ACTO, PROCEDIMIENTO Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN NICARAGUA

MIGUEL ÁNGEL SENDIN
KARLOS NAVARRO

PRÓLOGO DE JOSÉ LUIS MELIÁN GIL

Acto, procedimiento y recursos administrativos en Nicaragua

Miguel Ángel Sendin
Karlos Navarro

Prólogo de José Luis Melián Gil

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector
Mario A. Houed Vega (Costa Rica)

Vicerrector General
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Secretario General
Silvio A. Grijalva Silva (Nicaragua)

Vicerrector Académico
Darvyn I. Centeno Mayorga (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Vicerrector Administrativo Financiero
Sergio J. Cuarezma Zapata (Nicaragua)

Equipo editorial

Autores	:	Miguel Ángel Sendin Karlos Navarro
Coordinación editorial	:	Alicia Casco Guido
Diseño de interiores	:	Alicia Casco Guido
Diseño de portada	:	Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-28-4

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Miguel Angel Sendin Karlos Navarro, 2018
© INEJ, 2018

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines, con base en los principios de la justicia, la libertad, el respeto a la dignidad de las personas, los Derechos humanos y los principios que constituyen el Estado de Derecho constitucional. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006. Sitio web: www.inej.edu.ni E-mail: info@inej.net

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

MIGUEL ÁNGEL SENDIN. Doctor en derecho administrativo, por la Universidad de Salamanca, España. Vicerector académico en la Universidad Europea Miguel de Cervantes, en Valladolid, España.

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

Índice general

PRÓLOGO 9

CAPÍTULO I
EL ACTO ADMINISTRATIVO 19

1. Definición 19

2. El acto político y su control judicial 35

3. Elementos del acto administrativo 52

4. Motivación del acto administrativo 63

5. Clases de actos administrativos 67

6. La extinción del acto administrativo 73

7. La revocación y revisión de oficio de los actos administrativos 108

8. La rectificación de errores materiales del acto administrativo 114

9. La notificación del acto administrativo 115

CAPÍTULO II
LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO
Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS
ADMINISTRADOS. LAS MEDIDAS CAUTELARES
EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA ... 125

1. La eficacia del acto administrativo 125

2. Las medidas cautelares en el derecho administrativo nicaragüense 134

CAPÍTULO III
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO..... 163

1. Introducción 163

2. Definición de procedimiento administrativo 164

3. Los principios que rigen el procedimiento 169

4. Los sujetos del procedimiento administrativo..... 173

5. Fases del procedimiento administrativo..... 180

6. La obligación de resolver y el silencio administrativo206

CAPÍTULO IV
LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS..... 217

1. Concepto de recurso administrativo 217

2. Fundamento de los recursos administrativos 223

3. Suspensión..... 229

4. Clases de recursos administrativos..... 230

5. Procedimiento..... 231

PRÓLOGO

José Luis Meilán Gil

1. El libro que tengo la oportunidad de presentar es fruto de la colaboración de dos jóvenes profesores universitarios de Nicaragua y España. Esta circunstancia tiene una significación especial para un no tan joven colega. Durante mi actividad pública en el ámbito universitario me cupo el honor de presidir el Consejo Español Universitario de Relaciones Internacionales, desde el que procuré impulsar las relaciones entre las universidades de España, Portugal, América Latina y el Caribe y, en esa línea, la creación del Consejo Universitario Iberoamericano. El objetivo de esta institución, en la que participan quienes representan a sus diferentes sistemas universitarios, es la configuración de un espacio iberoamericano de educación superior e investigación. Se comprenderá, por ello, que resulte natural el elogio de la muestra de cooperación intelectual que este libro supone.

En ese sentido me parece que tiene un cierto valor de paradigma, desde el punto de vista metodológico, al implicar una apuesta por pensar en común desde dos ordenamientos jurídicos diferentes, que no han de estar necesaria o artificialmente distantes. La Unión Europea, cuyo derecho uno de los autores —el profesor Sendin— conoce muy bien, anima a buscar puntos de encuentro. Ha sucedido, por ejemplo, para no salirnos del ámbito jurídico-administrativo, en materia de contratos públicos; ordenamientos dialécticamente contrapuestos —la visión de Dicey es clásica— como el *common law* y el *régime administratif* han tenido que coincidir en aras de asegurar un mercado único. El Reino Unido y Alemania han debido cambiar normas tradicionales para la adjudicación de los contratos, sin que el di-

ferente sistema jurisdiccional haya constituido un obstáculo.[1] Algo parecido ha ocurrido con la categoría del servicio público, tan cara para el derecho francés o español. Su lugar ha sido ocupado, en gran medida, por los servicios de interés económico general, de acuerdo con la orientación liberalizadora provocada por el protagonismo del mercado.[2] El fenómeno de la globalización requerirá, sin duda, una respuesta del derecho en esa dirección.

2. Este libro no es un trabajo de derecho comparado, que exponga de modo yuxtapuesto el derecho nicaragüense y el derecho español. Tampoco es un estudio desde la perspectiva de uno de los dos ordenamientos, al que se añada una referencia al otro. Se trata de una reflexión que tiene en cuenta ambos ordenamientos. Cierto es que en algunas partes, ante la ausencia de una regulación específica en el derecho nicaragüense, como sucede en lo relativo a una ley de procedimiento administrativo, se asume como guía de *lege ferenda* la ley española, cuyo análisis es certero. A ello contribuye el que los autores hayan llevado a cabo su formación académica en España o la hayan completado allí.

3. El contenido del libro versa sobre una parte medular del derecho administrativo, en el que el acto administrativo ocupa un lugar central para el derecho continental europeo y latinoamericano y, consecuentemente, también resultan centrales el procedimiento administrativo y los recursos administrativos. A ellos se dedican tres capítulos. En el segundo, después del examen de la eficacia del acto administrativo, que se desgaja de otros aspectos de este mismo, se realiza con detenimiento el examen de las medidas cautelares que ocupa la mayor parte del citado capítulo.

La distribución de las materias en un libro responde a la legítima libertad de sus autores. Parece claro que en el que se presenta se ha querido prestar una especial atención a las citadas medidas cautelares, durante largos años lastrada por el imperialismo del acto administrativo, hasta el punto de haber quedado reducidas aquéllas a la suspensión de la ejecución del acto administrativo, reducción que los autores critican teóricamente y a la vista del ordenamiento jurídico nicaragüense.

1 Cf. Meilán Gil, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Madrid, Iustel, 2008.

2 Cf. Meilán Gil, J. L., *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

De todos modos, abordándose globalmente los diferentes aspectos del acto administrativo quizá hubiera sido más correcto tratar eficacia y validez —o invalidez— del acto administrativo en el mismo capítulo. Eficacia y notificación del acto administrativo están íntimamente relacionadas, nulidad y anulabilidad se entienden desde la invalidez. En mis lecciones de clase, solía realizar una inversión de la exposición tradicional que versaba sobre eficacia e invalidez, estudiando el acto desde los supuestos de ineficacia y de la validez del acto. Razones fundamentalmente pedagógicas y de carácter práctico, pero también teóricas, respaldaban esta inversión. Es importante en un Estado democrático de Derecho insistir en la importancia de la motivación como requisito de validez del acto. Es una garantía para el ciudadano, que tiene derecho a conocer en qué se fundan los actos que afectan a sus derechos e intereses, más aún cuando se reconoce a la administración una potestad discrecional que se justifica en el servicio al interés general y que, sin motivación, se convierte en arbitrariedad.

Esa insistencia en los requisitos para la validez del acto intenta rechazar o, al menos, reducir prácticas viciosas de la administración en relación con la técnica artificial del silencio negativo, en el que la administración no debe ampararse, ya que tiene obligación de resolver de un modo expreso. Es cierto que existen mecanismos en el ordenamiento jurídico para evitar las consecuencias de su uso: acceso a la jurisdicción y en ella ampliación del recurso contencioso-administrativo inicialmente interpuesto contra una desestimación por vía de silencio, pero la demora en resolver puede tener consecuencias negativas para los interesados.

Es fundamental, desde una vertiente práctica, saber desde cuándo el acto administrativo produce efectos, cuándo la eficacia está demorada o tiene efectos retroactivos. La falta de notificación o publicación o, en su caso, la aprobación superior, son disfunciones que hacen ineficaz el acto y no permiten adquirir fuerza ejecutiva, propia de la imposición unilateral que es característica del acto.

Por análogas razones resultaría más adecuado, desde un punto de vista sistemático, que toda revisión —nueva mirada— del acto se estudiara conjuntamente, aunque sean diferentes los motivos o fundamentos y los efectos. Ello no impediría estudiar de un modo singular las medidas cautelares, por la importancia que se quiera dar a la materia de cara a una innovación en el derecho administrativo de Nicaragua, incluido el contencioso-administrativo. Ese enfoque resulta más progresivo que el de la mera suspensión del acto. No parece hacedero plantear aquellas medidas al margen de una revisión del acto.

4. Lo que acaba de señalarse, obviamente opinable, no supone obstáculo alguno para reconocer que el libro contiene un tratamiento completo de la materia, que lo convierte en un excelente manual, con una información actualizada de la doctrina española y latinoamericana. La selección que de ella se realiza permite al lector contar con una guía segura acerca de lo esencial de todos los puntos tratados, y revela un conocimiento tan extenso como honesto en su exposición, que ahorra incursiones en la bibliografía, de la que se da cuenta puntual.

Las categorías jurídicas se manejan con seguridad, de lo que es una muestra la clara distinción entre recursos y reclamaciones. Cuando ha de tomarse posición entre divergencias doctrinales se hace con ponderación, la misma que, no exenta de realismo, preside la apreciación acerca de la eficacia real de los recursos administrativos en virtud del excesivo número de los que no son admitidos, que si son obligatorios son un "mero retraso de la verdadera tutela jurídica, que es la judicial".

El respeto a las diferentes opiniones no impide seguridad, o incluso valentía a la hora de adoptar una postura o de alinearse con la que parece más acertada. Una prueba de ello es lo que se dice sobre los actos inexistentes o el análisis de jurisprudencia nicaragüense sobre el momento en que ha de entenderse que opera el efecto positivo o negativo del silencio administrativo.

En ocasiones, la ecuanimidad con que se pronuncian juicios y apreciaciones puede llevar a un cierto eclecticismo, como sucede en el caso del justamente discutido acto político, de historia nada ejemplar, que con justicia ha sido eliminado de la legislación española, en cuanto lastre de periodos históricos superados y expresión de una inmunidad de control jurisdiccional. El lector encontrará finos análisis de la cuestión. Los postulados de un Estado social y democrático de Derecho no son los mismos de un Estado burgués de Derecho al que respondía la distinción entre función administrativa y política o de gobierno en Hauriou, eximio representante de su época, quien identificó la primera como la concerniente "*à faire les affaires courants du public*", y la segunda como la dedicada "*à resoudre las affaires exceptionelles*" que interesan a la unidad política y a velar por los "*grands interêts nationaux*". Los autores se decantan por la permanencia del acto político, aunque susceptible de control judicial, para el que lo decisivo es buscar los elementos objetivos que lo hacen posible. La cuestión queda abierta.

Esa apreciación de eclecticismo se percibe también, por ejemplo, en lo concerniente al alcance del control que pueda realizarse mediante

el recurso administrativo: si es sólo de legalidad o si cabe también el de oportunidad. Una cosa es que, por el ámbito interno de la administración en que se desenvuelven los recursos, no sea siempre fácil que se reconozca la no conformidad a derecho del acto recurrido, y otra que el titular del órgano que debe resolver el recurso —sea el mismo que dictó el acto o su superior jerárquico— no lo haga poniéndolo en relación con la ley y el derecho. Basar la resolución en criterios de oportunidad la convertiría en una revocación del acto, que encuentra límites en relación con terceros y en la equidad o la buena fe, como reconoce la ley española.

5. Podría decirse que el tratamiento que aquí se da a una materia conocida para los cultivadores del derecho administrativo ofrece una factura clásica, por su equilibrio, que no es obstáculo para situarse en el punto avanzado de la doctrina; por ejemplo, en cuanto al silencio administrativo o las formas sustitutivas de la resolución para finalizar un procedimiento, en línea con las posibilidades abiertas al acuerdo entre particulares y administración. Esa impronta se manifiesta, quizá con un exceso de optimismo, cuando se subraya la importancia del principio *fumus boni iuris* en el amplio análisis que se hace de las medidas cautelares.

6. La utilidad de este libro no se agota en el ámbito académico y profesional, sino que manifiesta una laudable intención de incidir en la mejora del ordenamiento jurídico nicaragüense. A lo largo de sus páginas se detecta lo que se entiende como deficiencias o carencias, para las que se ofrecen soluciones alternativas.

Los autores son unos paladines convencidos de la necesidad de que se apruebe una ley de procedimiento administrativo común en Nicaragua. En el derecho comparado no faltan argumentos a favor de esta idea. El camino emprendido por la Ley española de Procedimiento Administrativo de 1958, en el movimiento de reforma administrativa impulsado desde la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno por el profesor López Rodó, en la que colaboraron ilustres colegas, proporciona un aval al propósito reformador de los autores. La enumeración de propuestas que se formulan al final del libro revela una reflexión que las dota de solidez y las aleja del mero voluntarismo.

7. El estilo de los autores es directo, con alguna aislada expresión de cierto casticismo. El texto se encuentra aligerado de citas, que nutren las numerosas notas al final de cada capítulo, lo que facilita la lectura. El libro, escrito con ilusión, que este prólogo ha intentado no enfriar, es merecedor de la buena acogida que le deseo.

8. El acto administrativo es el tema del primer capítulo, pero está presente en toda la obra. Su definición es problemática y el panorama doctrinal extenso y complejo. Los autores lo reconocen y dan cuenta de diferentes perspectivas. Han de partir en su exposición de lo que el ordenamiento jurídico nicaragüense expresa; éste lo concibe como "declaración o manifestación de voluntad, juicio o conocimiento [...] que con carácter general o particular emitiesen los órganos de la Administración pública y que produjera o pudiera producir efectos jurídicos". Una noción amplia de acto administrativo, con la que se identifican, ya sea con mayores o menores matices, importantes representantes de la doctrina italiana (Zanobini) o española (Garrido Falla), como lo registran los autores de este libro, cuya exposición está condicionada por el precepto legal.

Conviene subrayar que en la definición de Zanobini esa declaración se realiza en el ejercicio de una potestad administrativa, sin mayor especificación; mientras que en la de García de Enterría se añade que esa potestad es distinta de la reglamentaria. Esto constituye una salvedad importante para distinguir norma y acto.[3] La declaración de voluntad tiene una innegable impronta del derecho privado, en el que domina la autonomía de voluntad y en el que la relación jurídica se produce entre sujetos situados en un plano de igualdad. La potestad, en cambio, evoca una diferencia, pues se sitúa en el ámbito propio del derecho público. En la construcción del derecho público se ha acudido con frecuencia, sobre todo en su inicio, al derecho civil, como evidencia la historia y reconocen sus fundadores, al tomarlo como modelo y al realizar esfuerzos por circunscribirlo a sus límites naturales (Otto Mayer), reconociendo una pretendida superioridad que, en la mentalidad burguesa, provenía de la sociedad civil (Hauriou).[4]

La inadecuación de construir el acto administrativo al modo del derecho privado se evidencia al comparar los vicios de la voluntad con los de la potestad. Frente a *vis, metus, doto,* aparecen incompetencia, ausencia de procedimiento, contenido típico imposible o ilícito, o genéricamente infracción del ordenamiento jurídico. Ciertamente el acto es el resultado del ejercicio de una potestad, de la actividad del titular de un poder público, objetivamente determinada por el

3 Cf. Meilán Gil, J. L., *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

4 Cf. Meilán Gil, J. L.,"El proceso de la definición del Derecho administrativo" (ENAP, 1967), incluido en *La Administración pública en perspectiva*, Universidad de La Coruña, 1996, pp. 37 y ss.

ordenamiento jurídico y, en lo que se refiere tanto a su creación, *nulla potestas sine lege,* como al modo y el fin del ejercicio, sometido a la ley y al derecho. Desde esta perspectiva, se comprende con facilidad que la desviación de poder no se identifique con abuso de derecho, ni la discrecionalidad con la autonomía de la voluntad.

