" (art. 16 LJ).

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

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

[149] FERNÁNDEZ VALVERDE, Op. Cit., nota 567, pp. 187-188

Política que corresponde a la jurisdicción constitucional, a través del Recurso de Amparo; c) los de índole civil, laboral o penal atribuida a la jurisdicción ordinaria (art. 17 LJ). A estos supuestos se debe añadir las cuestiones prejudiciales penales, cuya exclusión del ámbito contencioso puede inferirse sensu contrario del art. 16 LJ.

En cuanto al régimen de la jurisdicción, es esencial a la misma su carácter improrrogable[150], esto es, la imposibilidad de disponer de la misma tanto por los órganos judiciales como por las partes[151], de tal forma que las cuestiones comprendidas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa no podrán ser enjuiciadas por otro orden jurisdiccional, ni se podrán plantear ante la misma cuestiones atribuidas a otros ordenes jurisdiccionales, sin perjuicio de lo dicho respecto a las cuestiones prejudiciales e incidentales[152].

De su improrrogabilidad se deriva su aptitud para ser controlada de oficio por el propio órgano judicial[153], 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[154].

[150] Como señalan VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, "el principio de improrrogabilid de la Jurisdicción Contenciosa, que no es privativo de ésta, sino común a todas por ser una característica fundamental de la Jurisdicción". VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, Op. Cit., nota 457, p. 273.

[151] PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 819.

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

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

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

IV. LAS PARTES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El concepto de partes del proceso contencioso se articula en base a la pretensión, de tal forma que son partes aquellas que formulan la pretensión (partes activas o partes demandantes) y aquellas contra las que se formula (partes pasivas o demandados)[155].

4.1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal

Partiendo de una asentada, aunque, en nuestra opinión, errónea tradición[156], 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.

---

[155] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p.165.

[156] En el mismo sentido GONZÁLEZ PÉREZ, que apunta lo siguiente: "se presuponía que en Derechoadministrativo –y en Derecho público en general- no existía diferencia entre capacidad para ser titular de derechos (capacidad jurídica) y capacidad para ejercerlos (capacidad de obrar), ya que el reconocimiento de un derecho suponía reconocimiento de la capacidad para ejercerlo. Lo que no es cierto. Porque, en efecto, también en Derecho civil, aunque ciertamente en grado menor, existen derechos de los que no puede ser titular la persona por el hecho de serlo (...). Y en Derecho administrativo, aunque es menos frecuente que la capacidad para ser titular de un derecho vaya unida a la capacidad para ejercerlo, sigue teniendo vigencia la regla general". GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, Op. Cit., nota 373, p. 857.

El primer error de que adolece es que atribuye capacidad procesal a las personas físicas o jurídicas, sin más. Lo que supone confundir capacidad para ser parte con capacidad procesal. La capacidad para ser parte, a la que no hace referencia la LJ, es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones en un proceso[157]. 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[158].

La capacidad procesal es algo distinto, es la capacidad de actuar eficazmente por uno mismo en un proceso, sin la intermediación de representante[159]. 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".

---

[157] 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.

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

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

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[160].

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[161].

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).

[160] 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 yprotección de la juventud, comprensiva de técnicas de fomento a través de asociaciones debidamente registradas, de un lado, y la negación a los jóvenes (menores de edad) de capacidad para promover, constituirse e inscribir administrativamente las correspondientes asociaciones y solicitar y obtener las correspondientes ayudas públicas". PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 452.

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

4.2. Legitimación

La legitimación es la capacidad para ser parte en un proceso concreto y determinado. Se posee cuando el sujeto se encuentra en una especial relación con el objeto de éste, consistente, salvo en los supuestos en los que excepcionalmente se reconoce acción popular, en la tenencia de un derecho o interés que se va a ver afectado por la resolución que se dicte en el mismo[162]. En definitiva, que ese proceso afecte a ese sujeto de alguna manera, que tenga algo en juego en éste[163]. Afectación que debe ser entendida en un sentido amplio, como la posibilidad de obtener cualquier beneficio o de evitar cualquier perjuicio como consecuencia del proceso. Si bien exigiéndose que se trate de una ventaja propia, pues no es suficiente con invocar el interés altruista en que se cumpla la legalidad[164]. 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 Ad-

[162] GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, pp. 173-174. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 810, p. 618-619.

[163] Señala PARADA VÁZQUEZ que la legitimación "en román paladino responde a la pregunta de <<en qué le afecta>> o <<qué le importa>> o <<qué le va en ello>>. Porque si al que pretende recurrir no le afecta en absoluto el acto, la disposición recurrida o la inactividad material o la vía de hecho no puede estar en juicio pretendiendo su nulidad o su corrección. Por ello la legitimación supone, ante todo, la existencia de un sujeto portador de un derecho o de un interés". PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 742.

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

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

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

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

El segundo de ellos es, sin embargo, de notable oscuridad, pues se otorga también legitimación a los administrados, pero sólo en la medida en que tuvieran "interés de forma directa y legitima en el asunto" (art. 27. 2 LJ). La voluntad del legislador parece clara: condicionar la legitimación para la impugnación de las disposiciones generales a la concurrencia de un interés cualificado, de un interés especialmente intenso. Ahora bien, determinar cual es la entidad que debe tener un interés para no ser un simple "interés legítimo", sino un "interés de forma directa y legitima en el asunto" se nos antoja una tarea imposible. Corresponderá, pues, a la jurisprudencia lidiar en dicha cuestión, determinando el significado de tan oscura determinación.

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

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[165]. 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[166].

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

Algunos autores encuentran, como en el caso anterior, el funda-

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

[166] Consideran GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDO y LOSADA GONZÁLEZ que es "consecuencia del principio jerárquico de funcionamiento de la Administración que impide a los órganos de la misma y a los miembros de los órganos colegiados impugnar la decisión con olvido de la postura mantenida por el órgano". GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA y LOSADA GONZÁLEZ, Op. Cit., nota 435, p. 179.

mento en la prohibición de ir contra sus propios actos[167]. 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[168].

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.

---

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

[168] 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

En segundo lugar, las personas que, como consecuencia del acto o disposición impugnados, pudieran ser titulares de derechos o intereses (art. 29. 2 LJ). Aunque la redacción es un tanto farragosa, parece que aquí se está haciendo referencia a los sujetos privados que ostentan un derecho subjetivo o interés legítimo que se podría ver perjudicado por la apreciación del recurso contencioso-administrativo, lo que les legitima para comparecer al proceso para defender su posición al lado de la Administración demandada.

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

Como puede verse, la legislación de Nicaragua se mantiene fiel a la distinción entre codemandado y coadyuvante. Los primeros serían las partes principales, que litigan en el proceso en condiciones de igualdad con la Administración demandada; mientras que los segundos serían meras partes accesorias[169], 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[170].

La persistencia de esta figura ha sido cuestionada por una parte de la doctrina, que postula su desaparición. Si bien cuenta a su favor con importantes voces doctrinales, que ponen de manifiesto que existen determinadas situaciones de las que su titular debe tener plena disposición, por más que puedan existir otros sujetos interesados en su mantenimiento, pues le afectan de for-

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

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

ma tan intensa y personal que no se puede imponer a aquél en contra de su voluntad. Lo que determina que el mantenimiento del proceso sin su anuencia carezca totalmente de sentido[171].

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[172].

[171] 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 erecho es éste el demandado, y en el que han comparecido los padres de potenciales alumnos en defensa del interés a tener tal centro docente en las proximidades de su domicilio, proceso en el que se hubiere acordado la suspensión de la ejecución del acto. La sentencia estima parcialmente el recurso y modifica el acto, imponiendo ciertas limitaciones. Supongamos que no recurre la Administración, y que el titular del derecho subjetivo derivado del acto –demandado- está conforme con las limitaciones y no decide recurrir para que la sentencia adquiera firmeza, se levante la suspensión y pueda comenzar su actividad. ¿Tendría sentido que el coadyuvante interpusiera recurso contra la sentencia, con el consiguiente efecto suspensivo, en contra de lo que interesa al demandado?". GONZÁLEZ PÉREZ, "Las partes en el proceso, terceros intervenientes, coadyuvantes", en Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo <<Allan Randolph Brewer-Carías>>, Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 405.

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

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

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

Nótese que tanto codemandados como coadyuvantes son partes de existencia eventual, no estrictamente necesarias. El reconocimiento de legitimación a los mismos no proviene de la necesidad de su presencia, pues el proceso puede desarrollarse perfectamente en su ausencia, sino más bien del deseo de ofrecerles la oportunidad de defender su posición en el mismo. De lo que se deriva a su vez el carácter estrictamente voluntario de su presencia en el proceso[173].

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.

[173] Indica SANTAMARÍA PASTOR que se "trata de una parte de existencia meramente eventual: es obligado emplazar a estas personas, para darles la oportunidad de comparecer en el proceso en defensa de la actuación administrativa impugnada (...); pero su comparecencia en el proceso es, claro está, meramente potestativa de las mismas, pudiendo hacerlo o no, libremente". SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., nota 446, p. 659

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".

4.3. Postulación

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

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

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

Entendemos que se debería permitir la actuación directa para las cuestiones menores, de cuantía reducida, pues en caso contrario resultaría excesivamente oneroso sostener el proceso y en la práctica quedarían fuera del alcance de la tutela judicial[174].

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 carez-

[174] Como señala PARADA VÁZQUEZ, debería "permitirse la representación y defensa directa en asuntos de ínfima cuantía, (...) que de otra forma no serán recurribles, salvo que existan empresas especializadas en esta clase de litigiosidad que se hagan cargo de los recursos por módicos precios". PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, Op. Cit., nota 240, p. 742.

ca 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).

V. OBJETO DEL PROCESO

Al examinar el objeto del proceso contencioso-administrativo debe comenzar destacándose la peculiar situación de éste en este aspecto, pues ha sido tradicionalmente una actividad de carácter revisor de una actividad jurídica previa de la Administración, que se había dictado en el marco de un procedimiento administrativo ya celebrado[175].

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

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

Así, en primer lugar, ya no se considera que el proceso tenga por objeto exclusivo, como ocurría conforme al dogma revisor, el examen de la legalidad objetiva de esa actividad jurídica previa (acto o disposición administrativa); sino que se convierte en un mecanismo de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. Esto implica, por un lado, que constituye un mecanismo de defensa de esos derechos e intereses y no, por tanto, un simple mecanismo de la revisión del acto o disposición, y; por otro, que opera ya no sólo contra una actividad jurídica previa dictada en el marco de un procedimiento, sino contra toda actuación administrativa, o incluso la omisión de ésta, capaz de lesionar esos derechos e intereses, incluyendo así la actividad material y las vías de hecho dentro de su ámbito objetivo[176].

[176] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "la tradición del contenciosoadministrativo 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

Además de ello, queda claro que las pretensiones contenciosas no son, como se pretendía desde la posición revisionista, pretensiones contra un acto o disposición, sino pretensiones deducidas contra otro sujeto, como cualesquiera pretensiones[177].

Ahora bien, estas innovaciones no han supuesto un abandono total de los dogmas revisionistas, que siguen manteniendo alguna vigencia, pues se sigue aún exigiendo para poder acudir al proceso contencioso la existencia de un pronunciamiento o actuación previa por parte de la Administración, o al menos la falta de la misma una vez instada por el administrado. Si bien, obviamente, no constituyen éstas ya el objeto del proceso, sino tan sólo un requisito previo para entablar el mismo[178].

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[179].

---

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.

177 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.

178 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.

179 GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA y LOSADA GONZÁLEZ, Op. Cit., nota 435, p. 236. MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 477.

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

Como ya sabemos, la ruptura del dogma revisor permite que sean impugnables ante la jurisdicción contenciosa no sólo los actos administrativos y las disposiciones administrativas, sino también la inactividad de la administración y las vías de hecho (art. 35 LJ).

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

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

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

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

que sólo podrán impugnarse ante la jurisdicción contenciosa una vez agotada la vía administrativa, mediante la resolución del correspondiente recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

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

También podrá el demandante:

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

El reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas para su reestablecimiento, constituye una pretensión meramente eventual, que dependerá de las concretas necesidades de tutela que concurran en cada caso[180].

[180] SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., nota 446, p. 671.

La determinación previa del contenido de las medidas susceptibles de adoptarse para reestablecer esa situación jurídica es imposible, dada la amplitud de concreciones en que puede traducirse, pues se incluirán dentro de dicho concepto cualquier medida adecuada para restablecer el estado de cosas, fáctico o jurídico, perturbado por la actuación impugnada[181].

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[182].

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[183].

---

[181] Ibídem, p. 671.

[182] 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.

[183] 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[184]. 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[185].

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[186].

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

[185] 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.

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

VI. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Se denomina acumulación de acciones a la integración de varias pretensiones para que sean objeto de tramitación y resolución en un mismo proceso[187].

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

[187] MORELL OCAÑA señala que la "acumulación es la reunión de dos o más pretensiones procesales para su tramitación y decisión en un solo proceso". MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 477.

efecto devolutivo y será resuelto en un plazo de diez días a partir de recibidas las actuaciones (art. 43 LJ).

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

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

Solicitada la ampliación, se suspenderá la tramitación del proceso en tanto no se hubieren publicado, respecto de la ampliación, los edictos que preceptúa la LJ y no se hubiere remitido al órgano judicial el expediente administrativo a que se refiere el nuevo acto o disposición (art. 45 LJ).

VII. EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

7.1. Plazo para la interposición del recurso

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 administra-

tivo, cuando el acto no hubiera sido objeto ni de notificación personal ni de publicación (art. 47 LJ).

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

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

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

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

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

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

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

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

Téngase en cuenta que aún en el caso de que el acto sea notificado, el computo se puede realizar desde el día en que el interesado haya tenido conocimiento de la resolución. Esto es, puede que el interesado conozca por otras vías la resolución, antes de

que le sea ésta notificada, en este caso podrá, si lo considera oportuno, interponer el recurso judicial con anterioridad a la notificación, dándose en tal caso por notificado.