En realidad, como en otras categorías jurídicas o supraconceptos jurídicos, existen, actualizadas, las *duae positiones* del derecho romano que, en este caso, podrían sintetizarse como el dominio de la autonomía de la voluntad y el principio de legalidad. La declaración de voluntad como elemento definitorio del acto administrativo estaría relacionada con el negocio jurídico, cuestión controvertida que tiene en su favor a juristas como Korman, Fleiner y Wolf o Boquera, así como García Trevijano en España, y en su contra a otros como W. Jellinek, Forsthoff o Villar Palasí.

La cuestión, sin entrar en su análisis, sirve en este momento para subrayar lo que denominé hace 40 años el carácter artificial del acto administrativo, y la necesidad de construirlo de un modo autóctono, como corresponde a su carácter de derecho común; sin tomar prestados innecesarios elementos de otra rama del derecho y sin perjuicio de coincidir en supraconceptos propios del derecho en general. En ese ámbito puede situarse la declaración, con diferentes orígenes y consecuencias, según se trate de una voluntad que no se impone o de una potestad o poder público.

Al calificar al acto administrativo de "artificial", aludimos a su carácter instrumental, al servicio de los distintos movimientos de las ideologías, sean predominantemente de índole política o jurídico-doctrinal. Por eso, la categoría jurídica del acto administrativo no tiene vigencia universal en todos los ordenamientos, aunque siempre hayan existido actos de los poderes públicos, independientemente de la organización política en la que se inserten. Más aún, notas esenciales al acto administrativo, como la presunción de validez o su fuerza ejecutiva, pueden encontrarse aguas arriba de la historia, antes de la Revolución francesa y el primero de los constitucionalismos, cuando emerge la Administración, y pueden rastrearse hasta las fuentes romanas.[5] Las diferentes trayectorias de los Estados explican por qué el acto administrativo ocupa un lugar central en el derecho continental europeo y por qué no lo tiene en el mundo anglosajón. La explicación se encuentra en la organización del poder. La concentración, aunque sea por la vía de la centralización (Tocque-

5 *Idem*, donde se cita a Dou y Bassols (1800), y Villar Palasí (1965-1966).

ville), lo favorece, y subsiste en fenómenos heterodoxos (nacional-socialismo, fascismo).

La teoría del acto administrativo se construye en Francia al calor del momento revolucionario y se presenta como un instrumento de racionalización del poder: una imposición unilateral e inmediata de la Administración, que aprovecha privilegios del derrocado Antiguo Régimen, cuya revisión por los tribunales ordinarios, como órganos supervivientes de la situación anterior, sería comprometida. Ésta es la realidad que existe detrás de las leyes de 1790 y de 1795, que prohíben terminantemente a esos tribunales que "conozcan de los actos de la Administración, cualquiera que sea su especie".

El acto administrativo se presenta como la materialización jurídica del Estado de Derecho, ligado al principio de reparación de poderes, de supremanía de la ley y de posible control judicial de la actuación del poder. Se trata de un origen "interesado" (Giannini). En los países del *common law,* donde esos principios se han aplicado con más fuerza que en el Continente, no aparece el mítico acto administrativo como clave de la bóveda del sistema.

El acto administrativo, como categoría jurídica autónoma, está ligado a ese peculiar control por una jurisdicción especial —inexistente en los países del *common law*—, una fórmula de compromiso para consolidar la Revolución.[6] Este origen ha dejado su impronta a lo largo de su historia, y ha podido sostenerse en su defensa que administrar no es sólo ejecutar la ley sino juzgar las reclamaciones que la ejecución provoca. Sintéticamente: administrar es también juzgar (Laferrière). De su evolución quedará la relación esencial entre acto administrativo y resolución, en el seno de la Administración, ya sea que la adopte un órgano jurisdiccional o un tribunal independiente, que manifiesta el carácter revisor —del acto— de lo contencioso-administrativo.

El carácter mítico del acto administrativo se reforzaría en el contexto alemán por influencia de la filosofía idealista —el Estado despliega dialécticamente la justicia— y la elaboración doctrinal del Estado de Derecho. Tenemos a Otto Mayer como referencia. El acto administrativo se construye a imagen de la sentencia. Para que la administración actúe conforme a derecho, ha de estar vinculada a la regla jurídica; como ésta es insuficiente para regular toda la actividad, hace falta que en el campo de la administración exista algo análogo

6 *Cf*. Meilán Gil, J. L., *La estructura... op. cit*., pp. 76 y ss, donde se alude al testimonio de Cormenin.

a lo que sucede en la jurisdicción con la sentencia. El acto administrativo adoptará los modos de la justicia; será, como la sentencia, aplicación de la ley. La realización del derecho es fin del Estado, que se hará con las declaraciones de los tribunales —sentencias— o de la administración sobre casos concretos —actos administrativos—. Esta concepción concordaría con la fortaleza de la administración prusiana, simbolizada en Bistmark; supondría una preferencia por el acto unilateral, que haría difícil admitir el contrato administrativo, a diferencia de lo que sucede en Francia.

La unilateralidad caracteriza al acto administrativo. Es la *décision exécutoire,* en expresión clásica de la doctrina francesa, "un modo de creación de situaciones jurídicas" (Hauriou). En la misma línea se orientan las definiciones que se pueden encontrar en enciclopedias españolas del siglo XIX y comienzos del XX (Escriche, Alcubilla, Seix). Por no ser decisiones, no tienen carácter de acto administrativo actos de la administración como los consejos o dictámenes.

Este concepto, connatural al origen mismo del acto administrativo, ha sido oscurecido posteriormente con el fenómeno inflacionario de hacerlo equivalente a cualquier acto de la administración, lo que ha sucedido en España, por influencia italiana.[7] No faltan reacciones en contra de esa concepción amplia en la doctrina italiana, que distinguen entre *provedimenti* —auténticas decisiones— y actos administrativos instrumentales (Giannini). Se vuelve clara la comparación de aquellos con la sentencia, que van precedidos o seguidos por actos instrumentales, de trámite o de ejecución, relativos a un procedimiento podría decirse. En España, la noción restringida del acto administrativo es suscrita por autores de varias generaciones (Villar Palasí, Gallego Anabitarte, Bocanegra Sierra), lo que comparto, pues coincide con lo que tradicionalmente, antes de la recepción de la categoría, se denominaba y sigue denominándose *resolución*.

Como técnica jurídica, el acto administrativo puede verse como concreción de la norma. A ella se vinculan los derechos y obligaciones de cada quien. A veces derivan directamente de ella; pero en otras, podría sostenerse que en su mayoría, se necesita una concreción de la norma, una "modalización singular", esto es, modalizar en cada caso lo que la norma genéricamente otorga o impone. Ésa es la función fundamental del acto, tanto cuando se ejercen potestades re-

7 *Cf*. Meilán Gil, J. L., "Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración", en *La Administración..., op. cit*., pp. 391 y ss. En esa línea, Ballbé, Garrido Falla y Guaita.

gladas como, con mayor razón, cuando se actúa dentro de potestades discrecionales.

Con las premisas anteriores, no creo que resulte incoherente postular que el acto administrativo es manifestación o resultado del ejercicio de una potestad administrativa, aunque su titular no sea la Administración pública, y, por tanto, se caracteriza por la unilateralidad que no existe en el contrato. Por otra parte, su finalidad es la concreción o realización de una norma, y consiste en una declaración jurídica —de derechos y obligaciones— que incide en situaciones concretas: reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas.

9. El papel central que el acto administrativo ha venido teniendo en el derecho administrativo y que ha condicionado, en un fenómeno de *feedback,* el contencioso-administrativo, ha cedido en este ámbito en favor de los derechos fundamentales, en particular, el relativo a una tutela judicial efectiva. Aunque permanecen inercias, el contencioso-administrativo, tradicionalmente concebido como una jurisdicción revisora del acto y necesitada por tanto de su existencia previa, es un proceso entre partes propiciado por una actuación de la Administración pública entendida como comportamiento, en el que se incluye, sin esfuerzo, la inactividad de la administración o la acción material y vía de hecho.

La teoría del silencio administrativo puede ser repensada, sin necesidad de la búsqueda o invención de un acto presunto. La pretensión adquiere así toda su virtualidad, adecuándose a la diversidad de situaciones. Los intereses legítimos se liberan de una clasificación secundaria respecto de los derechos subjetivos, como títulos de legitimación. El derecho continental se acerca al anglosajón, que se manifiesta también, desde la perspectiva del derecho fundamental, en relación con las medidas cautelares.

Si bien esta perspectiva del control judicial queda fuera del contenido de este libro, la consideración clásica que en él se ofrece del acto administrativo, opera en la antesala de la justicia administrativa.

10. El lector que haya tenido la amabilidad y la paciencia de seguir lo escrito, habrá comprobado que el libro que presentamos encierra, entre sus valores, el de suministrar materia —o pretexto— para la reflexión sobre asuntos relevantes del derecho administrativo.

CAPÍTULO I

EL ACTO ADMINISTRATIVO

Aunque una parte de la doctrina ha proclamado la necesidad de superar la noción de acto administrativo, elaborando una nueva dogmática, dada su complejidad y las dificultades que encuentra para dar cabida a los distintos modos de actuación administrativa,[8] continúa siendo ésta una institución clave del derecho administrativo,[9] que deberemos examinar, en consecuencia, con el debido detenimiento.

1. Definición

El estudio del acto administrativo debe comenzar con su definición, lo que no resulta fácil en absoluto, pues se trata de una noción que desde siempre se ha caracterizado por su complejidad y por las dificultades que ofrece su delimitación.[10]

8 Por ejemplo, Santamaría Pastor, quien considera que "la noción de acto administrativo es, hoy inadecuada para dar cabida a todo el conjunto de la actividad administrativa, y que la doctrina habrá de plantearse la necesidad, más pronto o más tarde de sustituirla por un nuevo arsenal conceptual" (*Principios de derecho administrativo,* vol. II, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 131).

9 Al respecto, apunta A. R. Brewer-Carías que el "acto administrativo, así, sin duda, es la noción más importante del derecho administrativo; es más, sin acto administrativo éste, simplemente, no existiría ni tendría razón de ser. Por ello, podemos decir sin temor a equivocarnos que todo el derecho administrativo gira en torno a este concepto fundamental; y podemos decir, además, que el derecho administrativo, como el derecho que regula la actividad administrativa, siempre se traduce o tiene como presupuesto un acto administrativo" ("Sobre la importancia para el derecho administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Caracas, FUNEDA, 1997, p. 22).

10 Considera Santamaría Pastor que el "concepto de acto administrativo posee [...] un grado de indeterminación realmente inquietante. Sus cau-

No obstante, en el derecho administrativo nicaragüense la cuestión se ve facilitada notablemente debido aque dicha figura aparece definida expresamente en el art. 2.1 LJ, que establece que acto administrativo es "la declaración o manifestación de voluntad, juicio o conocimiento expresada en forma verbal o escrita o por cualquier otro medio que, con carácter general o particular, emitieren los órganos de la Administración Pública y que produjere o pudiere producir efectos jurídicos".

Se trata de una definición clásica, que coincide en lo esencial con la de Zanobini, muy difundida, y que ha sido aceptada por un sector muy amplio de la doctrina.[11] Sin embargo, no es la única solución posible, pues existe otra línea doctrinal, también con bastante arrai-

sas pueden reducirse a dos: de una parte, la disparidad teórica: el acto administrativo ha sido objeto, a lo largo de los pocos más de doscientos años de su historia, de diversas construcciones doctrinales, difícilmente conciliables entre sí; y, de otra, la impresionante variedad de las actividades que la Administración lleva a cabo, que hace muy difícil la construcción de esquemas doctrinales unitarios" (*Principios de derecho administrativo II..., op. cit.*, p. 127).

11 En tal sentido Garrido Falla, que acepta expresamente esta tesis y señala que la "noción de acto administrativo no debe reservarse [...] para los que consisten en *declaraciones de voluntad*. Estos actos constituyen, sin duda alguna, la más importante especie de actos administrativos, pero no los agota. [...] conviene acoger también dentro de una definición ciertas declaraciones de juicio, conocimiento y deseo, realizadas por la Administración y que tienen efectos jurídicos" (*Tratado de derecho administrativo*, vol. I, 11ª. ed., Madrid, Tecnos, 1989). También García de Enterría y Fernández Rodríguez, que entienden que acto "administrativo sería [...] la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria" (*Curso de derecho administrativo I, 8ª. ed.,* Madrid, Civitas, 1997, p. 536). En la misma línea, con alguna matización, Baez Martínez, que considera que el "acto administrativo es una declaración de voluntad, conocimiento y juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva que constituye una decisión ejecutoria, emanada de un sujeto, la Administración pública, en ejercicio de una potestad administrativa y que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva, cuya finalidad es la satisfacción del interés general" (*Manual de derecho administrativo,* México, Trillas, 1997, pp. 262-263). También admiten esta forma de definición: Martín Mateo (*Manual de derecho administrativo, 13va ed,* pp. 227-229), Serra Rojas (*Derecho administrativo*, México, Porrua, 1988, pp. 230-231), González Pérez (*Comentarios a la Ley de Procedimiento administrativo,* p. 1440), Morell Ocaña (*Curso de derecho administrativo II,*

go en la doctrina actual, que considera como actos administrativos únicamente aquellos que pueden ser susceptibles de impugnación separada, lo que comprendería tan sólo las resoluciones definitivas y aquellos otros actos que, sin ser resoluciones propiamente dichas, se equiparan a éstas.[12]

Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 183-184) y Entrena Cuesta (*Curso de derecho administrativo I/1*, 9ª. ed., Madrid, Tecnos, 1992, p. 202).

12 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I,* 11ª. ed., Marcial Pons, 1999. Por su parte, González Navarro considera que "hay que someter a la unidad jurídica de que estoy hablando —acto administrativo— a una cura de 'adelgazamiento', a fin de hacerle eliminar esas adisposidades que la hacen irreconocible y entorpecen, además, sus movimientos. En este sentido, coincido con la opinión de aquellos que [...] vienen postulando la necesidad de recobrar nuestra propia tradición [...], que identificando acto administrativo con declaración de voluntad rechazan que un informe o que la respuesta de la Administración o una consulta del administrado puedan calificarse de acto administrativo" (*Derecho administrativo español III. El acto y el procedimiento administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 411). En esta línea, también, M. García Pérez, que considera que sólo son actos administrativos las decisiones, lo "que excluye a los actos de deseo, conocimiento o juicio, por entender que estos últimos son actos de trámite [...] y actos de la Administración de derecho privado no sometidos al derecho administrativo. [...] Otra cosa es que, en ocasiones excepcionales, los actos de trámite sean recurribles, porque producen efectos idénticos a los de las 'decisiones' o inciden negativamente en la esfera jurídica de los interesados" (*Derecho administrativo español,* J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 164). A. Gallego Anabitarte y A. De Marcos Fernández consideran que el "acto administrativo es la resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto. [...] Como se observa, de esta definición desaparecen todas las actuaciones administrativas que no resuelven sino que certifican, informan o proponen" (*Derecho administrativo I. Materiales,* Madrid, 1990, p. 313). Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden que acto administrativo es el "ejercicio singular de potestad en aplicación del ordenamiento jurídico, por parte de un órgano de la Administración, dentro de la esfera de sus competencias, por el que se crea, extingue, modifica o tutela una situación jurídica individualizada"; esto "elimina del concepto de acto [...] las llamadas [...] declaraciones de conocimiento de juicio o de deseo, así como los denominados actos de trámite" (*Principios de derecho administrativo,* t. II, Madrid, Universidad Complutense, pp. 60 y 70-71).

Dejando de lado esta posición, que no ha sido admitida, como dijimos, en el derecho de Nicaragua, debemos volver a la definición consagrada en la LJ, que analizaremos con un cierto detalle.

1.1. El acto administrativo como declaración. Exclusión de la actividad material de la Administración del concepto de ésta. La inactividad material de la Administración y las vías de hecho.

Hay que destacar que el acto administrativo es una "declaración o manifestación". Con ello se pone de manifiesto que no están comprendidas dentro de nuestro concepto las actividades materiales de la Administración.[13] El acto administrativo forma parte de lo que podemos denominar como *actividad jurídica de la Administración*, y constituye en último término una simple declaración o manifestación productora de efectos jurídicos. Así, es un producto jurídico que viene a alterar la realidad jurídica existente creando, modificando o alterando relaciones jurídicas.

Nótese que el acto administrativo no entra por sí mismo en el terreno de los hechos, de la realidad fáctica, sino que se queda en el ámbito de lo puramente jurídico. Ahora bien, esto no basta a la Administración para desarrollar sus funciones, pues deberá realizar la actividad necesaria para que esa realidad jurídica sea llevada al terreno de los hechos. A esta acción es a lo que denominamos *actividad material de la Administración*".

A dicha actividad se refirió ya, en su momento, Duguit, caracterizándola como "una serie de operaciones que tienen incontestablemente carácter administrativo, pero que no tienen carácter jurídico, y por

13 Serra Rojas, *op. cit.*, p. 231; González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa I,* 3ª. ed., Civitas, 1998, pp. 1438-1439; García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I..., op. cit.,* pp. 536-537; García Pérez, *op. cit.,* p. 164; Entrena Cuesta, *op. cit.,* p. 203. Señala Delpiazzo que "se trata de un acto jurídico, a diferencia de un mero hecho (acontecimiento de la naturaleza o comportamiento material) ya que el acto administrativo implica una exteriorización intelectiva proveniente de su autor, realizada mediante la palabra escrita, oral u otro signo convencional o ideográfico dirigido a la mente del o de los destinatarios del acto" ("Panorama general del derecho administrativo Uruguayo", en *El derecho administrativo iberoamericano,* S. González-Varas Ibáñez (dir.), Granada, INAP/UIM, 2005, p. 711).

esta razón se llaman operaciones materiales administrativas".[14] Este bloque de actividad es, en realidad, el más importante de la acción administrativa, tanto desde el punto de vista cuantitativo (es la más voluminosa), como cualitativo (en realidad, el resto de la actividad pública está subordinada a la consecución de ésta).[15]

Este conjunto de actividades materiales constituyen lo que denominamos *servicios públicos*. Desde las enseñanzas de Duguit sabemos, además, que son la función más importante que realiza la Administración, pues la labor de ésta no es otra en definitiva que el servicio al ciudadano, proporcionándole aquello que necesita. Lo relevante es que las calles estén limpias, que los coches circulen cumpliendo las normas de tráfico, que los medios de transporte público circulen a sus horas, que los médicos atiendan correctamente a sus pacientes en los hospitales públicos, etc. Todo ello es actividad material de la Administración, que requiere obviamente que se dicten actos administrativos, pero éstos no son más que un medio para lograr que la actividad material se realice.

Antes de continuar debemos realizar algunas precisiones más. Debe tenerse en cuenta que el acto administrativo altera la realidad jurídica, mientras que la actividad material no lo hace, pues sus efectos se limitan al ámbito de los hechos. El acto administrativo que concede una autorización, que impone una sanción, que declara la responsabilidad de la Administración, viene a modificar la realidad jurídica existente. La actividad material no lo hace; cuando el médico examina al paciente o el profesor de una universidad pública da una clase, no alteran la realidad jurídica. Esto no significa, obviamente, que la alteración fáctica que implica la actividad material no pueda producir indirectamente efectos jurídicos. Por ejemplo, si el médico actúa erróneamente, causando un daño al paciente, estaría generando responsabilidad administrativa de la Administración, que estaría obligada a indemnizar el daño causado.[16]

14 Duguit, L., *Las transformaciones del derecho público y del derecho privado*, trad. de A. G. Posada, R. Jaén y C. G. Posada, Buenos Aires, Heliasta, p. 101.

15 Gómez Puente, M., *La inactividad de la administración,* 2ª. ed., Navarra, Aranzadi, 2000, p. 62.

16 Por ello, señala M. Acosta Romero que por "operación material entendemos la realización de hechos que modifican o cambian la estructura del ser natural y que no tienen directamente consecuencias de Derecho, aunque en forma indirecta pueden ser efectos o causas de ellas"

Cosa distinta sería, no obstante, pensar que la actividad material de la Administración no esté vinculada al derecho: por supuesto que lo está. En primer lugar, porque se rige por ella. El profesor de una universidad pública o el médico de un hospital público es un funcionario público cuya actividad está regida por el derecho; la actividad inspectora se desarrolla dentro de los requisitos y con los procedimientos que el derecho establece, etc. Más aún, la actividad material de la Administración nunca puede desarrollarse sin un sustento jurídico que permita su realización. Cuando así ocurre se produce lo que el ordenamiento jurídico denomina *vía de hecho,* esto es, una actividad realizada sin la oportuna cobertura jurídica que la justifique.[17] A ella se refiere el art. 2.20 LJN, como "la actuación o ejecución real de la Administración que no tuviere cobertura formal ni acto administrativo previo que la respalde y justifique". Se debe entender que este supuesto comprende no sólo aquellos casos en que falte totalmente dicha cobertura legal, sino también aquellos en que, aun existiendo ésta, es insuficiente para cubrir la actuación de la Administración, pues ésta excede los límites de la misma.[18]

La distinción es importante, pues si sufrimos una vía de hecho estamos siendo objeto de una acción ilegal contra la que podemos reaccionar jurídicamente, pero no de la misma forma en que podemos hacerlo contra un acto administrativo. Así, en primer lugar, pediremos cosa distinta. Cuando impugnamos un acto administrativo siempre deberemos solicitar su anulación; esto se debe a que el acto administrativo es una simple declaración, sin realidad fáctica, por ello lo que queremos es acabar con esa declaración. Sin embargo, cuando sufrimos una vía de hecho, no recibimos una declaración en nuestra contra, sino una actividad fáctica que nos perjudica, sin que

(*Teoría general del derecho administrativo*, 4ª. ed., México, Porrúa, 1981, p. 347).

17 F. Garrido Falla apunta que vía de hecho es "toda actuación material de la Administración Pública carente de un título jurídico que la justifique" ("Ámbito de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en España", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías",* Caracas, FUNEDA/Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 119). Santamaría Pastor señala que hay vía de hecho en "todos aquellos casos en que la Administración lleva a cabo una actuación material sin el soporte de un acto administrativo previo del que sea ejecución" (*Principios de derecho administrativo II..., op. cit.,* p. 670).

18 Pera Verdaguer, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-administrativo,* 7ª. ed., Barcelona, Bosch, 2004, p. 268.

haya declaración que la justifique. En estos casos no se puede pedir la anulación de un acto que no existe, sino únicamente que cese esa actividad material ilegal. Así lo establece el art. 38 LJ, cuando declara que en "caso de vías de hecho, el interesado podrá solicitar a la Administración el cese de la actuación".

En segundo lugar, cuando impugnamos un acto administrativo interponemos un recurso contra ese acto, para solicitar su anulación. En el caso de una vía de hecho, lo que presentamos es una solicitud a la Administración para que cese ese acto, lo que no es en puridad un recurso administrativo,[19] pero que es, no obstante, necesaria para reaccionar contra esa actuación. Sin ella no podemos acudir a los órganos judiciales contencioso-administrativos en tutela de nuestro derecho. Así se infiere claramente del art. 38 LJ que establece que, si "esta solicitud no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a su presentación, el interesado podrá acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa para que la actuación sea declarada contraria a derecho, se ordene el cese de dicha actuación y se adopten, en su caso, las medidas necesarias para restablecer la legalidad".

Una cuestión problemática, que ha suscitado tradicionalmente grandes problemas prácticos, es el de la falta de desarrollo, por parte de la Administración, de la actividad material a la que está obligada; esto es, la inactividad material de la Administración.[20] El problema que suscitaba este tipo de supuestos era que el ciudadano se veía incapaz de defender su derecho ante la Administración, dado que los mecanismos tradicionales de impugnación, como en su momento veremos, funcionaban como elementos revisores de la actividad jurídica (actos administrativos, reglamentos). Esto dejaba fuera de esa tutela los supuestos de inactividad material de la Administración, en los que no se demandaba de la Administración una declaración, pues el

19 De Asís Roig, A., "Los recursos administrativos", en *La Administración Pública Española,* J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), Madrid, INAP, 2002, p. 635.

20 Pera Verdaguer señala que la inactividad de la Administración "supone la ausencia u omisión de una actuación material que no comprende el dictado de actos o resoluciones, subclasificándolos en inactividad prestacional, omisión de una prestación legalmente debida, dirigida a proporcionar bienes o servicios de los ciudadanos; e inactividad inercial o resistencial, o inejecución de un acto administrativo previo o de una sentencia condenatoria que obliga a la Administración a un 'hacer' o 'dar' " (*op. cit.,* p. 237).

ciudadano ya tenía declarado formalmente su derecho, sino la ejecución material o real de lo que pretendía.

Nótese que el recurso contra la inactividad de la Administración opera en un supuesto en el que existe por parte de ésta una obligación de actuar concreta; esto es, existe una relación jurídica obligacional entre la Administración y el administrado, en virtud de la cual la primera está jurídicamente obligada a cumplir una prestación concreta en favor del segundo.[21]

El ciudadano se veía, en estos casos, privado de la necesaria protección jurídica, pues no tenía acto administrativo que impugnar. Debe señalarse, no obstante, que la doctrina no se ha pronunciado de forma unánime al respecto. Algunos autores defienden que esta indefensión era más teórica que real, pues el ciudadano podía obtener esa protección mediante la transformación de la inactividad material en una actividad formal, presentando una solicitud a la Administración, que, una vez desestimada por silencio administrativo, le permitía acudir a la vía judicial.[22] Mientras que otros consideran que esa

21 Apunta Brewer-Carías que el "recurso contra las conductas omisivas de la Administración, tiene su fundamento, por una parte, en el incumplimiento por parte de la Administración de una obligación legal concreta de decidir o cumplir determinados actos, y por la otra, en el derecho de un sujeto de derecho a que la Administración cumpla los actos a que está obligada. Por tanto, a la base de este recurso está una relación jurídica (deber-poder) específica, que se concreta también en una obligación también específica de la Administración de actuar, frente a una situación jurídica, asimismo específica de poder de un sujeto de derecho, que se configura como un derecho subjetivo de orden administrativo a la actuación administrativa. No se trata, consecuentemente, de la obligación general de la Administración a dar oportuna respuesta a las peticiones de particulares, ni del derecho también genérico de éstos a obtener oportuna respuesta a sus peticiones presentadas ante la Administración [...]. Se trata, en cambio, de una relación obligación-derecho establecida entre la Administración y un particular, a una actuación administrativa determinada" (*Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 116).

22 En tal sentido, Parada Vázquez señala que "el particular no estaba inerme, pues podía dirigirse a ella [se refiere a la Administración] y esperar a que por el transcurso del plazo del silencio se entendiera desestimada su petición, para después acudir a la vía judicial, pidiendo la anulación de la desestimación presunta y la condena de la Administración a satisfacer la prestación solicitada" (*Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 747). También en esta línea, Garrido Falla considera que la actividad

vía indirecta para llegar hasta los tribunales, mediante la creación de un acto presunto, no ofrecía auténtica tutela judicial, pues, por un lado, no daba respuesta a las cuestiones que demandaban una rápida resolución y, por otro, no tiene sentido forzar un procedimiento declarativo cuando ya se ha reconocido la obligación que tiene la Administración de realizar una prestación.[23]

En la legislación actual se ha solventado este problema, estableciendo mecanismos de tutela *ad hoc* contra la inactividad de la Administración. Más concretamente, se pueden distinguir dos grandes supuestos. El primero de ellos viene a dar respuesta a aquellos casos en que la Administración pública no realiza la prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, a las que está obligada en virtud de una disposición general (lo que comprende tanto a las leyes formales como a los reglamentos[24]) que no precise de

---

material de la Administración es "un problema que [...] es más ficticio que real. Ni los ejemplos que Nieto señalaba, ni los que aduce 25 años después [...] son convincentes en el sentido de que el particular quede inerme ante tales supuestos de inactividad. En cualquiera de tales casos la solución es obvia empleando las propias fórmulas de fiscalización que la vigente Ley de lo Contencioso-Administrativo establece, a saber: solicitar de la Administración la actuación que se pretende y, una vez producido en acto presunto o el silencio administrativo desestimatorio, recurrir contra la desestimación tácita. Es decir, se trata simplemente de convertir la inactividad material en inactividad formal" (*Ámbito de la..., op. cit.,* p. 123).

23 En este sentido, A. Brewer-Carías considera que "la figura del silencio administrativo negativo es inefectiva como protección de los derechos de los particulares, en los casos de inacción primaria de la Administración" (*Nuevas tendencias..., op. cit.,* p. 118). También en este sentido, J. González Pérez considera que la posibilidad de forzar un acto por silencio administrativo "no permite una eficaz tutela jurisdiccional efectiva. Aparte de que existen pretensiones urgentísimas que resulta poco menos que imposible hacer efectivamente por la vía procesal, por sumario que sea el proceso (como una operación quirúrgica urgente, servicio de extinción de incendios...), por las siguientes razones: [*1.*] Que existen prestaciones que sin la urgencia de aquellas para las que nos resulta eficaz el proceso, requieren una rápida decisión, por lo que constituye un obstáculo a la vía administrativa previa. [2.] Que cuando ya se ha reconocido la obligación de realizar la prestación por acto ejecutivo, no tiene sentido tener que incoar un proceso de cognición o declarativo" (*Manual de derecho procesal administrativo*, 3ª. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 247).

24 Pera Verdaguer, *op. cit.,* p. 327.

actos de aplicación, o bien en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo.

En tal caso los administrados deberán reclamar previamente a la Administración el cumplimiento de esa obligación, y la Administración tendrá un plazo de 45 días para llegar a un acuerdo con ellos. Transcurrido dicho plazo, los interesados podrán ejercer la acción contencioso-administrativa contra la inactividad administrativa demandando a la Administración el cumplimiento de sus obligaciones en los términos establecidos (art. 37 LJ). Nótese que, como en el caso previamente examinado de las vías de hecho, no se trata de interponer un recurso administrativo, sino una reclamación a la Administración.