En el supuesto de que el actor no haya sido parte en el procedimiento y no se le haya notificado la resolución el plazo se contara desde el día siguiente al de la publicación integra del acto en cualquier medio de comunicación (art. 47 LJ).

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

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[188].

En cualquier caso, habiéndose producido silencio negativo, si la Administración dictase acto expresamente con posterioridad, se comenzarán a contar los plazos para interponer el recurso a partir de la notificación de éste de acuerdo con lo establecido para los actos expresos[189].

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[190].

C. Plazo para la interposición del recurso contra disposiciones administrativas

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

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

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

---

188 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 113, pp. 587-588. (1997)

189 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)

190 BOCANEGRA SIERRA, Op. Cit., nota 526, p. 99

E. Plazo para interponer el recurso contra vías de hecho

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

7.2. Inicio del proceso

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

Sorprende esta disposición, totalmente inadecuada para la estructura del proceso contencioso-administrativo. La iniciación por demanda, solución habitual en los procesos civiles, debe ser, sin embargo, excepcional en el contencioso-administrativo, en el que se ha tramitado previamente un procedimiento administrativo, en cuyo expediente obran los datos que deben de servir de base al recurso. Difícilmente se puede articular debidamente la demanda, por tanto, sin tener acceso a ese expediente[191].

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, identi-

[191] 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

ficando 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[192].

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

[192] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que el "apartamiento del modelo civil está en este caso justificado plenamente. El proceso contencioso-administrativo tiene normalmente carácter impugnatorio, su finalidad es, por consiguiente, combatir un acto, disposición, inactividad o vía de hecho determinados y esto no puede hacerse eficazmente sin tener a la vista el expediente que ha dado lugar al objeto contra el que se ejercita la pretensión. Resulta, pues, obligado desdoblar la impugnación en dos momentos, limitando la fase inicial a enunciar la impugnación para que, a su vista, se emplace a todos los demandados (...) y se reclame el envío al Tribunal del expediente administrativo, de forma que, en una segunda fase, el recurrente pueda formalizar su demanda con conocimiento de causa en base al expediente en cuestión". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 810, p. 634. En la misma línea, MORELL OCAÑA apunta que esto "es obligado, ya que el actor no cuenta con la documentación esencial hasta que la Administración demandada no remita al Tribunal el expediente administrativo". MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 479. Véase también al respecto, PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, pp. 833-834.

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[193]. A ello se de-

[193] Concretamente, el art. 50 LJ exige que contenga: a) la designación de la Sala del Tribunal ante el cual se interpone la demanda; b) nombre y apellidos y demás generales de ley del actor o de su representante legal, el que debe ser abogado; c) indicación del órgano de la Administración Pública contra el que se dirige la acción; d) señalamiento de haberse agotado la vía administrativa; e) exposición de los hechos con indicación del acto, disposición, omisión o simple vía de hecho contra el que se procede; f) fundamentos de derecho y expresión de los motivos y hechos que dan lugar, aunque éstos no hubieren sido invocados en la vía administrativa, los que deberán ser tomados en cuenta por la Sala respectiva del Tribunal; g) ofrecimiento de las pruebas pertinentes, aunque no hubieren sido presentadas en el procedimiento administrativo, con indicación específica de los hechos que se pretendieren probar; y si tuvieren noticias de la existencia de algún documento que no obrare en su poder, podrá señalarse el archivo, oficina, protocolo, institución o persona en cuyo poder se encontrare para que el Tribunal lo solicite y sea tomado en cuenta por éste; h) solicitud, según sea el caso, de la suspensión del acto o de sus efectos, disposiciones, omisiones y vías de hecho objeto de la demanda; i) solicitud de que se tenga por ejercida la acción en lo contencioso-administrativo, así como de las peticiones a que ella se refiere, con estimación de los daños y perjuicios si los hubiere; j) señalamiento de casa conocida para oír notificaciones, en la ciudad donde el Tribunal tuviere su sede; k) fecha y firma.

berán añadir los documentos que indica el art. 51 LJ, que son en lo esencial, los que acreditan la legitimidad de la comparecencia e identifican el acto, disposición, inactividad o vía de hecho que es objeto del recurso[194], 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).

[194] 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).

Esta regulación puede plantear problemas por dos factores que serán estudiados posteriormente con mayor detalle. En primer lugar, porque la demanda se va a formular sin tener a la vista el expediente, por lo que llegado éste se puede descubrir la necesidad de presentar documentos para desvirtuar hechos que se infieren del expediente y que antes eran desconocidos. Por otro lado, la no regulación por la ley de un trámite de alegaciones complementarias, que permita al demandante defenderse frente a los nuevos hechos que eventualmente pueda introducir el demandado en el escrito de contestación. En ambos supuestos se debería, aunque la ley no lo diga, permitir al actor presentar los documentos oportunos al efecto, sin que le sean aplicables los efectos de la preclusión procesal.

Debe notarse, no obstante, la posibilidad de que el Tribunal traiga a la vista cualquier documento que creyere conveniente para la determinación de los hechos objeto de la lítis y el derecho o interés de las partes, como diligencia para mejor proveer (art. 83 LJ). Nada impide que las partes puedan poner de manifiesto al Juez la existencia de determinados documentos que estén en esas circunstancias y que le pidan que los incorpore al proceso como diligencia de esta forma. Si bien, obviamente, acceder a ello o no será ya decisión del órgano judicial, que no está obligado a ello, pues es una decisión que se adopta de oficio.

7. 3. Demanda y contestación a la demanda

La demanda se podrá apoyar en cualesquiera argumentos jurídicos, incluso aunque éstos no hubieran sido formulados en vía administrativa (art. 50. 6 LJ).

Ahora bien, téngase en cuenta que la jurisdicción contenciosa realiza exclusivamente un control de legalidad, nunca de oportunidad. Los tribunales no pueden inmiscuirse en las decisiones adoptadas por la Administración, sustituyendo el criterio de éstas por el suyo propio, lo que supondría una clara vulneración

del principio de división de poderes. Tan sólo pueden llevar a cabo un control de la legalidad de sus decisiones[195]. De aquí se deriva que la demanda no podrá fundamentarse en motivos de pura oportunidad, que son totalmente irrelevantes, sino exclusivamente en argumentos jurídicos que denoten una vulneración de la legalidad vigente.

En caso de que la demanda adoleciese de algún defecto que impidiese su tramitación, bien porque no la acompañaran los documentos precisos, o habiéndose presentado éstos fueran insuficientes o defectuosos, o bien, a juicio del Tribunal, no concurrieran los requisitos exigidos por la LJ para la validez de la comparecencia del actor, el Tribunal no podrá rechazar la demanda, sino que deberá abrir un plazo de diez días para que el actor subsane los defectos de que se trate, especificándose en la providencia en que se indique dicha circunstancias que, si no se llevase a cabo dicha subsanación, el Tribunal ordenará sin mayor trámite que se tenga por no presentada la demanda y se archiven las diligencias, salvo que exista interés por la protección de los intereses públicos y de éstos se aconsejare que se continúe con la substanciación del proceso. En tal caso los trámites se impulsarán de oficio (art. 52 LJ).