El segundo supuesto se enfrenta a la situación que se produce cuando la Administración no ejecuta sus resoluciones firmes, en cuyo caso los administrados deben solicitar su ejecución. Si ésta no se produce en el plazo de 30 días desde que se hubiere formulado la petición, podrán acudir a la vía contencioso-administrativa para su pronta ejecución, sin perjuicio de las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar (art. 37 LJ). El art. 37 LJ equipara este supuesto a la retardación del procedimiento administrativo. Nótese que con ello se concede la posibilidad de exigir a la Administración que cese en su inejecución de ese acto firme, tanto si se trata de un acto del que se derivan derechos o situaciones favorables, como si se trata de imponer a un tercero un comportamiento de cese o abstención, o de realización positiva.[25]

1.2. El acto administrativo es un acto dictado por un sujeto en el ejercicio de poder público

Otra característica esencial del acto administrativo es que emana de los "órganos de la Administración Pública". Esto supone que no constituyen acto administrativo aquellas declaraciones que realiza el administrado, aunque tengan relevancia administrativa.

Es frecuente que el administrado, durante su relación con la Administración, lleve a cabo actuaciones que van a tener una considerable incidencia en el desarrollo de las tareas administrativas: la presentación de una solicitud para que se inicie un procedimiento, la interposición de un recurso, la solicitud de que se practique una prueba en el procedimiento administrativo, etc. En todos estos casos estamos ante declaraciones, pero no de la Administración, sino del ad-

25 *Ibid.,* p. 329.

ministrado, por lo que no se trataría de actos administrativos sino de simples actos del administrado.[26]

Conviene tener en cuenta esta diferenciación, ya que, por no tratarse de actos administrativos, no podrán ser objeto —como es lógico— de impugnación, ni en vía administrativa ni contencioso-administrativa. Así, cuando un ciudadano interpone una solicitud que pone en marcha un procedimiento administrativo, o interpone recurso contra una resolución, y no estamos de acuerdo con esas actuaciones, no podremos recurrir la presentación de la solicitud o del recurso, sino que únicamente podremos personarnos en el procedimiento administrativo o en el procedimiento de recurso y hacer valer nuestra posición en el mismo. Si llegado el momento se dictara una resolución con la que no estamos de acuerdo, podríamos recurrir esa resolución, porque ésta sí sería ya un acto administrativo, susceptible de impugnación.

La definición de la LJ no es, en cualquier caso, muy adecuada en este aspecto, pues tienen razón quienes señalan que el acto administrativo en ocasiones es fruto de la acción de otros poderes públicos y no de los "órganos de la Administración Pública"; en consecuencia, la letra de la LJ dificulta la inclusión en el concepto de los actos administrativos dictados por otros órganos del Estado (poderes Judicial, Legislativo, etc.), en el ejercicio de sus funciones materialmente administrativas. Dichos actos son materialmente administrativos y, en virtud de lo establecido en el art. 2.2 LJ, quedan bajo el control de la jurisdicción contenciosa, por lo que se deben considerar auténticos actos administrativos, sujetos al régimen jurídico de éstos.[27] Hay, no

26 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 139; Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 204; García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 538.

27 En tal sentido, Boquera Oliver, J. M., *Estudios sobre el acto administrativo,* 6ª. ed., Madrid, Civitas, p 49; Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 95; García Pérez, *op. cit.,* p. 165; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 140-143. Señala González Navarro que "es patente que cada vez con más frecuencia, los actos unilaterales y no normativos de organizaciones administrativas de apoyo a otros poderes públicos —Administración judicial, Administración parlamentaria, etc.— se someten al derecho administrativo. De aquí que esa referencia a la Administración pública haya que corregirla y hablar, en términos más amplios, de poderes públicos" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 390).

obstante, quien sostiene una opinión distinta a ésta, negando el carácter administrativo de tales actos.[28]

A ello se debe añadir la existencia de supuestos en los que algún sujeto de naturaleza estrictamente privada, como un colegio profesional o un concesionario de servicio público, dicta actos sujetos a derecho administrativo e impugnables ante la jurisdicción contenciosa. Aunque hay quien matiza que se trata de actos administrativos únicamente para efectos procesales,[29] pensamos que debe dárseles tal consideración para todos los efectos.[30]

28 Es la opinión de R. Bocanegra Sierra, que considera que los "actos administrativos sólo pueden ser dictados por una Administración Pública, lo que excluye la posibilidad de considerar actos administrativos [...] a los actos de entes públicos que no son Administración Pública (las Cortes o el Poder Judicial) [...], con independencia de que determinadas actuaciones de las Cortes o del Poder Judicial (los actos de pura gestión o de administración) puedan ser enjuiciadas por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa" (*Lecciones sobre el acto administrativo*, 2ª. ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pp. 70-71). También Entrena Cuesta, que considera que de "la misma forma que la exclusión del control jurisdiccional de un acto de la Administración sujeto a derecho administrativo entendemos que no le priva de su carácter de acto administrativo, inversamente, el mero hecho del sometimiento a dicho control de un acto de los poderes Legislativo o Judicial, tampoco le atribuye aquel carácter" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 203). En la misma línea, García de Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que el acto administrativo "sólo puede producirse por una Administración Pública en sentido formal y no por ningún órgano público que no esté integrado en una Administración como persona (judiciales, legislativos), sea cual sea la materia de tales actos" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 540-541).

29 En tal sentido Santamaría Pastor, que entiende que estos actos "no pueden ser calificados como actos administrativos en sentido estricto, por cuanto su producción no se somete en todo caso a las mismas reglas de fondo y de procedimiento que los actos provenientes de la Administración [...] Se trata de actos administrativos en el sentido puramente procesal del término, esto es, a los meros efectos de permitir su fiscalización en vía de recurso por la Administración concedente o de tutela (e incluso, posteriormente, por un tribunal contencioso)" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 140).

30 En tal sentido, señala Escuin Palop respecto de los actos dictados por sujetos privados en ejercicio de funciones administrativas, que la "confirmación de la naturaleza administrativa de estos actos viene dada por la aplicación del derecho administrativo y por el sometimiento a la fis-

Parece, por todo ello, que hubiera sido más acertado considerar que los actos administrativos son los realizados por un sujeto que actúa en ejercicio de poder público.[31]

1.3. La declaración en la que consiste el acto administrativo puede ser de voluntad, de juicio o de conocimiento

Aunque lo más normal es que el acto administrativo sea una declaración de voluntad, el derecho de Nicaragua también incluye dentro de dicho concepto otro tipo de declaraciones. Al parecer, este argumento debe entenderse justificado en la capacidad de este tipo de declaraciones para producir efectos jurídicos.[32] Vamos a examinar brevemente cada una de ellas.

El término *manifestación de voluntad,* a nuestro juicio un poco arcaico, confunde más que aclara, pues da a entender que es aquella por la que la Administración manifiesta su voluntad, lo cual no es cierto. En realidad, por tal se entiende aquella por la cual la Administración resuelve una cuestión jurídica, y actualmente no cabe duda de que se refiere a realizar una operación de aplicación del ordenamiento jurídico y no a una declaración de voluntad. Al resultado de la aplicación del ordenamiento jurídico la denominamos *resolución,* que es el tipo de acto administrativo más relevante y característico.

Por *declaración de juicio* se entiende aquella en virtud de la cual un órgano administrativo ofrece su opinión acerca de una cuestión determinada. El ejemplo más característico es la emisión de un informe.

calización de la jurisdicción contencioso-administrativa bien directamente o mediante el agotamiento de la vía administrativa previa" (*Curso de derecho administrativo,* 3ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 246).

31 Como sugieren Gallego Anabitarte y De Marcos Fernández, "no se habla de órgano administrativo sino de sujeto que ejerce poder público, con lo cual se incluyen tanto órganos constitucionales y órganos estatales que no son la Administración pública, como también corporaciones de derecho público (colegios profesionales, etc.), e incluso concesionarios, que tampoco son Administración pública en el sentido estricto, sino que ejercen poder público en virtud de ley o de acto estatal" (*Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 313).

32 Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 202.

Nos queda, por último, por examinar las *declaraciones de conocimiento*. En este caso nos encontramos con supuestos en los que la Administración exterioriza el saber que ostenta sobre una determinada cuestión (no ya como una simple opinión, sino como algo de lo que tiene certeza). El ejemplo por excelencia sería un certificado sobre cualquier dato que conste en los archivos administrativos.

No entendemos la razón que tiene la normativa nicaragüense para no reconocer como un supuesto de acto administrativo las *declaraciones de deseo*. Por tales debe entenderse aquellas en las que la Administración expresa cuál es la solución que considera adecuada para un determinado asunto, manifestando así su opinión al respecto; por ejemplo, una propuesta.[33] En nuestra opinión, la falta de mención explícita no impide el carácter de acto administrativo de este tipo de declaraciones.

1.4. El acto administrativo es una declaración unilateral

Otro punto importante del acto administrativo es su unilateralidad. Existen divergencias doctrinales acerca de si el acto administrativo tiene o no necesariamente dicho carácter o, lo que es lo mismo, si los contratos y convenios administrativos quedan comprendidos dentro del concepto.

Hay una parte de la doctrina que sí los considera incluidos dentro del ámbito del acto administrativo, ya sea porque consideran que el acto bilateral, y el contrato en particular, no contiene notas específi-

33 Morell Ocaña nos ofrece también una definición de los distintos tipos de declaraciones en que pueden consistir los actos administrativos en los siguientes términos: "De *voluntad*: decisión dirigida directamente a constituir, modificar o extinguir unilateralmente una situación jurídica, activa o pasiva, de titularidad de la propia Administración, de otra, o de particulares. De *conocimiento*: declaración por la que la Administración exterioriza datos o realidades que ha constatado previamente, verificando la existencia de un hecho, un acto, o una cualidad de una persona o una cosa. De *deseo*: son declaraciones de una intención determinada, destinadas a provocar conductas o actitudes en otros sujetos. Ejemplos típicos pueden ser la oferta de contratación o de distribución de subvenciones a quienes realicen determinadas conductas. De *juicio*: manifestación de una opinión en relación con un hecho, acto o cualidad de una persona o una cosa" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 190-191).

cas por las que merezca ser tratado como una categoría diferente;[34] o ya sea porque entienden que en los contratos administrativos se da un predominio de la voluntad unilateral de la Administración, que determina que bajo la forma de un negocio jurídico bilateral se oculte, en realidad, un contrato por adhesión, que no justifica un tratamiento diferenciado de ambos conceptos.[35]

En cambio, para otros autores, debe excluirse del concepto de acto administrativo aquellos actos que requieren de bilateralidad para su validez, como, por ejemplo, los contratos.[36] Con esto no se excluye

34 En tal sentido Cassagne, que considera que "las diferencias existentes entre los contratos y los actos unilaterales no justifican en el derecho administrativo la configuración de géneros diferentes pues, tal como acontece en el derecho privado, ambas categorías son especies del acto jurídico administrativo" ("El derecho administrativo argentino", en *El derecho administrativo iberoamericano,* S. González-Varas Ibáñez (dir.), Granada, 2005, p. 53).

35 En tal sentido J. Canasi, que considera que se "observa en el acto administrativo una configuración unilateral o de predominio unilateral de la administración pública, y en ese sentido comprende también a los propios actos contractuales, ya que se observa que no obstante la bilateralidad de los contratos administrativos, la voluntad de la administración contratante es la que condiciona toda la relación jurídica, que se reduce, para el contratante, a aceptar las normas preexistentes del interés público que lo motiva. De allí que en todo contrato administrativo aparece en cierta forma, un acto administrativo condicionado por una situación legal preexistente, como en todo lo referente al pliego de condiciones que confecciona unilateralmente la administración y el cual debe someterse al contratante, como que es la ley de las partes. Se observa en el fondo el predominio del Estado, que no obstante su bilateralidad y el carácter conmutativo de él [...] se perfila la figura subyacente de un contrato de adhesión, o por adhesión" (*Derecho administrativo*. vol. II. *Parte especial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, p. 102).

36 García Pérez, *op. cit.,* p. 164. Señala Martín Mateo que los actos administrativos son de "carácter unilateral, distinguiéndose así los actos de los contratos; mientras que el acto es unilateral, el contrato necesita, por lo menos, dos voluntades en cuanto que implica su unificación conviniendo la realización de una conducta libremente acordada, por cada una de una de las partes. En el acto no tiene por qué darse necesariamente tal concurrencia de voluntades, pudiendo imponerse por la Administración, de acuerdo con la Ley, determinadas conductas a los particulares" (*Manual de derecho administrativo, 23ª ed,* p. 229). Por su parte, Delgadillo señala que la "declaración de voluntad es unilateral,

a aquellos actos que alcanzan validez mediante la mera declaración unilateral de la Administración, pero su eficacia está subordinada a la aceptación por parte del interesado (como sucede, por ejemplo, con una concesión administrativa o una subvención).[37]

1.5. El acto administrativo es una resolución que no innova el ordenamiento jurídico

Una última nota que se debe tener en cuenta en la caracterización del acto administrativo es que, como ya lo señalamos, éste difiere del reglamento (art. 14 LJ). Como también vimos en su momento, el reglamento debe ser diferenciado del acto administrativo por su carácter normativo, que se traduce en su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico.

1.6. El acto administrativo es una declaración sujeta al derecho administrativo

Sólo son actos administrativos aquellos actos jurídicos que la Administración dicta sujetos a derecho administrativo, debiéndose excluir de tal concepto aquellos que se van a regir por el derecho privado.[38] Debe tenerse presente que, en ocasiones, cuando la Administración efectúa un negocio jurídico privado, dicta actos regulados por el derecho administrativo para conseguir dicha finalidad. Éstos, que generalmente se conocen como *actos separables*, deberán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.[39]

ya que por su naturaleza no requiere el acuerdo de otro sujeto, como sucede en los convenios y en los contratos. La expresión de la voluntad legal es suficiente para integrar el acto administrativo" (*Elementos de Derecho Administrativo*, 2ª. ed., México, Limusa, 2003, p. 224).

37 García Pérez, *op. cit.*, p. 164.

38 Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.*, p. 204.

39 Señala Entrena Cuesta que "no pocas veces, al efectuar un negocio jurídico privado, la Administración dicta actos que, aunque apuntan a dicho objetivo, están regulados por el derecho administrativo. Tales actos [...] son, obviamente, administrativos. Por ello, empleando una expresiva terminología felizmente acogida por nuestra jurisprudencia, la doctrina los califica de *actos separables*. En cuanto al impugnarlos, por su naturaleza, deben ser *desgajados* del negocio jurídico privado en que se integran, por tener competencia sobre ellos la jurisdicción contencioso-administrativa" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.*, p. 204).

2. El acto político y su control judicial

Debe distinguirse del concepto de acto administrativo el de acto político que, como inmediatamente vamos a ver, está dotado de un régimen jurídico diferente, por estar sujeto a un distinto régimen de revisión.

El tema del control judicial de los actos políticos arrastra ya una considerable historia,[40] siempre polémica, que por supuesto continúa vigente en el momento presente.[41] Por ello, es importante realizar una breve reflexión sobre esta cuestión, pese al amplio tratamiento que le han dado la doctrina y la jurisprudencia, pues se trata de una de esas materias que nunca quedan cerradas, y siempre plantean nuevos y sugerentes interrogantes.[42]

La doctrina de los actos políticos surge en la Francia del siglo XIX como una creación más del Consejo de Estado. Una "de las escasas máculas de su historia ejemplar", según el autorizado juicio de García de Enterría y Fernández Rodríguez,[43] con la que quisieron hacerse perdonar su origen napoleónico en tiempos de la restauración borbónica, a fin de lograr su pervivencia.[44] Con dicha doctrina se trataba de dar al Ejecutivo un margen de protección contra el juez. Esto no

40 Señala A. Sain Arnaiz que "el acto político acompaña al Estado constitucional desde su nacimiento y ha evolucionado con el mismo de acuerdo con la interpretación judicial de su extensión y límites" ("Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Administración Pública,* 134, mayo-agosto de 1994, p. 226).

41 Como señala F. López Menudo, el "concepto de 'acto político' conlleva ya la controversia en su propia formulación terminológica y nada de cuanto de él se diga está exento de riesgos" ("El control judicial de la administración en la Constitución española", en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, E. Hinojosa Martínez y N. González-Deleito Domínguez (coords.), Madrid, Civitas, 1996, p. 42).

42 Por ello, hay quien sugiere que sería más apropiado que hablar de la teoría del acto político, hacerlo de las "teorías del acto político". Véase García Llovet E., "Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 36, septiembre de 1992, p. 281).

43 García de Enterría, E., y Fernández Rodríguez, T. R., *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 566.

44 Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo I, op. cit*., p. 97. Véase también al respecto, Carro y Fernández-Valmayor, J. L., "La doctrina de los

había sido preciso en un primer momento, pues la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión dejaba los primeros, entre los que se encontraban los actos políticos, al margen del control judicial; pero sí lo fue posteriormente, al derrumbarse esta tesis y quedar todo acto de la autoridad pública sujeto a control judicial.[45]

Con el paso del tiempo, esta teoría ha sido objeto de serias reformulaciones y reducciones, tendentes a incrementar cada vez en mayor medida el control judicial de este tipo de actuaciones, a pesar de lo cual sigue estando presente. La ofensiva contra el acto político ha llegado a manifestarse hasta en un plano lingüístico, pues se ha hecho evidente una cierta aversión al término, que ha llevado a algunos a sugerir la utilización de uno alternativo, que no encuentre tanta animadversión a su paso, como por ejemplo el de *acto constitucional*.[46] También se ha admitido la utilización de la expresión *acto de gobierno,* pero no la de *acto del gobierno,* porque esta última induce a error, pues no sólo el gobierno puede dictar este tipo de actos.[47] En nuestra opinión, no hay, sin embargo, obstáculo para seguir hablan-

---

actos políticos", en *Revista de Administración Pública,* núm. 53, mayo-agosto de 1967, pp. 75 y ss.

45 En tal sentido, señala J. M. Boquera Oliver que "el acto político nace en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para evitar que alcance sus últimas consecuencias la desaparición de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Mientras se mantiene esta distinción —escribe Duez— la noción de acto de gobierno es inútil. Los actos de gobierno no pueden ser más que una variedad de actos de autoridad, y los tribunales son incompetentes para conocer de todos los actos de autoridad. Pero el día en que se afirma que todo acto de la autoridad pública es susceptible de provocar responsabilidad del Estado si lesiona ilícitamente derechos de los particulares —continúa Duez— el acto de gobierno puede ser útil para proteger al Ejecutivo contra el juez" ("La responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa", en *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas,* t. III, vol. 1, Madrid, IEP, 1961, p. 197).

46 García Fernández, J., "La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Constitución", en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario sistemático,* B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1999, p. 41.

47 Embid Irujo, "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Documentación Administrativa,* núm. 220, octubre-diciembre de 1989, p. 42.

do de *acto político,* término de rancia y respetable raigambre que no adolece de defecto alguno que demande su eliminación.[48]

Los fundamentos de la doctrina que nos ocupa deben buscarse en el hecho de que la actividad realizada por el gobierno no tiene un carácter uniforme, sino que asume diferentes rasgos según actúe en cumplimiento de funciones políticas o administrativas. Lo que permite afirmar que en ocasiones el gobierno opera como un órgano político, dictando actos políticos; y en otras actúa administrativamente, generando actos administrativos.

Los actos políticos son, así, fruto del ejercicio de la función política, mientras que los actos administrativos nacen de la puesta en práctica de la función administrativa. Téngase en cuenta que, aunque hubo —y hay— un sector de la doctrina que mantuvo la tesis contraria,[49] el acto político es sustancialmente distinto del acto administrativo, no pudiendo englobarse dentro de los actos discrecionales.[50] Tal distinción, lejos de ser anecdótica, tiene una relevancia considera-

48 *Idem*.

49 En tal sentido, A. Guaita, que considera que la "calificación como político de un acto apenas si tiene trascendencia a efectos del régimen jurídico que lo disciplina, un acto político puede ser encuadrado en el derecho internacional (tratado), o constitucional (decreto-ley) o administrativo; en otras palabras: no todos los actos políticos son ajenos al derecho administrativo [...] El acto político se caracteriza justamente, contra lo que dice la ley, por su 'grado máximo de discrecionalidad', por el amplio poder de arbitrio que la norma confiere a quien puede dictarlo, por el decisionismo y libertad creadora que comporta: es esta razón la que los hace infiscalizables por un tribunal que ha de revisar precisamente la juricidad de los actos y no su oportunidad" ("Actos políticos y justicia administrativa", en *Estudios jurídicos y sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pp. 914-915). En la actualidad esta tesis ha sido, en parte, mantenida por J. Jordana Fraga, quien considera que "los actos 'políticos' como categoría autónoma de exclusión de control jurisdiccional fuera del estricto campo orgánico de relaciones con otros poderes y siempre que no se vean afectados derechos fundamentales han de estimarse extinguidos". Se debe entender, en su opinión, que fuera de estos supuestos pueden constituir como mucho actos discrecionales ("¿Jaque mate al acto político?", en *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 95, julio-septiembre de 1997, pp. 444-445).

50 Como señala L. Martín Rebollo, la cuestión de los actos políticos "nada tiene que ver con el control de la actividad discrecional de la Administración que, desde 1956, es también controlable" (*Leyes Administrativas,*

ble, pues determina que el régimen de uno y otro varíe considerablemente: el primero, al ser actividad política, implica necesariamente un margen de opción dentro del marco fijado por el orden jurídico; mientras que el segundo constituye una labor de aplicación del ordenamiento jurídico, por lo que la capacidad de opción se encuentra más limitada, sin perjuicio de la posibilidad de que exista un margen de discrecionalidad administrativa.[51]

De lo anterior se deriva, a su vez, la distinción entre un tipo de actividad que es susceptible de control jurídico, y otro tipo que, en cuanto supone la adopción de decisiones políticas con base en criterios no jurídicos, sino de oportunidad, sólo puede generar responsabilidad política y no jurídica.[52] Con dicho fundamento se acuñó en el derecho positivo la regla de la no sujeción de los actos políticos al control judicial de la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta teoría de los actos políticos, sin embargo, por comportar una limitación del control jurisdiccional de los poderes públicos, fue objeto de severas críticas por parte de la doctrina, que demandaba su desaparición.[53] A su vez, también hay quien ha atacado esta última perspectiva, considerando que tan radical crítica es fruto del equí-

---

10ª ed., Aranzadi, 2004, p. 1213). En el mismo sentido, García Fernández, *op. cit.,* p. 43.

51 Señala A. Serra Rojas al respecto que la "función política implica una libre iniciativa para actuar dentro del orden jurídico, en tanto que la función administrativa establece su relación directa y necesaria con la ley de la cual deriva su actuación el funcionario. No es lo mismo considerar un problema políticamente en su conjunto, en su unidad, en una acción general, que un problema administrativo que permite su concertación o particularización. El funcionario actúa políticamente en uso de una facultad discrecional encaminada al aseguramiento del interés general. La acción administrativa se encamina a la atención de los servicios públicos o satisfacción de las necesidades públicas" (*op. cit.,* p. 64).

52 Ruiz Risueño, F., *El proceso contencioso administrativo,* 3ª. ed., Madrid, Colex, 1999, pp. 127-137.

53 En tal sentido García de Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que la "doctrina del acto político [...] es hoy inútil; en su acepción histórica genuina está hoy superada y aun contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de los actos de relaciones internacionales o de relaciones con las Cortes, la doctrina resulta innecesaria. El artículo 2.b LJ debe, pues, considerarse derogado a partir de la entrada en vigor del nuevo texto constitucional y ser eliminado, en consecuencia, de la LJ en la próxima revisión de la misma, a fin

voco tratamiento del tema por parte de los administrativistas, que ven en el acto político el último reducto por eliminar en su vieja lucha contra la discrecionalidad; sin darse cuenta —siempre según la opinión de esta parte de la doctrina— de que los actos políticos no son actos discrecionales, sino actos dictados dentro del indiscutible margen de elección política del que están dotados los miembros del gobierno. Dichos actos —añaden— no estarían al margen de todo control, pues las Cortes Generales pueden exigir responsabilidad política por los mismos y, además, en ocasiones están sujetos a control judicial en sede constitucional.[54]

En Nicaragua la doctrina de los actos políticos carece de tradición. En opinión de Flavio Escorcia, no se puede considerar que la idea

de evitar equívocos que, según demuestra la historia, pueden resultar gravemente dañosos" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 569).

54 En tal sentido García Fernández, quien señala que la larga polémica que ha suscitado esta materia "se origina por haberse enfocado el tema de los actos políticos desde una perspectiva inadecuada o, al menos, insuficiente. En España esta perspectiva ha sido la del derecho administrativo y no la del derecho constitucional y por ello se han utilizado conceptos, enfoques y hasta terminología conectadas a la experiencia procesal-administrativa *ex* artículo 2.b de la Ley Jurisdiccional de 1956. Los administrativistas, que se enfrentaban a la dicotomía actos reglados/actos discrecionales sobre la que se levantaba el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en la Ley Santamaría de Paredes (y sucesivas reformas hasta 1956) encontraron que, por fin, los actos discrecionales eran enjuiciables salvo un último reducto que eran los actos políticos del gobierno conforme a dicho artículo 2.b. Por consiguiente, a pesar de que la categoría de acto político fue poco a poco redimensionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para acomodarse a los principios de la Constitución de 1978, se mantuvo tanto la desconfianza hacia el acto político como la búsqueda de técnicas para reducir la discrecionalidad. [...] Por eso, repito, la polémica sobre los actos políticos está viciada porque todos los administrativistas han visto en el gobierno el órgano que dirige la Administración, Administración que produce actos reglados o actos discrecionales pero siempre 'actos administrativos' sometidos a derecho administrativo". Sin embargo, el acto político "no es un acto administrativo discrecional, y a veces con presunción de haber excedido el principio de legalidad de la Administración, ni está sometido al derecho administrativo. Es un acto de un órgano constitucional que no se limita a ejecutar la ley sino que actúa con respetabilísimos criterios políticos, eligiendo entre las diversas opciones materiales que se le presentan y procurando además ser fiel al programa de gobierno cuyo presidente desplegó ante el Congreso de los Diputados para obtener la investidura de esta Cámara" (García Fernández, *op. cit.,* pp. 42-43).

de acto político opere como una categoría autónoma, sino que, desde los fundamentos del ordenamiento jurídico nicaragüense, todos los actos que dicte una autoridad o funcionario público son enjuiciables por los tribunales, con independencia del tipo de acto de que se trate. A lo que añade que una solución diferente pugnaría con la idea de Estado Social de Derecho.[55] De este modo, aunque se reconoce la existencia de una doble naturaleza, política y administrativa, en la actuación del gobierno, se considera que en los supuestos en que se pone en marcha esa función política el acto resultante es sustancialmente administrativo.

Así se puede deducir claramente de las palabras de Flavio Escorcia, que, tras enumerar toda una serie de supuestos en los que el gobierno actúa como órgano político, señala que, en estos "casos, el Ejecutivo o el Legislativo obran como órgano político, pues sólo en ese carácter puede intervenir en el funcionamiento y en la integración de los poderes públicos. Sin embargo, los actos que así ejecuta son sustancialmente administrativos y lo que les da un sello especial es el elemento formal de emanar de un órgano político".[56]

No obstante, la doctrina del acto político cuenta en la actualidad con un claro reconocimiento en el art. 17.1 LJ, según el cual, quedan

> excluidos del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo los aspectos siguientes:
>
> *1*. Aquellos actos susceptibles de Recurso de Inconstitucionalidad, los referentes a las relaciones internacionales y a la defensa del territorio y la soberanía nacional; sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren proce-

55 Concretamente señala Flavio Escorcia que en "Nicaragua la noción de acto político o de gobierno no se ha manejado como una categoría especial de actos que quedan excluidos del control jurisdiccional. La jurisdicción al ser un medio que tiende a mantener la supremacía de la Constitución Política, conoce del acto que dicte cualquier autoridad o funcionario público, pudiendo en consecuencia conocer de este tipo de acto. La misma idea de acto político exento del control judicial, pugna con la idea del Estado Social de Derecho que proclama nuestra Constitución en su art. 130. El imperio de la ley implica que quienes gobiernan, administran, juzgan o legislan se encuentran sometidos no solamente a la ley, sino también al derecho en general" (Flavio Escorcia, *Derecho Administrativo I,* Nicaragua, León, 2002, p. 71).

56 *Ibidem,* pp. 69-70.

> dentes, cuya determinación si corresponderá a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. [...]

Esta consagración del acto político se realiza, por tanto, en su sentido más tradicional, como una exclusión del control judicial de dichos actos. Así, con la ley nicaragüense en la mano, el juez, cuando se le plantee conocer de este tipo de actos, deberá declararse incompetente; sin perjuicio de su capacidad para conocer de la responsabilidad patrimonial que pueda haber generado ese acto.[57]

En nuestra opinión, esta configuración del acto político es criticable, a la vez que, ciertamente, anticuada. El primer aspecto que nos parece criticable es la concepción de Flavio Escorcia del acto político como un acto sustancialmente administrativo. Según este autor, el acto político cobra su sentido por el ente del que procede, no por su naturaleza. No podemos dejar de estar totalmente en desacuerdo.

Disentimos, en primer lugar, porque desde esta concepción tal acto se convertiría en una suerte de privilegio del gobierno, cuando, en realidad, si el acto político pervive no es debido a la autoridad de la que procede, sino a su funcionalidad. Es el fruto de la acción de gobierno que realiza el Ejecutivo para desarrollar su programa político. Es, por tanto, parte imprescindible de la acción que, quien obtiene la confianza del pueblo en el proceso electoral, desarrolla para llevar a efecto el programa que se comprometió a poner en marcha entre los ciudadanos. En tal ámbito, el gobierno no aplica el ordenamiento jurídico; no es un mero acto de aplicación de una normativa previamente establecida; sino una acción de decisión, de adopción de una línea de acción no predeterminada por el derecho, sino simplemente enmarcada por él. En otras palabras, el gobierno decide conforme a un criterio de oportunidad, y no jurídico, dentro del marco que proporciona el derecho.

De ahí la razón de ser del acto político, cuya no existencia abriría la puerta al gobierno de los jueces, que podrían sustituir en sus sentencias las decisiones legítimamente adoptadas por el órgano elegido por el pueblo para gobernar.

En segundo lugar, una consideración formal es inviable desde el mismo momento en que se reconoce la existencia de una doble naturaleza, política y administrativa, en la acción del gobierno. Sentada esa distinción, es claro que el criterio es funcional y no formal, pues, en

57 *Ibidem,* p. 71.

caso contrario, se extendería a toda la acción del gobierno, tanto la política como la administrativa.

Inadecuado nos parece también el sistema de lista para determinar los supuestos que se engloban bajo la rúbrica de actos políticos. En nuestra opinión, con esta solución se gana en realidad poca seguridad jurídica. Si se observan los supuestos recogidos en la legislación nicaragüense se puede inferir el porqué: se habla de las relaciones internacionales, la defensa del territorio y la soberanía. Son conceptos tan amplios que se requiere una clara determinación posterior. Como con clarividencia señala Flavio Escorcia, deberán ser la doctrina y la jurisprudencia quienes tengan que precisar esos criterios.[58]

Como puede verse, poco se gana con una determinación de tan escasa claridad, pues habrá que precisar en cada caso concreto si se está ante un acto político o no. Además, genera dos serios inconvenientes. En primer lugar, puede dejar fuera supuestos que deberían ir incluidos dentro del concepto de acto político. En segundo lugar, puede facilitar la exclusión de control judicial de actos de naturaleza claramente administrativa que, por vincularse con alguna de las materias excluidas, acabe beneficiándose de una excepción que debe aplicarse de forma estrictamente restrictiva.