[195] Señala SANTAMARÍA PASTOR que "la potestad que ejerce la Jurisdicción contenciosa se mueve dentro de unos límites estrictos: sus órganos no son ni pueden actuar a modo de una instancia organizativa jerárquicamente superior a la Administración, de forma que puedan sustituir libremente sus decisiones por otras de contenido diverso, lo cual entrañaría un desconocimiento del principio constitucional de división de poderes". "El sistema contencioso radica (...) en un control (es decir, una fiscalización a posteriori de actuaciones previas de carácter autoritario) de legalidad, de tal manera que la anulación de un acto administrativo y la condena a la Administración a realizar una actuación determinada sólo puede hacerse cuando aquél vulnere un precepto normativo y cuando ésta venga prevista y ordenada por otra norma jurídica". SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., nota 446, pp. 655-656

Esta disposición se debe entender únicamente aplicable a aquellos defectos que impidan la tramitación del proceso. Por ello, la simple falta de presentación de documentos en que el demandante base su pretensión, no producirá tal efecto, sino tan sólo la preclusión del trámite, esto es, se pierde la posibilidad de presentar esos documentos y continúa la tramitación del proceso.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de presentar los documentos en el plazo de diez días, que es una clara manifestación del principio pro actione, no constituye ni un derecho ni una obligación, sino lo que se conoce técnicamente como una carga procesal, esto es, la posibilidad de realizar una determinada actuación bajo la amenaza de tener que soportar las consecuencias derivadas de su omisión en caso de no hacerlo.

Una vez presentada la demanda, dentro del tercer día, el Tribunal citará al demandante y a la Administración Pública para celebrar el trámite de mediación previa (art. 55 LJ).

Se presume que el órgano de la Administración Pública que concurra a la mediación está legalmente facultado para llegar a un acuerdo (art. 55 LJ).

Si fracasa el trámite de mediación, el Tribunal dará curso al proceso mediante la realización de tres actuaciones que se deberían desarrollar simultánea o cuasisimultáneamente, aunque como vamos a ver, no será posible en la práctica: el emplazamiento de los demandados, la publicación de la demanda y la solicitud de remisión del expediente administrativo.

El emplazamiento de las partes se llevará a cabo de forma diferente según se trate de la Administración demandada o de los codemandados y coadyuvantes. En lo que se refiere a la Administración Pública, será emplazada por medio de la notificación de la demanda a la Procuradoría General de Justicia de la República o al representante legal del órgano demandado (art. 56 LJ).

Tratándose de demandados y coadyuvantes debe diferenciarse dependiendo de si se trata de personas que están identificadas en el expediente o no. En el primer caso el Tribunal deberá emplazarlas personalmente o por medio de cedula, bajo pena de nulidad (art. 59 LJ). En realidad, la LJ prevé esta solución tan sólo cuando del expediente "resultare el domicilio de las personas en cuyo beneficio se derivaren derechos". Sin embargo, en nuestra opinión, dicha estipulación debe entenderse en sentido amplio, extendiéndola a todo posible interesado que conste en el expediente, bien sea titular de derechos subjetivos o de intereses legítimos y, por supuesto, bastará con que conste un lugar para hacerle llegar las notificaciones, sea o no su domicilio.

A quienes no aparezcan identificados en el expediente se les notificará mediante la publicación de la demanda. Dicha publicación la mandará realizar el Tribunal en extracto, en idioma español y en el de la lengua de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua en que aquella hubiere sido formulada y presentada en el territorio de las Regiones Autónomas, a más tardar el siguiente día hábil a través de edictos que se fijarán en la Tabla de Avisos y en el territorio donde esa lengua se utiliza, sin perjuicio de que la parte actora o cualquier otra persona interesada en el asunto la mande a publicar a su costa en cualquiera de los medios de comunicación social escritos de circulación nacional (art. 58 LJ).

La demanda y demás documentos que fueren presentados en el juicio que no fueren escritos en idioma español, deberán ser acompañados de una traducción al español debidamente validada (art. 58 LJ).

La ley incurre aquí de nuevo en una incongruencia notable, pues el emplazamiento de las partes no se podrá realizar hasta que se reciba el expediente, momento en que se sabrá que personas deben ser objeto de emplazamiento personal. Inconscientemente el legislador da muestras, en nuestra opinión, de su error, regulando el trámite de petición del expediente después

del emplazamiento, cuando cabalmente no se podrá llevar a cabo el segundo sin haber realizado antes el primero.

Ya criticamos en su momento el diseño general del proceso por no tener en cuenta la importancia del expediente, que postula que no se formule la demanda hasta que llegue éste. En este punto, sin embargo, el problema proviene no de la iniciación del proceso mediante demanda, sino de que sea el Tribunal quien tenga que emplazar a los interesados que aparezcan en el expediente. La solución lógica sería que se ordenara a la propia Administración realizar ese emplazamiento al mismo tiempo que se le ordena la remisión del expediente, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de emplazar por sí misma otros interesados al llegar el expediente, si comprobara que la Administración no ha emplazado a todas aquellas personas que deben serlo. De esta forma sería posible emplazar de forma cuasisimultánea a todos los interesados, evitando que el proceso estuviera paralizado inútilmente.

La finalidad del emplazamiento es poner en conocimiento de los interesados la iniciación del proceso, a fin de que puedan personarse en el mismo y defender su posición. Ahora bien, la posición de los distintos sujetos implicados no es, al respecto, ni mucho menos uniforme, sino que varía dependiendo de la situación en que se encuentren.

Así hay que distinguir, por un lado, el régimen aplicable a la Administración demandada, que deberá personarse en un plazo de seis días que se le concederá al efecto cuando reciba el emplazamiento. En caso de no hacerlo será declarada rebelde (art. 56 LJ).

Los demandados y coadyuvantes, sin embargo, podrán personarse en el procedimiento desde el momento que tengan conocimiento de la acción, sin que tengan necesidad de esperar al emplazamiento para oponerse (art. 57 LJ).

La posibilidad de personarse para demandados y coadyuvantes va a permanecer abierta durante todo el proceso, pues serán

admitidos como partes en cualquier tiempo del mismo. Ahora bien, las actuaciones se desarrollarán en su ausencia hasta que no se personen, sin que su personación posterior determine la retroacción del proceso (art. 57 y 59 LJ). Esto es, se les tendrá como parte únicamente para los trámites que no hayan sido ya realizados en el momento de su personación, lo que implica que aquellos trámites que hayan sido realizados previamente precluyen y se pierde, por tanto, la posibilidad de realizarlos.

Toda esta regulación es en si misma correcta, en nuestra opinión, y no debe ser objeto de crítica. Sin embargo, falta un elemento crucial que la hace totalmente inadecuada globalmente considerada: no se señala un plazo desde el emplazamiento para la personación de los interesados. A nuestro juicio esta situación genera una grave inseguridad jurídica, totalmente inadmisible. Debería, por ello, darse un plazo mínimo y suficiente desde que los distintos interesados son emplazados para su personación. Sólo transcurrido ese plazo sin la personación del interesado podrá continuar el proceso sin que se genere indefensión para éste, pues la falta de defensa de su posición sólo a él le es imputable.