La pregunta es, entonces, cuál es el elemento que permite delimitar el acto político. Ciertamente, la identificación de dicho criterio no es sencilla. En un primer momento se barajó la utilización de un criterio teleológico para definir el acto político, de tal forma que se consideraba como tal aquel que se dictaba en atención a un móvil de carácter político. Dicha posición fue pronto descartada,[59] por lo que tuvo que abandonarse el uso de ese factor para caracterizar la idea de acto político y atender exclusivamente a la naturaleza de dicho acto.[60] A partir de aquí, sin embargo, es díficil precisar qué actos merecen el calificativo de políticos, pues existe sobre la materia una casuística abundante, compleja y, a veces, contradictoria.

58 *Idem*.

59 Véase al respecto, Tamer, S. V., *Atos políticos e direitos sociais nas democracias*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 38.

60 En tal sentido A. Embid Irujo, que considera que debe "partirse de un principio. El examen de la naturaleza del acto enjuiciado despreciándose, por tanto, cualquier consideración en torno al móvil con que había sido producido" ("La justiciabilidad...", *op. cit.*, p. 62).

En la actualidad, afirmado, como analizaremos, el control judicial de todos los actos emanados del gobierno, independientemente de su naturaleza, lo relevante no es identificar un conjunto de actos que se califican como políticos, para excluirlos, por ello, del control judicial. Lo verdaderamente importante es descubrir cuándo el ordenamiento jurídico ha querido que una determinada decisión se tome con base en criterios de oportunidad política y no con base en criterios jurídicos. En la medida en que se dé esa situación podremos hablar, en el sentido actual del término, de acto político. Como puede verse, esto hace imposible una identificación apriorística de dicho concepto, por lo que habrá que decidir tal calificación desde el examen de cada caso concreto.[61] En realidad, un mismo acto puede ser político o no dependiendo de la configuración que le dé el ordenamiento jurídico.

El mayor error de la regulación del acto político está, a nuestro juicio, en seguir el viejo sistema de exención total del control judicial. La existencia de un acto político no debe implicar que éste quede al margen del control de los tribunales, sino tan sólo la exclusión parcial de ese control estrictamente en su núcleo político.

Esto permite verificar el cumplimiento de las sujeciones con las que el ordenamiento jurídico vincula el poder de decisión política del gobierno. Así, si el derecho ordena al gobierno que para tomar su decisión deba motivarla, seguir un procedimiento determinado, etc. (lo que se suele conocer como *actos reglados*), o si afecta a derechos fundamentales, los tribunales podrán fiscalizar dichos actos, sin que, por ello, se cuestione el núcleo de decisión que corresponde al gobierno.

Más precisamente, parece poco discutible que el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad demandan que todo acto político sea susceptible de control en tres aspectos: las indemniza-

61 Ésta es la opinión de Embid Irujo, que señala que no "pueden alcanzarse soluciones válidas con criterios apriorísticos positivos o negativos en relación al control de estos actos". A lo que añade que "no es feliz un precepto [...] que intenta una enumeración ejemplificativa de los mismos" ("La justiciabilidad...", *op. cit.,* p. 62). De la misma opinión es Uriarte Torrealday, que destaca "la enorme dificultad que plantea no ya el establecimiento de un listado cerrado de los actos susceptibles de tal consideración, sino incluso la elaboración de un principio general en base al cual dicha catalogación pueda resultar inequívoca caso por caso" ("La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos de gobierno no controlables judicialmente", en *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 30, 1991, p. 213).

ciones a que den lugar, sus elementos reglados y la posible afectación a derechos fundamentales. Por ello, la jurisprudencia debe, en nuestra opinión, imponer la superior fuerza de estos principios constitucionales básicos, frente a la letra de la deficiente regulación contenida en la LJ, y fiscalizar los actos políticos desde estos tres criterios de referencia.

Podemos decir, por tanto, que no rige la doctrina del acto político como figura totalmente al margen de control judicial, que exija que los tribunales de lo contencioso se declaren incompetentes para su conocimiento. Hoy, en principio, todo acto del gobierno, político o administrativo, queda bajo el control de la jurisdicción contenciosa, aunque con un alcance más limitado en el caso de los actos políticos.

Hoy en día es incuestionable que no hay actividad del gobierno, política o administrativa, que quede íntegramente exenta de control judicial. Hay, ciertamente, alguna doctrina que considera que continuarán existiendo actos políticos que no serán susceptibles de control judicial en su totalidad, en cuanto no afecten a derechos fundamentales ni contengan elementos reglados.[62] Sin embargo, nos parece improbable esa posibilidad, pues en todo acto siempre hay algún elemento reglado, aunque sea una nimia cuestión de procedimiento.

Ahora bien, conviene aclarar que esta nueva regulación en realidad no produce más efecto que el de abrir mayores posibilidades al control judicial de dichos actos, que serán susceptibles de fiscalización en tres aspectos: protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes. Por ello, en nuestra opinión, debe seguirse hablando de teoría de los actos políticos, aunque no, obviamente, con el sentido primigenio que tenía dicha figura. Lo cierto es

62 En tal sentido F. Pera Verdaguer, que considera que "quiérase o no, en la actuación de los órganos de gobierno, estatales o autonómicos, no dejarán de aflorar supuestos en los que los órganos jurisdiccionales deban carecer de competencia, a veces de un modo total, y en ocasiones parcialmente" (*op. cit.,* p. 53). En esta línea parece mantenerse también Parada Vázquez, que distingue dos grandes supuestos. Por un lado, actos políticos puros que, en cuanto no afectan a derechos fundamentales ni deben adecuarse a elementos reglados, no serán susceptibles de control judicial; por otro, actos cuasi-políticos, que serían aquellos que, en cuanto están limitados por alguna de las circunstancias anteriores, serán en dicha medida susceptibles de control judicial (*Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 99).

que el acto político sigue siendo una figura distinta del acto administrativo, sujeto a un régimen diferente que este último.

Así, el acto administrativo es susceptible de control judicial pleno, sin perjuicio de la posible existencia de un margen de discrecionalidad administrativa, mientras que el acto político sólo lo será en los tres aspectos previamente citados. Esta solución, en último término, no hace más que reconocer que en los actos políticos sigue habiendo ámbitos que, en cuanto expresión de una voluntad política y no de una aplicación jurídica del derecho, no son susceptibles de control judicial.[63] No obstante, debe considerarse, en todo caso, que

63 Señala E. García-Trevijano Garnica que este régimen "no significa que vaya a producirse una confusión de Poderes. La circunstancia de que pueda impugnarse cualquier decisión gubernamental no significa que los órganos jurisdiccionales puedan suplantar al gobierno (o a los Consejos de Gobierno de la Comunidades Autónomas) en las funciones que constitucional o estatutariamente le vienen encomendadas". De tal forma que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede entrar "en aspectos estrictamente políticos, que como tales no le corresponderá modificar o dejarlos sin efectos" ("Ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa", en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario sistemático,* B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1999, p. 110).También en esta línea A. Boix Palop, que señala que el "reconocimiento en el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de la justiciabilidad de cualquier acto, al menos en lo referido a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, no deja de ser una necesaria concreción de las exigencias insitas en cualquier Estado de Derecho. Pero no permite avanzar demasiado en la cuestión esencial, que no es sino la determinación de cuál deba ser, en última instancia, el órgano encargado de decidir toda una serie de cuestiones. Porque es claro que en todo caso el gobierno, se reconozca la naturaleza de acto político a algunas de sus actuaciones, con la consiguiente inmunidad jurisdiccional, o se considere por el contrario que cualquier actuación suya debe ser sometida a un análisis de legalidad, ha de ejercer funciones y adoptar decisiones cuyas causas últimas deben buscarse en motivos de oportunidad en los que de ninguna forma los órganos jurisdiccionales deberían sustituirle". De tal forma que, la "categoría subsiste, pero se transforma de forma importante la consecuencia jurídica que lleva aparejada la identificación de un acto político: ésta deja de ser la necesaria declaración de incompetencia del órgano jurisdiccional para enjuiciar su adecuación a derecho y pasa a ser la limitación de sus posibilidades en cuanto al análisis del contenido material del acto, que sí ha de ser realizado, pero de forma extraordi-

esa posibilidad de exención de control judicial de los actos políticos debe sujetarse a interpretación restrictiva.[64]

De los tres elementos susceptibles de control judicial, hay uno, determinación de las indemnizaciones que procedan, que no plantea mayores problemas. Supone, simplemente, que la responsabilidad patrimonial de la Administración no cuenta con inmunidad alguna por haber sido generada por un acto político.[65]

Para analizar el segundo elemento, la protección de los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta la exigencia de dar tutela judicial efectiva a los ciudadanos. A partir de aquí debe partirse de la distinción entre dos tipos de actos políticos. Por un lado, aquellos que afectan a derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos, que deberán ser objeto, obviamente, de control judicial, a fin de dar satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, los actos que no afectan a derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que tienen un carácter más abstracto y difuso, de tal forma que afectan a los derechos de los ciudadanos tan sólo de modo muy indirecto y que, por ello, no tienen que ser necesariamente objeto de control judicial por este aspecto,[66] sin perjuicio de lo que se

---

nariamente cauta y respetuosa con un ámbito último de decisión que, indudablemente, corresponde al gobierno" ("Muerte y resurrección del acto de gobierno (A propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés)", en *Revista de Administración Pública,* núm. 157, enero-abril de 2002, pp. 505-506).

64 Como señala J. González Pérez, "a fin de evitar la inmunidad por estas actividades, haya que forzar una interpretación extensiva. Y, por supuesto, reducir al mínimo el núcleo de actos del gobierno que, por no estar sujetos a derecho administrativo, quedan fuera del ámbito de este orden jurisdiccional" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa I,* 3ª. ed., Civitas, 1988, p. 156).

65 Pera Verdaguer, *op. cit.,* p. 53.

66 En tal sentido, señala F. Garrido Falla que es "el punto de vista del titular de derechos subjetivos o intereses legítimos violados por la actividad del Poder Ejecutivo el único que debe prevalecer a los efectos de la admisibilidad o no del recurso contencioso-administrativo: siempre que la actuación del Poder Ejecutivo (incluido el gobierno que, claro está, constituye su cúpula) viole derechos o intereses legítimos, la garantía de la tutela judicial efectiva de los tribunales (es decir, del contencioso-administrativo) resulta ser una exigencia constitucional. Y en definitiva, esto es lo que ocurre con los actos de relación entre los Altos Organismos Constitucionales; así, cuando se envía un proyecto de

dirá luego respecto a la posibilidad de concurrencia en los mismos de aspectos reglados.

Nosotros nos hemos referido no a derechos o intereses legítimos, sino que hemos hablado exclusivamente de la vulneración de un derecho fundamental,[67] pero esta solución es extensible, en opinión de alguna doctrina, a todos los derechos que cuentan con protección constitucional, sean o no fundamentales.[68] Existe una parte de la doctrina que solicita que se incremente ese control también a los derechos subjetivos que no tengan el carácter de fundamentales, pues en caso contrario se incurriría en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.[69]

ley a las Cortes, se disuelven las Cámaras o se convocan elecciones. El 'interés difuso' que los ciudadanos puedan tener en que esto se haga o no se haga, no tiene la consecuencia jurídica, del derecho subjetivo ni del interés legítimo, ni a los efectos de su protección directa por los tribunales ni siquiera en cuanto legitimación bastante para poner en acción a la justicia" ("Ámbito de la Jurisdicción...", *op. cit.,* p. 118).

67 Como señala R. Fernández Valverde, "la alegación, como causa de impugnación frente a un acto procedente del gobierno de la Nación o de los gobiernos autonómicos, de la vulneración de un derecho fundamental implica —a estos efectos— la superación legal de la tradicional distinción entre actos administrativos y actos políticos, posibilitándose, en todo caso, la alegación de esta causa" ("Objeto del proceso. Actos impugnables", en *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, CGPJ, 1999, pp. 168-169).

68 En tal sentido, Pera Verdaguer, que considera que "esa protección alcanza no sólo a los derechos fundamentales, sino a cualesquiera otros nacidos del ordenamiento constitucional. [...] En definitiva, que no puede quedar afectado derecho alguno de los que, según la Constitución, gozan de protección, sea vía del recurso de amparo, sea vía de las pretensiones de inconstitucionalidad" (*op. cit.,* p. 53).

69 En tal sentido J. J. Lavilla Rubira, quien considera "de conformidad con lo prevenido por el art. 24.1 de la Constitución, que el control de estos actos habrá de extenderse a todo aquello que sea necesario para la protección jurisdiccional no sólo de los derechos fundamentales, sino de cualesquiera derechos subjetivos e intereses legítimos, pues en caso contrario éstos quedarían excluidos de toda tutela judicial (imposible de realizar el amparo, por no estar afectado ningún derecho fundamental), y sin que parezca por otra parte viable la tesis según la cual su tutela debería realizarse por el orden jurisdiccional civil en cuanto beneficiado por la cláusula residual de competencia: art. 9 de la LOPJ, resultado éste flagrantemente inconstitucional" ("Las directrices fundamentales de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en

Para dar respuesta a esta crítica hay que distinguir dos cuestiones que suele confundirse. Por un lado, la virtualidad de esta estipulación para justificar el control judicial de determinados supuestos, impidiendo la declaración de inadmisibilidad de los mismos por los tribunales. La invocación de la existencia de un derecho fundamental, o en un sentido más amplio de un derecho subjetivo o interés legítimo, podía tener su lógica en un contexto en que era posible rechazar plenamente el control judicial de determinados actos, por considerarlos como políticos. Pero no parece que tenga mucho sentido en un sistema en que todo acto, incluso los políticos, merecen ese control. Por lo anterior, en nuestra opinión, no tienen razón los que critican que no se haga referencia a los derechos subjetivos e intereses legítimos, en vez de a los derechos fundamentales, pues con ello no se quiere afirmar el control judicial sólo de los actos en los que estén implicados derechos fundamentales, en cuanto, con carácter general, todos los actos políticos o no, y estén implicados derechos subjetivos e intereses legítimos o no, están sujetos a fiscalización judicial.

Afirmada esa sujeción general de todos los actos emanados de los órganos de gobierno al control judicial, lo decisivo no es ya buscar razones para justificar este control, sino buscar elementos objetivos mediante los cuales llevarlo a cabo. Es en ese sentido que se inserta la referencia a los derechos fundamentales, así como la que se refiere a los elementos reglados. Esta mención indica, ni más ni menos, que los derechos fundamentales, puesto que han de regir la actuación de todos los poderes públicos, incluido el gobierno, constituyen una vinculación jurídica que los órganos de gobierno deben respetar en el ejercicio del margen de decisión política que les atribuye el ordenamiento. De esta forma, los tribunales están capacitados para fiscalizar la no vulneración de esos derechos por parte de dichos órganos al adoptar decisiones políticas.[70]

Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentario sistemático, B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1999, pp. 14-15). La misma opinión tiene González Pérez, que señala que parece "innecesaria esta referencia a los derechos fundamentales, ya que podría dar lugar a una interpretación de la norma sumamente restringida. El orden contencioso-administrativo tiene jurisdicción para conocer de cualquier pretensión deducida en relación con un acto de los llamados de gobierno, siempre que exista legitimación derivada de la titularidad de una relación jurídica subjetiva o de un interés legítimo" (*Comentarios a la Ley de la jurisdicción..., op. cit.,* p. 165).

70 Véase la misma opinión en Bacigalupo, M. *La discrecionalidad administrativa,* Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 53-54.

Por último, respecto del control de los actos reglados, algunos autores consideran que con ello se hace referencia a la posible existencia de aspectos administrativos en la actuación política de los órganos de gobierno, que, en cuanto tales, vendrían a constituir una suerte de actos separables, susceptibles de pleno control judicial por la jurisdicción contenciosa.[71] En nuestra opinión, hay que acudir aquí a la vieja distinción entre lo reglado y lo discrecional,[72] pues la peculiaridad del acto político se debe a la existencia en él de un margen

71 En tal sentido García-Trevijano Garnica, quien considera que si "en una actuación privada de la Administración existen aspectos administrativos (actos separables), que como tales son fiscalizables por la jurisdicción contencioso-administrativa, algo similar ocurre —*servata distantita*— en relación con la actuación política del gobierno, toda vez que, a pesar de ser tal, no excluye la existencia de determinados aspectos administrativos, como tales plenamente fiscalizables, sin que el órgano jurisdiccional, al realizar su control, invada ámbitos que corresponden al Poder Ejecutivo.

"A mi juicio, cuando el art. 2.a se refiere a los elementos reglados, está aludiendo a estos aspectos administrativos insertos dentro de una actuación globalmente considerada como política o de gobierno, aspectos administrativos que como tales serán, como digo, fiscalizables por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo" (*Ámbito de la jurisdicción..., op. cit.,* p. 112).

72 En tal sentido Pera Verdaguer, que considera que, cuando "la Ley, en su artículo segundo, posibilita la impugnación de 'los elementos reglados' de los actos de cualquier naturaleza, respecto de los del gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, viene a resucitar la antigua distinción entre lo reglado y lo discrecional" (*op. cit.,* p. 53). También en la misma línea, enjuiciando la jurisprudencia sobre la materia previa a la promulgación de la LJ, Palomar Olmeda, A., "El acceso a los cargos y funciones públicas. La fiscalización jurisdiccional del nombramiento del Fiscal General del Estado: la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994", en *Derechos y Libertades,* núm. 4, 1995, p. 434. También González Salinas, quien considera que "es incuestionable que pueden existir actos del gobierno [...] pueden tener un contenido político en el que el ordenamiento jurídico le deja un margen de discrecionalidad de actuación. En estos supuestos, no es que el acto esté exento de control jurisdiccional, sino que, al no venir vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el derecho". Más adelante se refiere a "la naturaleza 'híbrida' del acto que dicta el gobierno (de un lado, tiene un contenido político, de otro unos elementos reglados, siquiera necesarios para llegar a la formación de aquella voluntad política del Ejecutivo)" ("Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del gobierno", en *Revista Es-*

de necesaria discrecionalidad. Se trata de discrecionalidad política, que no administrativa, pero discrecionalidad al fin y al cabo, que, como es sabido, viene siempre acompañada de elementos reglados.[73]

Ahora bien, el problema es hasta dónde debe llegar ese control de los elementos reglados, pues esto no permitirá aplicar todas las reglas de control de la discrecionalidad administrativa a los actos políticos. Una posición en este sentido conduciría a una indeseable judicialización de la política. Consideramos que en este punto debe aceptarse el certero juicio de López Menudo, que apunta que esa judicialización de lo político "sería susceptible de producirse si en el futuro, visto el camino emprendido, continuase apurando todas las técnicas alumbradas para el control de los actos discrecionales. Llevado de la misma lógica, no habría razón para negar que, en último extremo, pudiera dictarse sentencias anulatorias basadas en presuntas desviaciones de poder, en principios generales y, aún más, sentencias 'sustitutorias' [...] lo cual chocaría a todas luces con el sistema".[74]

No compartimos, sin embargo, el juicio de este autor cuando entiende que ese control no debe extenderse a cuestiones que tienen un aspecto puramente adjetivo, como el procedimiento de elaboración.[75] En nuestra opinión, es exigible al gobierno que cumpla estrictamente la legalidad, siempre que esto no vulnere la capacidad de decidir que es propia de su función. No consideramos que esa capacidad se vea constreñida porque se le exija cumplir los requisitos formales que le impone el ordenamiento jurídico. Esto no deja, por

---

pañola de Derecho Administrativo, núm. 79, julio-septiembre de 1993, pp. 493 y 505).

73 Como señala Bacigalupo, "al igual que cualquier otro tipo de discrecionalidad, la *discrecionalidad política* —que el ordenamiento jurídico puede atribuir (y, de hecho, atribuye) a los órganos de gobierno de las administraciones territoriales en el ejercicio de su función de dirección política [...]— modula (y mucho) la intensidad de su control judicial, pero no la excluye *per se*" (*La nueva tutela cautelar en el contencioso - administrativo...* p. 57).

74 López Menudo, *op. cit.,* p. 48.

75 Señala López Menudo que "la admisión del control de aquellos elementos reglados que teniendo una referencia inequívoca en el propio ordenamiento, se encuentran además íntimamente relacionados con el legítimo ejercicio del acto político que se dicta, y no de aquellos otros elementos que aunque reglados y técnicamente separables, no dejan de tener un puro carácter objetivo y meramente instrumental (así, el procedimiento para su elaboración)" (*op. cit.,* p. 48).

otra parte, de ser una cortesía mínima que el titular del poder político debe a los ciudadanos.

En nuestra opinión, sin embargo, debe excluirse, de control judicial el fin de la actuación, pues al tratarse de decisiones que se toman con base en un criterio de oportunidad política, lo que incluye decidir acerca de los fines, no cabe cuestionar esa decisión por no adecuarse a un fin concreto y determinado como se exige para las decisiones administrativas. Consideramos que en las actuaciones políticas no se adhiere una decisión a una finalidad determinada, sino que se deja un amplio arbitrio, que permite resolver con base en una pluralidad de finalidades diferentes, por más que éstas puedan ser reducidas a un servicio genérico al interés público o al interés general en sentido amplio. Todas ellas son finalidades legítimas, que el juez no puede cuestionar sin inmiscuirse en la función de gobierno, de lo que se deduce que no será posible el control de estos actos mediante la técnica de la desviación de poder.[76]

Desde esta perspectiva que tiende a incrementar las posibilidades de control judicial de los actos políticos se corre el riesgo de una extralimitación por parte de los jueces, que los llevaría a inmiscuirse en el terreno de la política, y se caería así en el temido gobierno de los jueces, que rompería el equilibrio establecido por el principio de división de poderes. Dicho riesgo es, sin embargo, un mal tolerable e inevitable, a cambio de la existencia de control pleno sobre la actividad de los poderes públicos.[77]

76 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción..., op. cit.,* p. 166, nota 22.

77 Señala García-Trevijano Garnica que el "sistema así configurado coloca en manos de los jueces y tribunales un formidable poder, si bien es quizá preferible el riesgo de que el órgano jurisdiccional se extralimite en algún caso respecto de lo que constituyen sus funciones propias [...] que negar *a priori* el acceso a la jurisdicción de una determinada categoría de actos por razón de la materia" (*Ámbito de la jurisdicción..., op. cit.,* p. 110). En el mismo sentido Boix Palop, que señala que la "eliminación de esferas inmunes al juicio contencioso abre la puerta a un potencial activismo judicial mal entendido que podría acabar inmiscuyéndose en el contenido material y en las consideraciones de oportunidad ajenas a su competencia referentes a aquellas decisiones gubernamentales recaídas en empleo de atribuciones en las que exista un margen de discrecionalidad evidente reconocido a lo *gubernamental*. Sin embargo, no parece conveniente ni proporcionado el establecimiento contra tal peligro de unas medidas de protección que restrinjan injustificadamente la posibilidad de controlar la adecuación del ordenamiento ju-

3. Elementos del acto administrativo

Se entiende por elementos o requisitos del acto administrativo un conjunto de requerimientos que deben concurrir para que éste sea válido y produzca sus efectos normales.[78]

3.1. Elementos subjetivos

El primer grupo de requisitos que deben concurrir en el acto administrativo se refiere al sujeto que los dicta. Se trata de la necesidad de que el acto provenga de quien tiene la capacidad y cumple los requisitos necesarios para poder dictarlo. Tratándose de la Administración pública que, como se sabe, no es más que una ficción, una persona jurídica sin sustancia real, que opera, por tanto, no por sí misma, lo que es materialmente imposible, sino a través de las personas físicas que la componen (autoridades y empleados públicos), debe distinguirse entre los requisitos subjetivos que deben concurrir en el sujeto en cuanto órgano y los que recaen sobre la persona titular del órgano.[79]

rídico de una parte de la producción jurídica de los poderes públicos" (*op. cit.,* pp. 506-507).

78 González Pérez, *Comentarios a la ley de la Jurisdicción..., op.cit.,* p. 1455; Delgadillo, *op. cit.,* p. 229. Señala Serra Rojas que en "todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por la ley, de los cuales depende su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares" (*op. cit.,* p. 247). En el mismo sentido, señala Santofimio Gamboa que para "que el acto administrativo exista jurídicamente y se le tenga por válido, deben concurrir una serie de elementos esenciales, que en su conjunto constituyen sus piezas impulsoras. Cualquier falla o mal funcionamiento de esta estructura, provoca la materialización de vicios descalificadores del acto, en la medida que pueden afectar a su validez. Por esto, podemos afirmar que en el ámbito de los elementos esenciales, se configuran las enfermedades del acto, de ahí que su conocimiento posibilite un pronto diagnóstico del padecimiento de la manifestación administrativa" (*Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez,* 2ª. ed., p. 69).

79 Como apunta Serra Rojas, se "debe distinguir el *órgano* de su *titular*. El primero [...] es una creación legal, una esfera abstracta de competencia, que se mantiene en vigor hasta que una nueva disposición del mismo carácter cambia los supuestos de la competencia. [...] El titular es una persona física —es decir, un ser humano—, su voluntad es la que pone

Los requisitos relativos al titular del órgano constituyen un conjunto de condicionantes que operan sobre la persona física que ocupa la titularidad del órgano al que corresponde dictar el acto. El primero de esos requisitos es la regularidad de la investidura, esto es, que el nombramiento del funcionario o autoridad titular del órgano sea valido. Esto excluye de la legitimidad para dictar el acto tanto a la persona que carece totalmente de ese nombramiento y que actúa, por tanto, como un impostor, como a los supuestos en los que el nombramiento ha cesado ya, o aún no se había recibido.[80]

En segundo lugar, es preciso que el titular del órgano se encuentre en situación de imparcialidad respecto al asunto que trata de resolver. Ésta no se dará cuando concurra alguna causa que la comprometa, haciendo que el titular tome partido a favor de alguna determinada posición por motivos propios.[81]

El incumplimiento de esta condición, sin embargo, no siempre tiene transcendencia anulatoria, pues se suele considerar que, sin negar la responsabilidad en que pueda incurrir el empleado o autoridad pública, la intervención de una persona en la que no concurren los requisitos de imparcialidad exigidos por el ordenamiento jurídico no invalida por sí misma el acto, sino que es preciso para que ese efecto se produzca que dicha circunstancia afecte a la legalidad objetiva del acto.[82] En todo caso, hay que tener presente la efectiva ca-

en movimiento el orden jurídico y realiza los fines que una comunidad se ha propuesto" (*op. cit.,* p. 364).

80 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 125-126; González Pérez, *Comentarios..., op. cit.,* pp. 1459-1460.

81 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 126; Martín Rebollo, "Disposiciones administrativas y actos administrativos", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, Tecnos, 1993, p. 162.

82 Indican García de Enterría y Fernández Rodríguez que la intervención de persona obligada a abstenerse "no determina por sí sola la invalidez de las actuaciones consiguientes, a menos que se demuestre la influencia que esa intervención haya podido tener en la decisión final, adoptada y, por supuesto, la ilicitud objetiva de esa decisión [...] En otras palabras, la intervención en el procedimiento de personas obligadas por la ley a la abstención puede ser un indicio de desviación de poder, pero sólo en el caso de que se haya producido ésta realmente, apartando la decisión final del objetivo marcado por la ley, habrá lugar a declarar su nulidad que, por lo tanto, no será el resultado de la intervención del

pacidad de influencia del sujeto que debió abstenerse, pues si la intervención de éste carecía de entidad suficiente como para influir en el contenido del acto, nunca podrá tener virtualidad invalidatoria.[83]

Por último, será preciso que en la autoridad o funcionario se cumplan los requisitos generales para poder actuar jurídicamente, esto es, que esté dotado de capacidad de obrar y que no concurran en él vicios del consentimiento, bien sean error, dolo o violencia.[84] Aunque no hay una absoluta uniformidad en la solución, debe tenerse en cuenta que la concurrencia de esta falta de capacidad o vicios de la voluntad se valora de forma diferente en el derecho administrativo que en el derecho civil. Así, como punto de partida debe admitirse, como señala un sector de la doctrina, que no afectarán a la validez del acto si éste es conforme con el ordenamiento jurídico.[85]

Sin embargo, debemos matizar esta solución y aceptar la posición de quienes la admiten como regla general, pero la excluyen para aquellos supuestos en los que se ejercitan potestades discrecionales.[86] A

funcionario incompatible, sino la consecuencia de la ilegalidad objetiva que dicha intervención ha propiciado" (*Curso de derecho administrativo II*, 8ª. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 475).

83 Señala Morell Ocaña la necesidad de valorar la influencia de la no abstención de "un análisis destinado a ponderar la capacidad de influencia del afectado por la causa de exclusión si su presencia no era determinante —por ejemplo, un voto en acuerdo adoptado por el órgano colegiado— la decisión podría mantenerse" (*Curso de derecho administrativo II*, *op. cit.*, p. 221).

84 Delgadillo, *Elementos..., op. cit.*, p. 230.

85 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.*, p. 127.

86 En tal sentido Bocanegra Sierra, que señala que "debe insistirse en que la voluntad de la Administración no es una voluntad psicológica, sino normativa, en nada distinta de la establecida por la ley, lo que sitúa el problema muy lejos de lo que sucede en el derecho privado o en la teoría general del derecho. Por ello, porque la voluntad administrativa es una voluntad normativa, los vicios de la voluntad de la persona física titular del órgano que hace actuar a la Administración carecen, en principio, de especial trascendencia respecto a la validez de los actos administrativos, no provocando, siempre y necesariamente, su ilegalidad. No obstante, en aquellos casos en los que puede caber una elección entre diversas opciones, todas ellas igualmente válidas (supuestos, por tanto, de ejercicio de potestades discrecionales), la existencia de vicios en la formación de la voluntad del titular del órgano autor del acto administrativo podría ser determinante a la hora de decidir sobre su validez,

este supuesto de excepción se debe añadir también el vicio consistente en la violencia, como de forma certera, en nuestra opinión, postula otro sector de la doctrina. Tanto en el primer caso, por no existir parámetros que permitan concluir acerca de lo acertado de la decisión; como en el segundo, por constituir una infracción penal determinante, como veremos, de la nulidad de pleno derecho; el acto debe ser invalidado en todo caso por la concurrencia de estos vicios.[87]

No obstante, existen dos supuestos en los que se debe admitir la validez del acto conforme al ordenamiento jurídico, aunque se trate de ejercicio de potestades discrecionales. En primer lugar, cuando la capacidad de influencia del sujeto en que concurre el vicio de voluntad fuese insuficiente para determinar el contenido del acto, y no haya tenido, en consecuencia incidencia en el mismo. En segundo lugar, cuando se trate de supuestos en los que, aun existiendo discrecionalidad, se ha podido reducir ésta a una única solución debido a las circunstancias concurrentes en el caso, que hacían inviable

porque, si bien es verdad que, por ejemplo, la existencia de cohecho no invalida por sí misma la licencia reglada concedida de acuerdo con el ordenamiento jurídico (aunque sea perseguible penalmente), también es cierto que esa situación (la existencia de cohecho) provocaría, sin duda, la inmediata invalidez de una concesión discrecional, si hubiera habido de hecho, distintas alternativas para su otorgamiento" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 76).