La posibilidad de personarse entra, por tanto, dentro del concepto de carga procesal, pues es una actuación que el afectado es libre de realizar o no (puede personarse o no en el proceso), pero si no lo hace queda obligado a soportar las consecuencias jurídicas de su omisión (no podrá alegar indefensión por una defensa cuya no realización sólo a él le es imputable)[196].

[196] En tal sentido GONZÁLEZ PÉREZ, que señala que la "rebeldía no supone el incumplimiento de una obligación, sino el no ejercicio de un derecho subjetivo; el resultado perjudicial producido por la situación llamada de rebeldía no es más que el resultado que produce la falta de ese ejercicio. El término <<rebeldía>> -de rebelarse- es impropio, pues no hay obligación de comparecer contra la que el demandante se pudiera rebelar, sino sólo la <<carga>> de comparecer para el ejercicio de la defensa del propio derecho. La declaración de rebeldía es la simple verificación de la conducta pasiva del demandado". GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 194.

Huelga decir, por otra parte, que este planteamiento tiene como presupuesto el debido emplazamiento de los distintos sujetos afectados según las normas vistas. Faltando éste o habiéndose llevado a cabo de forma incorrecta, se deberá admitir no sólo la posibilidad de que el perjudicado adquiera con posterioridad la posición de parte, sino también habrá que ordenar la retroacción del proceso para que éste pueda defender su posición, pues en caso contrario se estaría generando una indefensión que debería determinar la nulidad del mismo.

Esta última solución es indudablemente aplicable cuando alguien que debió ser emplazado al proceso no lo fue, y se dicta sentencia en su ausencia. Un claro supuesto de invalidez dada la manifiesta situación de indefensión en la que queda una de las partes afectadas.

En cuanto a la solicitud de la remisión del expediente administrativo, se llevará a cabo una vez publicada la demanda por el tribunal competente, dentro del tercer día, mediante un requerimiento a los funcionarios responsables del acto impugnado para que envíen el citado expediente completo (art. 60 LJ). A tales efectos se les dirigirá y remitirá oficio por correo en pieza certificada, con acuse de recibo, o por medio de cualquier otro medio de comunicación vía que a juicio del órgano judicial resulte más expedita (art. 60 LJ).

El expediente deberá hacerse llegar en un plazo no mayor de diez días, contados a partir de la fecha en que recibieren el oficio correspondiente (art. 60 LJ). Si así no lo hiciere la Administración no se paralizará el curso del proceso y se constituirá presunción de ser ciertos los hechos en los que se funda la demanda (art. 60 LJ).

Estas medidas parecen querer reaccionar contra la tendencia por parte de la Administración a no remitir el expediente en plazo. Sin embargo, en nuestra opinión, no es una regulación muy efectiva por varios motivos.

En primer lugar, la necesaria continuación del proceso puede convertirse en un perjuicio notable para la parte, que se verá obligada a defender su posición sin un correcto conocimiento de los presupuestos del proceso. Se debería, por ello, dejar que sea la parte demandante quien decidiera si continúa el curso del proceso o si quiere esperar a la remisión del expediente.

Ciertamente se da a la parte demandante una compensación por la no remisión del expediente, en su caso. Pero es una medida, en nuestra opinión, muy difícil de entender, dado que nos movemos en el marco de un proceso en el que no están en juego simples intereses particulares, sino el interés público, que no puede verse perjudicado a modo de sanción por la negligencia de un funcionario público.

Por todo ello, a nuestro juicio, lo que debería hacer la regulación es establecer un sistema de sanciones que garanticen la debida remisión del expediente en los plazos establecidos, que es, a fin de cuentas de lo que se trata, y no de buscar una suerte de compensación entre partes, en la que al final quien puede salir mal parado es el interés de todos, que no otra cosa es, en definitiva, el interés público.

Cabe también la posibilidad de que se remita el expediente, pero incompleto. A tales efectos se obliga al Tribunal a dar un plazo al demandante de diez días, una vez recibido el expediente, para que lo examine y pueda pedir que se complete con los informes y los documentos que la Administración no hubiere incluido o enviado, según el caso. De este derecho podrá hacerse uso en cualquier momento del proceso mientras no haya concluido el período probatorio (art. 61 LJ).

El precepto nos parece, no obstante, contradictorio, pues no se ve el sentido que tiene que se de un plazo de días al efecto, si luego se va a poder formular la misma petición en cualquier momento hasta que haya concluido el periodo probatorio. A nuestro juicio, salvo que concurran motivos excepcionales que

lo justifiquen (como por ejemplo, que se sepa de la existencia de documentos, hasta entonces ignorados, que no consten en el expediente), una vez trascurrido el plazo de diez días al efecto debería darse el trámite por precluido, perdiéndose la posibilidad de solicitar que se complete el expediente. Lo contrario puede dar lugar a prácticas dilatorias de las partes, que traten de paralizar el proceso mediante peticiones extemporáneas de incorporación de documentos al expediente.

Una vez recibido el expediente administrativo, y previo examen del mismo, el Tribunal podrá declarar la inadmisibilidad, de oficio o a instancia de parte, cuando conste de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de las circunstancias siguientes: a) la falta de jurisdicción; b) la incompetencia del Tribunal; c) que se trate de actos no susceptibles de impugnación en la vía contencioso-administrativa; d) que haya prescrito la acción; e) que no se hubiere agotado la vía administrativa (art. 53 LJ).

Es una posibilidad que responde a motivos evidentes de economía procesal, pues trata de evitar la tramitación de procesos inútiles, por adolecer de defectos procesales que van a impedir un pronunciamiento sobre el fondo, que supondrían un gasto sin sentido de tiempo y dinero[197]. 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

[197] 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.

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[198], a los que se añadirán la consignación de las referencias que el propio art. 70 LJ recoge[199].

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

[198] 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.

[199] 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 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[200].

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).

[200] 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

VIII. PRUEBA

La petición de prueba se deberá llevar a cabo en el escrito de demanda y de contestación. Así se deduce del art. 50. 7 LJ, según el cual el escrito de demanda debe contener el ofrecimiento de "las pruebas pertinentes"; y del art. 70. 3 LJ, que establece que en el escrito de contestación debe figurar la lista "de pruebas que se presentarán en la vista oral y los hechos sobre los cuales hubieren de versar, cuando no hubiere conformidad en los hechos".

De nuevo se manifiestan aquí los efectos nocivos de la formulación de la demanda antes de la remisión del expediente administrativo, pues cabe la posibilidad de que a la vista de éste se descubran hechos o circunstancias que demanden la realización de alguna prueba. Debería excepcionarse en tal caso la aplicación de los efectos de la preclusión, permitiéndose al demandante solicitar la práctica de prueba al efecto.

No prevé tampoco la ley la posibilidad de que el demandante pueda solicitar la práctica de pruebas para desvirtuar las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda, esto es, lo que es tradicionalmente conocido como escrito de alegaciones complementarias. A fin de evitar la indefensión del actor, el juez debería admitir dicha posibilidad, a pesar del silencio de la LJ.

En cualquier caso, al solicitar la prueba se deberá hacer constar no sólo las pruebas que se pretenden realizar, sino también los hechos sobre las que éstas van a versar (art. 50. 7 LJ y 70 LJ).

Para que pueda realizarse la prueba deberá, en primer lugar, venir referida a hechos de interés para el pleito. Así se deduce del art. 73 LJ, que establece que podrán "ser objeto de prueba todos los hechos y circunstancias de interés para la solución justa del caso".

A ello se añade, en segundo lugar, la exigencia de que la prueba realizada sea adecuada y útil para el esclarecimiento de esos

hechos y circunstancias de interés para el pleito. Así lo establece el art. 74 LJ, según el cual, la "prueba deberá referirse, directa o indirectamente, al objeto de la averiguación y ser útil para descubrir la verdad".

Por último, en tercer lugar, es preciso que la prueba sea necesaria, lo que habilita al Tribunal a "limitar los medios de prueba ofrecidos par demostrar un hecho o una circunstancia siempre que resulten manifiestamente superabundantes, repetitivos o notorios" (art. 74 LJ).

No es preciso, sin embargo, que esa prueba haya sido planteada previamente en el procedimiento administrativo del que se trae causa (art. 50. 7 LJ).

Si no se cumplen estos requisitos el Juez rechazará la práctica de la prueba. Pronunciamiento que deberá hacer después de vencido el plazo para la contestación de la demanda y resueltas, en su caso, las excepciones, y antes del celebración de la vista (art. 77 LJ).

En cuanto a los medios de prueba, se permite la utilización de cualquiera de ellos (art. 73), siempre que sea un medio lícito (art. 75 LJ).

La valoración de la prueba aparece regulada en el art. 76 LJ, que establece, so pena de nulidad de la sentencia, que el juez "apreciará cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta del criterio racional o recta razón y deberá justificar y fundamentar adecuadamente con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial, siempre que sea posible verificar su autoridad".

La realización de la prueba tendrá lugar en la vista (art. 77 LJ), a la que nos vamos a referir inmediatamente. Si bien el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica anticipada de la prueba, cuando se trate de pruebas extensas, difíciles o imposibles de realizar en la vista general del juicio (art. 77 LJ).

IX. 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[201] (art. 87 LJ), cuya iniciación se debe llevar a cabo en un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte desde el vencimiento del plazo de contestación a la demanda. Antes de ello el Tribunal deberá haberse pronunciado sobre la admisibilidad de las pruebas y haber puesto a disposición de las partes toda la prueba documental aportada (art. 77 LJ).

El sentido de que se establezca un plazo mínimo antes de la celebración de la vista parece que debe buscarse en la necesidad de ofrecer tiempo suficiente a las partes para preparar la vista. El plazo mínimo de diez días es razonable, pero sólo suponiendo que se haya hecho entrega de la prueba documental y, en el caso del demandante, de la contestación al demandante, en el mismo momento en que se inicia el cómputo de dicho plazo.

[201] 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)

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 preciso hacer comparecer a un testigo o perito o se ordene prueba para mejor proveer (art. 78 LJ).

Esa suspensión se podrá prolongar sólo hasta ese plazo de diez días, pues si no fuera posible la reanudación dentro del plazo señalado, la vista deberá iniciarse de nuevo (art. 78 LJ).

b. Publicidad

La exigencia de publicidad se desdobla en un doble plano. Por un lado, la exigencia de publicidad presencial, permitiendo estar físicamente presente en la celebración de la vista a todos aquellos que estén interesados en la misma. Por otro, la publicidad indirecta para la generalidad del público, que se hará efectiva con la intermediación de los medios de comunicación social.

El órgano judicial puede resolver fundadamente que se realice la vista total o parcialmente de forma privada cuando la publicidad pueda poner en peligro la seguridad del Estado, los intereses de la justicia o un secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida fuera posible (art. 79 LJ). Si bien, una vez desaparecida la causa, el público ingresará de nuevo y el Presidente hará un breve relato de lo sucedido (art. 79 LJ).

El juez podrá imponer a las partes que intervengan en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que hubieran presenciado o conocido (art. 79 LJ).

Se podrá ordenar, por motivos de orden, el alejamiento de las personas ajenas al asunto o cuya presencia no fuera necesaria, así como limitar la admisión a un determinado número (art. 79 LJ).

En lo que se refiere a la publicidad respecto a la generalidad del público, se permite que las empresas de radiodifusión, televisión o prensa instalar en la Sala respectiva aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros, en las condiciones que fije en cada caso el órgano judicial, tras oír a las partes (art. 80 LJ).

Mediante resolución fundada, el tribunal podrá prohibir, no obstante, esa instalación, cuando pueda perjudicar el desarrollo de la vista o sea susceptible de afectar a la seguridad del Estado, los intereses de la justicia o a secretos oficiales, particulares, comerciales o industriales cuya revelación indebida fuera posible (art. 81 LJ en relación con art. 80 LJ).

C. Desarrollo de la vista

El tribunal declarara abierta la vista, concediendo sucesivamente a los demandantes y a los demandados, por este orden, la palabra, para que hagan una sucinta exposición de sus pretensiones y de los fundamentos fácticos y jurídicos en que apoyan éstas (art. 81 LJ).

Tras ello se incorporará la prueba documental que haya sido admitida, de cuyo contenido el órgano judicial hará una breve relación. Pasándose, posteriormente a oír a los testigos y los peritos, comenzando por el demandante. A los que podrán formular preguntas, sin adelantar conclusiones, el actor, el demandado y los miembros del tribunal por este orden (salvo en el caso de los testigos y peritos de descargo, en los que el demandado precederá al actor y a los miembros del tribunal en el interrogatorio) (art. 82 LJ).

Si el tribunal lo estima conveniente podrá, para un mejor esclarecimiento del asunto, ordenar de oficio una o varias de las providencias para mejor proveer que regula el art. 83 LJ[202]. 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[203], en los que se deberán referir, al menos, a los puntos esenciales de la demanda, de la contestación y de las pruebas evacuadas, emitiendo sus conclusiones y peticiones. También se admite que los abogados puedan replicar, pero limitándose a la refutación de los argumentos adversos (art. 84 LJ)[204].

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

[202] Concretamente, podrá interponer alguna de las providencias siguientes: a) que se traiga a la vista cualquier documento que creyeren conveniente para la determinación de los hechos objeto de la litis y el derecho o interés de las partes; b) solicitar aclaración o ampliación a cualquiera de las partes, peritos o testigos, sobre hechos que estimaren de influencia en la cuestión y no hubieren resultado suficientemente probados; c) que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que reputaren necesario, o que amplíen los que se hubieren hecho; d) traer a la vista cualesquiera actuaciones o diligencias que tuvieren relación con el asunto; e) la inspección personal del objeto de la cuestión (art. 83 LJ).

[203] 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).

[204] 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)

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).

XI. 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[205]. Tienen, no

[205] Señala GONZÁLEZ PÉREZ que la "sentencia es el acto de terminación normal de un proceso. Es una resolución del órgano jurisdiccional, que se diferencia de las demás en su finalidad. En ella se deciden las cuestiones planteadas en el proceso, se emite juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Ordenamiento jurídico, en consecuencia, se actúa o se niega a actuar la pretensión formulada en el proceso".

obstante, también esa consideración las resoluciones judiciales en las que se declara la inadmisibilidad, a pesar de que en ellas propiamente no se resuelve sobre el fondo del asunto planteado en el pleito, por lo que en sentido estricto no son tales[206].

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

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.

[206] 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.

derecho, dando, con ello, certeza jurídica a dicha cuestión, pero sin afectar a las situaciones jurídicas existentes. Las segundas son aquellas que suponen una modificación de una relación jurídica, bien porque la crean, la modifican o la extinguen[207].

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

[207] Señala BREWER-CARÍAS que las "sentencias declarativas tiene por objeto la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un derecho. El fin de estas sentencias es la precisión de una certeza, la desaparición de una incertidumbre o de una inseguridad jurídica que pueda existir en relación a un derecho a una relación jurídica". Mientras que las sentencias constitutivas se "producen cuando se pide al órgano jurisdiccional la creación, modificación o extinción de una situación jurídica preexistente. Una sentencia constitutiva produce una mutación en la realidad jurídica, y eso es lo que la distingue de las declarativas". BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, Op. Cit., nota 519, pp. 200 y 202. Por su parte, SARRIA OLCOS nos indica que existe sentencia declarativa cuando "la decisión tomada por el juez es una mera declaración, que no afecta las situaciones jurídicas existentes y sólo declara la existencia o inexistencia de una resolución jurídica o de un derecho, para dar certeza y seguridad jurídicas". Será, sin embargo, constitutiva, cuando la "decisión del judicial implica una modificación en la relación jurídica material, ya sea porque la crea, la modifica o extingue". SARRIA OLCOS, Op. Cit., nota 1445, p. 461.

de la demanda en cuanto al fondo; d) las costas, si hubiere, estando para su tasación a lo que se dispone en el Código de Aranceles Judiciales en lo que respecta a los jueces ordinarios civiles.

Este precepto es, en nuestra opinión, sumamente equívoco, pues su lectura literal lleva a entender que recoge un conjunto de pronunciamientos mínimos que debe tener toda sentencia para ser congruente. Propósito imposible, pues no se podrá determinar ese contenido mínimo de la sentencia al margen del tipo de sentencia con que nos encontremos.

Así, las sentencias de inadmisibilidad se darán exclusivamente en aquellos casos en los que existen obstáculos que impidan pronunciarse sobre el fondo de asunto[208], por lo que, aunque la redacción de la ley parece indicar lo contrario, no contendrá los contenidos recogidos en el art. 90 LJ, salvo los recogidos en los art. 90. 1 y 90. 3 LJ, esto es, los relativos a al admisibilidad de la demanda y a las costas, si hubiere.

No tiene sentido alguno, sin embargo, que se haga mención en una sentencia de inadmisibilidad a la estimación o desestimación de la misma en cuanto al fondo, pues precisamente al dictarse una sentencia de este tipo se está declarando que no se va a resolver sobre el fondo y, en consecuencia, no se va a declarar acerca de la estimación o desestimación de la pretensión.

En cuanto a la resolución de los puntos planteados en la demanda y contestación y los debatidos por las partes, no se incluirán en este tipo de sentencias en todo lo que haga referencia al fondo del asunto. Para ser congruente el órgano judicial deberá dar respuesta únicamente a esos puntos en la medida en que vengan referidos a la admisibilidad.

[208] Como señala SANTAMARÍA PASTOR, la declaración de inadmisibilidad se da cuando "el órgano jurisdiccional no se pronuncia sobre las pretensiones de las partes por existir un defecto insubsanable en la constitución de la relación jurídica procesal". SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., nota 446, p. 693

Los supuestos que pueden determinar la inadmisibilidad aparecen regulados en el art. 91 LJ, que hace referencia a los siguientes supuestos: a) cuando su conocimiento no correspondiere, por razón de la materia, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; b) cuando la acción hubiere sido ejercida por persona incapaz, no debidamente representada o legitimada; c) cuando tuviere por objeto actos, actuaciones u omisiones no susceptibles de impugnación, conforme a la LJ; d) cuando recayere sobre cosa juzgada o existiese litispendencia; cuando, de previo, no se hubiere agotado la vía administrativa; e) cuando los escritos de interposición, ampliación, aclaración o rectificación de la demanda se hubieren presentado fuera de los plazos establecidos o los defectos de forma no se hubieren subsanado debidamente, de manera tal que impidieran al Tribunal pronunciarse en cuanto al fondo.

Cabe la posibilidad de que esas circunstancias se den únicamente respecto a algunas de las pretensiones planteadas, en cuyo caso los efectos de la declaración de inadmisibilidad se circunscribirán a éstas, debiendo resolverse las demás en cuanto al fondo[209].

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[210].

[209] PAREJO ALFONSO, Luciano, Op. Cit., nota 80, p. 852-853.

[210] 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 es-

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[211].

A lo que se añade la necesidad de adecuación entre los pronunciamientos de la sentencia con la fundamentación o motivación que se de a los mismos[212].

No debe confundirse la motivación con la pretensión. A diferencia de lo que ocurre con ésta, que vincula al órgano judicial, los motivos alegados por las partes no son determinantes para el Tribunal, lo que permite a éste fundamentar la sentencia en cualesquiera otros, si bien, en tal caso, por aplicación del principio de contradicción, se deberá dar a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre ellos[213]. 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".

---

tablecido, 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.

211 MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 476.

212 GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 369.

213 MORELL OCAÑA, Op. Cit., nota 495, p. 476.

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[214]. 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

[214] Concretamente: a) la identificación de la Sala respectiva del Tribunal competente y el nombre de los magistrados que la integran y que hayan participado en la decisión; b) la identificación de las partes, de sus representantes legales y de los apoderados, por su nombre, profesión, residencia y su posición en el proceso; b) la identificación de las partes, de sus representantes legales y de los apoderados, por su nombre, profesión, residencia y su posición en el proceso; c) la enunciación de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio; d) la indicación sucinta del contenido de la prueba oral producida en la vista general del juicio y de la prueba documental o anticipada que hubiere sido incorporada durante la vista mediante lectura; e) la determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el Tribunal estime demostrados; f) los motivos de la decisión, con exposición de los fundamentos de hecho y de derecho (teniendo en cuenta que la sentencia sólo podrá fundamentarse en hechos o resultados probatorios acerca de los cuales las partes hayan podido expresarse); g) la parte resolutiva, con mención de las disposiciones legales aplicables, así como de la jurisprudencia y de la doctrina, en su caso; h) la firma de los miembros que integran el órgano jurisdiccional, salvo en caso de que alguno de los miembros no pudiera suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hará constar y aquélla valdrá sin esa firma (art. 92 LJ.

su pleno reconocimiento y reestablecimiento, si es necesario; c) la declaración de haber lugar o no a la existencia de daños y perjuicios demandados, así como el de las responsabilidades e indemnizaciones que pudiere derivarse, formulando pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los mismos, así como el plazo para su efectivo pago (art. 94 LJ).

La sentencia que invalide un reglamento o un acto discrecional no podrá redactar el precepto de ese reglamento o la parte discrecional del acto. Lo más que podrá hacer es fijar los criterios u orientaciones que debe seguir la 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[215].

[215] Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "la esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio.
De ello se sigue que el control de la discrecionalidad opera como un control de la observancia de los límites que la Ley y el Derecho establecen en cada caso para enmarcar esa libertad de elección".
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 113, p. 473 (1997). Por su parte, MARTÍN REBOLLO señala "la naturaleza de control en derecho que tiene el recurso contencioso-administrativo y de ahí que (…) no pueden los jueces y tribunales determinar el contenido discrecional de los actos que anulen. Como es lógico, esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho, es decir mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad". MARTÍN REBOLLO, "Pro-

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[216].

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[217].

---

cedimiento general y abreviado", en PICÓ LONRENZO (dir), La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-adminsitrativa, Madrid, CGPJ, 1999, p. 364.

[216] 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.

[217] 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

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.

consecuencia natural del propio procedimiento administrativo que la Administración viene obligada a seguir en todo caso para efectuar la elección que esa norma hace posible. Para esto está, precisamente, el procedimiento administrativo, cuya función institucional es asegurar <<la legalidad, acierto y oportunidad>> de las decisiones de la Administración. Trabado el proceso contencioso-administrativo contra la decisión concretamente adoptada, es también posible que como consecuencia del mismo el abanico de alternativas disponibles se reduzca todavía más e, incluso, que desaparezca y sólo quede en pie al final del mismo una única solución. Eso es lo que la doctrina alemana llama la reducción a cero (Ermessens reduzierung auf Null) de la discrecionalidad. Cuando ésta se produce en un proceso dado, es absolutamente inevitable que el juez lo reconozca así e incorpore al fallo esa única solución ya posible, porque así lo impone la lógica más elemental y así lo exige, en fin, el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y plena". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., nota 113, pp. 473-474. (1997).

Dicha diferenciación es, además, totalmente inútil a la hora de analizar los efectos de las sentencias contenciosas, pues no es relevante para ello la naturaleza de la actuación impugnada, no ya que sea general o particular (que insistimos una vez más, no sabemos en absoluto a que pretende referirse), sino incluso si es un acto administrativo o reglamento. Lo verdaderamente importante es si la sentencia es estimatoria, desistimatoria o de inadmisibilidad.

Si la sentencia declara la estimación del recurso, el acto administrativo o reglamento impugnado va a ser invalidado, desaparece, por tanto, del mundo jurídico, y la sentencia adquiere, con ello, eficacia erga omnes, pues queda definitivamente invalidado y ya nadie podrá invocarlo, ni a su favor ni en contra.

Sin embargo, si la sentencia es de inadmisión o desestimación del recurso, el acto o reglamento mantienen su vigencia, continúan operando en la vida jurídica y, en consecuencia, otros afectados por los mismos podrán entablar recurso contra él. A estas terceras personas no se les puede imponer la cosa juzgada (entre otras razones porque no hay identidad de sujetos), que sólo será oponible a las partes. Este tipo de sentencias, por tanto, carece de eficacia erga omnes, afectando únicamente a las partes[218].

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

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

forma que si el reglamento es nulo de pleno derecho se invalidarían éstos, y si fuera anulable no[219].

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).

[219] En tal sentido BOQUERA OLIVER, que considera que la "desaparición de los actos de aplicación puede ser, y es, una consecuencia necesaria de la nulidad in radice de la disposición que aplican. El acto de aplicación de la disposición crea o declara consecuencias jurídicas para que el mandato general de aquélla tenga efectividad. La <<aplicación>> establece un vínculo evidente entre la disposición y la resolución –cualquiera que sea la diferencia o coincidencia de naturaleza que existe entre una y otra-, con independencia de que la resolución aplique sólo la disposición o también, indirectamente, un elemento del bloque de la legalidad. La desaparición de la disposición significará también la desaparición de los actos singulares que la aplican. Los efectos de éstos desaparecerán a partir del instante en que desaparece la disposición". "La firmeza de un acto sólo significa que ya no se admiten pruebas contra su presunción de legalidad; la firmeza no proporciona al acto ningún valor jurídico especial, ni siquiera sana sus posibles vicios. La firmeza de los actos de aplicación no puede, pues, ser la causa o el origen de su subsistencia pese a la declaración de nulidad de la disposición que aplican". "No obstante, (...) las disposiciones contrarias a las leyes pueden ser nulas de pleno derecho o anulables. Si se estima el recurso interpuesto contra la disposición por estar viciada de nulidad, desaparecerá ex tunc ella y los actos dictados para su aplicación, sean éstos firmes o no, pues así lo exige la eficacia ex tunc de la declaración de nulidad. (...) Pero si se estima el recurso por ser la disposición anulable –lo que implica su derogación o reforma con efectos ex nunc-, subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de aquélla. Subsistirán y no podrán ser impugnados, por ser firmes. Los actos no firmes subsistirán aunque haya sido anulada la disposición, pero, lógicamente, podrán ser impugnados". BOQUERA, Oliver, Op. Cit., nota 377, pp. 164-165.

Los efectos de la sentencia se producirán a partir de la firmeza de la sentencia (art. 95 LJ).

En el plazo de tres días, contados a partir de la fecha de notificación de la sentencia definitiva, las partes podrán pedir a los miembros del órgano judicial correspondiente, en su caso, la aclaración sobre los puntos que considere oscuros o dudosos, o sobre la condenatoria en costas (art. 95 LJ).

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[220].

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

[220] Señala GONZÁLEZ PÉREZ que puede "ocurrir que el proceso no termine con la sentencia. Cabe que se den determinadas circunstancias que provoquen la terminación del proceso sin que el juez dicte sentencia. No quiere decir que en estos casos no exista un acto del órgano jurisdiccional por el que se de por terminado el proceso, ya que todo proceso, una vez iniciado, no tendrá hasta que no lo declare así el órgano jurisdiccional ante el que se dedujo la pretensión. Lo que se afirma es que el acto que dicta en estos casos el juez no decide acerca de la conformidad o disconformidad de la pretensión con el Derecho objetivo, ante unos determinados hechos o actos ha de dictar decisión en un sentido determinado". GONZÁLEZ PÉREZ, Op. Cit., nota 521, p. 381.



KARLOS NAVARRO MEDAL Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en derecho administrativo, tributario y aduanero, Centro Universitario Villanueva - Universidad Complutense, Madrid, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Ha sido asesor externo de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Corte Suprema de Justicia, PNUD y OIT.

Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Fundador y miembro Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro de Honor de las Asociaciones Mexicana, costarricense y ecuatoriana de Derecho Administrativo. Académico correspondiente Academias de Legislación y Jurisprudencia de Galicia, Córdoba (Argentina), Granada y de Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España. Autor de libros de historia, ciencias políticas y derecho administrativo. Profesor invitado de diversas Universidades españolas e Iberoamericanas.

Ha sido decano de la facultad de derecho de la Universidad hispanoamericana, y director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.

ISBN 978-99924-21-28-4
9 789992 421284

EDITORIAL HISPANOAMERICANA