87 En tal sentido Santamaría Pastor, que señala que la "posición más clásica y ortodoxa negaba toda incidencia a estos vicios de la voluntad, en base a la tesis de la voluntad normativa de la Administración, lo único que cuenta, se decía, es que las actuaciones de la Administración se ajusten o no a la legalidad, aunque ello suceda por error o coacción, lo que importa es el resultado. Esta posición, no obstante, debe ser matizada en un doble sentido: primero, distinguiendo dentro de la actuación administrativa los aspectos reglados de los discrecionales: si, en los primeros, la tesis de la voluntad normativa de la Administración puede ser aplicable, no cabe decir lo mismo de las decisiones discrecionales, en las que no existe parámetro normativo para medir su acierto, y en donde los vicios de la voluntad deben desplegar su efecto invalidante; y segundo, que igual consecuencia ha de predicarse del vicio de la coacción, el cual debe poseer en todo caso eficacia invalidatoria por imperativo legal; siendo la coacción un delito, la incidencia del mismo vicio de nulidad de pleno derecho, en todo caso, los trámites o actos en cuya formación incida" (*Principios de derecho administrativo I, 3ª ed...,* . 71).

legalmente una decisión diferente a la adoptada. En dicho supuesto parece que sería totalmente inútil decretar la nulidad del acto.[88]

En cuanto a los requisitos del órgano propiamente dicho, el primero de ellos es que se haya atribuido la correspondiente potestad a la Administración pública de que se trate, presupuesto previo para el válido actuar de los órganos que la integran.[89]

Existiendo dicha potestad, es preciso que el órgano que dicta el acto esté dotado de la correspondiente competencia,[90] debiéndose entender por tal la atribución a ese órgano concreto de la aptitud para poder desarrollar legalmente el conjunto de tareas que se le asignen.[91]

88 En tal sentido Bocanegra Sierra, quien señala que cabe "una excepción a la regla de la ilegalidad de los actos administrativos discrecionales en los que concurre un vicio en la formación de la voluntad administrativa: la constituida por aquellos supuestos de reducción a cero de la discrecionalidad, según la expresión de la doctrina alemana, casos éstos en los que, dadas las circunstancias de hecho existentes, no resulta posible otra solución, ajustada a derecho, diferente de la adoptada. En estos supuestos de verdadera ausencia de discrecionalidad en el caso [...], que se producen generalmente allí donde cualquier otra solución distinta a la acordada supondría una violación de una norma o un principio general del derecho, no tendría sentido, como es natural, plantearse la anulación del acto administrativo en causa como consecuencia de la existencia de vicios en la declaración de voluntad, si el órgano administrativo optó por la solución correcta" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 76).

89 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa I, op. cit.,* p. 1457. Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que el proceso de distribución de competencias "comienza con la atribución a la Administración en cuanto persona jurídica de una determinada potestad, atribución que tiene que ser realizada previamente por una norma. *Si esa norma previa habilitante falta, si ha perdido vigencia o si es inaplicable* en un caso concreto, el órgano administrativo implicado en el mismo será manifiestamente incompetente para actuar, ya que lo es, incluso, la persona jurídica a la que pertenece. La competencia es la medida de potestad atribuida a cada órgano, de forma que no puede haber competencia si no hay previamente una potestad que repartir" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 626).

90 Delgadillo, *Elementos..., op. cit.,* p. 229; Martín Rebollo, *Disposiciones..., op. cit.,* p. 162; Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 71; García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 541.

91 Parada Vázquez la define como "la aptitud que se confiere a un órgano de la Administración para emanar determinados actos jurídicos en

De este modo, la competencia va a fijar la medida de la potestad atribuida a cada órgano.[92] El art. 14 LJ declara expresamente que tendrá trascendencia anulatoria la falta de competencia.

3.2. ELEMENTO TELEOLÓGICO

El elemento teleológico del acto administrativo es el fin de éste, debiéndose entender por tal aquel objetivo que el órgano autor del acto pretende conseguir con su emisión.[93] Este componente del acto administrativo entraña una gran relevancia, pues la Administración no puede hacer uso de sus potestades si no es para perseguir la finalidad específica para la que se le atribuyen. La utilización de sus poderes para otro objetivo distinto a éste, sea legal o no, vicia el acto administrativo y provoca su invalidez. A esta desviación del fin propio que debe pretender el acto se la denomina *desviación de poder.*[94]

Así lo ratifica el ordenamiento jurídico nicaragüense, que define la desviación de poder como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos por el ordenamiento jurídico o que no concordaren con el logro del interés público y el bien común" (art. 2.6 LJ), y lo dota de trascendencia invalidante al incluirlo el art. 14 LJ entre los elementos que deben servir de base para el examen de la legalidad de los actos y disposiciones generales.

Entiéndase que no se trata de la exigencia de una genérica persecución del interés público, sino de la persecución del fin concreto y específico que el ordenamiento jurídico pretendía tutelar al otorgar

nombre de ésta" (*Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 127). Flavio Escorcia entiende por tal "la asignación concreta de tareas, que el sistema jurídico reconoce a cada órgano estatal para que pueda actuar legalmente" (*op. cit.,* p. 167). Acosta Romero señala que se "entiende por competencia la facultad para realizar determinados actos, que atribuye a los órganos de la Administración pública el ordenamiento jurídico" (*op. cit.,* p. 361).

92 García Pérez, *op. cit.,* p. 167.

93 Señala Boquera Oliver que el "fin, como elemento del acto administrativo, es aquello que pretende la voluntad del titular de poder administrativo con los efectos jurídicos que unilateralmente crea e impone" (*Estudios..., op. cit.,* p. 80).

94 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 130; García Pérez, *op. cit.,* p. 168; Delgadillo, *Elementos..., op. cit.,* p. 231.

ese poder a la Administración.[95] De ello se deriva que la desviación de poder no implica necesariamente la persecución de un fin ilícito, ni siquiera es preciso que se trate de un fin privado o egoísta de los agentes públicos, basta con que sea un fin distinto a aquel para el que se atribuyó la potestad, incluso cuando se trate de un fin público perfectamente lícito.[96]

Hay, no obstante, una parte de la doctrina que distingue entre uno y otro supuesto, reservando para los casos de persecución de un fin privado o ilícito la denominación de *abuso de poder*, como conducta de mayor gravedad que la simple *desviación de poder.* Esta última tendría lugar, para esta parte de la doctrina, únicamente en los supuestos de persecución de un fin público distinto al previsto en la norma.[97]

El gran problema que plantea la aplicación práctica de esta figura es, sin duda, la dificultad de su prueba, pues hay que acreditar la existencia de una determinada intención, lo cual no es en absoluto fácil. En cualquier caso, no es necesaria una prueba directa, por otra parte imposible en la mayor parte de los casos, sino que se admite tam-

95 Como señala Morell Ocaña, la incorporación del fin "a la estructura del acto administrativo, como un elemento más, no se lleva a cabo tomándolo de una manera abstracta: no se trata, simplemente, de que todo acto administrativo satisfaga genéricamente el interés público, sino a una concreta y específica manifestación del mismo: cada singular concreción del interés publico tiene unos modos y medios previstos para su consecución, y no otros" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 189).

96 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 459. Santamaría Pastor señala que no "es preciso para la existencia de desviación de poder [...] que concurra ningún tipo de vicio de moralidad en el órgano autor del acto, ni que con éste se persiga ninguna finalidad privada o ilegítima; basta con que el fin perseguido por el acto sea meramente distinto del atribuido a la potestad de que emana" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 159).

97 En tal sentido Villar Palasí y Villar Ezcurra, que consideran que existe "una desviación de poder en la medida en que el acto singular se aparta del interés previsto en la norma aun cuando persiga otro incardinable en la esfera de los intereses públicos. Por el contrario, el abuso de poder consiste en acudir a un interés situado fuera del ámbito de los intereses públicos (esto es, un interés privado), haciendo así que el vicio revista mayor gravedad, por cuanto que comportaría, además, una conducta ilícita del funcionario o autoridad que dictó el acto" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 37-38).

bién la prueba indirecta, esto es, mediante indicios capaces de generar convicción suficiente en el órgano fiscalizador.[98]

3.3. Elementos objetivos

El acto administrativo debe tener un contenido posible, tanto física como legalmente, ser lícito y determinado o determinable.[99]

El elemento del acto administrativo, sin duda alguna, más polémico es el de la *causa*, que ha generado una considerable polémica doctrinal en el ámbito administrativo,[100] hasta el punto de que una parte de la doctrina ha preferido eludirlo, por su carácter extremadamente conflictivo.[101] Para un sector de la doctrina se debe entender por tal el interés público o fin específico que se pretende satisfacer en el caso concreto, esto es, la adecuación del contenido del acto al fin que justifica la atribución de la potestad que se ejercita.[102] Otros la

98 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 460; Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 75.

99 Delgadillo, *op. cit.,* p. 230.

100 Apunta González Pérez que quizá "no exista otro concepto que haya dado lugar a más equívocos y dispares posiciones. Si ya en el derecho privado, al configurar la teoría de la causa del negocio jurídico, se habían producido las más diversas posiciones, al pasar el concepto al derecho administrativo la diversidad alcanzó su punto máximo" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1468).

101 En tal sentido Santamaría Pastor, que señala que "dada la suma oscuridad que la teoría de la causa tiene, preferimos evitar esa calificación" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 149).

102 Así, González Pérez considera que la "causa de los actos administrativos aparece como el interés público a satisfacer en el caso concreto; representa el fin objetivo hacia el que ha de actuar la Administración en cada una de las concretas determinaciones" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1470). García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que "el acto debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita; a la efectividad de ese servicio al fin normativo concreto por el acto administrativo debe reservarse, justamente, el concepto y el nombre de *causa* en sentido técnico" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 544). También Martín Rebollo, que considera que el "acto administrativo aplica a un supuesto de hecho concreto las previsiones de la norma jurídica. Esa aplicación ha de servir a los fines, expresa o implícitamente, previstos en aquélla y su inobservancia conduce al vicio de desviación de

entienden como el supuesto fáctico o hechos determinantes previstos en la norma para que se dé la consecuencia jurídica en ella prevista.[103] Hay también quien considera que causa es la representación y valoración que el sujeto realiza de los hechos.[104] Se ha defendido,

---

poder [...] Por ello [...] el contenido de los actos será 'adecuado' a los fines previstos. A esa adecuación o congruencia se denomina 'causa', elemento objetivo que permitirá, en su caso, el control de esa adecuación y, por ello, del propio acto" (*Disposiciones..., op. cit.*, p. 162). También Bocanegra Sierra, que entiende que la "*causa* de los actos administrativos consiste en la adecuación o acomodación del contenido de los mismos al fin que persigue la norma atributiva de la competencia que con ellos se ejercita". A lo que añade que "la causa incluye en su concepto, en el ámbito del derecho administrativo (no en otras ramas del derecho), los motivos del acto, aun siendo perfectamente distinguibles de la causa. Ello se explica porque la Administración no tiene una vida personal propia, su voluntad es una voluntad normativa, no psicológica y, en consecuencia, su actuación se dirige exclusivamente al cumplimiento de los mandatos del ordenamiento jurídico, de donde se deriva que el motivo de sus acciones debe ser siempre el cumplimiento del fin público señalado en cada caso por la norma habilitante de la competencia. Por el contrario, la causa en el derecho privado es la finalidad objetiva del negocio" (*Lecciones..., op. cit.*, pp. 74-75).

103 En tal sentido, García Pérez, que considera que "la 'causa' de los actos administrativos se identifica con el 'presupuesto fáctico' o supuesto de hecho previsto en la norma y que se debe verificar en la realidad" (*op. cit.*, p. 168). También Morell Ocaña, que identifica "la causa del acto con los presupuestos de hecho, los hechos *determinantes* del mismo: el *porqué* del acto" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 188). Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González afirman "la sustantividad de la causa como elemento del acto administrativo independiente y distinto del fin [...] la causa está fundamentalmente constituida por los presupuestos fácticos (hechos o situaciones) en que el acto administrativo se apoya y que, por ende, vienen a justificarlo. La revisión de estos hechos viene a constituir, por tanto, la verificación de la corrección del elemento causal" (*Tratado de derecho administrativo*, vol. III, 2ª. ed., Madrid, 2006, p. 55). Entrena Cuesta señala que la causa "constituirá el *porqué* del acto; es decir, *la razón justificadora en cada uno de ellos, la circunstancia que justifica en cada caso que un acto administrativo se dicte*. De esta suerte, los presupuestos de hecho del acto, se incorporarán como elementos del mismo" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.*, p. 224).

104 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la "representación y valoración que el sujeto hace de unos hechos es lo que le mueve a declarar su voluntad y a producir con ella, en relación con el derecho objetivo, determinados efectos jurídicos. La apreciación de los hechos constituye la causa de todo acto jurídico y, por tanto, también del acto

igualmente, que por tal debe entenderse el móvil o motivo de la realización del acto, esto es, las circunstancias de hecho y de derecho que determinan su emisión.[105]

En nuestra opinión, el fin concreto que produce el acto constituye el elemento finalista de éste, que queda perfectamente cubierto en el concepto de desviación de poder. Por ello, es más adecuado considerar como causa los hechos determinantes. De esta forma, el substrato fáctico subyacente al acto se convierte en elemento del mismo, permitiendo el control de dos aspectos relevantes: *a)* la constatación de los hechos a los que se liga el ejercicio de la potestad; *b)* la valoración de los actos y, con ello, la adecuación de la solución que ofrece el acto administrativo a los hechos que lo justifican.[106]

3.4. Elementos formales

La forma del acto administrativo es el medio material del que se sirve éste para manifestarse en el exterior, haciéndose perceptible por los sentidos.[107]

administrativo. [...] La causa de una declaración de voluntad no son los hechos, sino la apreciación que el sujeto hace de los hechos; lo que éste 'imagina' de la realidad. Diferenciación que no debe considerarse inocua por dos razones: primera, porque los hechos son realidades físicas que están fuera, más allá del sujeto, mientras que la apreciación de los hechos es un fenómeno subjetivo, una realidad psíquica o espiritual. La causa es subjetiva y no objetiva. Segunda, porque los hechos pueden ser diferentes de la apreciación que de ellos ha hecho el sujeto; por consiguiente, la voluntad puede ser congruente con la apreciación de la realidad (causa) y disconforme con la realidad misma" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 73-74).

105 En tal sentido, Santofimio Gamboa, que entiende que la causa es el "móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo. [...] Las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo" (*op. cit.,* p. 77).

106 Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 188.

107 Acosta Romero señala que la "forma constituye la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo, para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos. Viene a ser la envoltura material externa en la que se aprecian no sólo los demás elementos del acto administrativo, sino también sus requisitos, circunstancias y modulaciones" (*op. cit.,* pp. 364-365). Por su parte, Boquera Oliver apunta que la "forma del acto jurídico es

Lo más habitual es que el acto administrativo adquiera forma escrita, pues así lo exige la necesidad de constancia y prueba de éste,[108] que se deriva, a su vez, de tres factores: su carácter recepticio, que hace precisa su notificación o publicación; su capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas; y el hecho de que sea fruto de la intervención de una pluralidad de órganos o sujetos, que requieren dejar constancia de su intervención.[109] Cabe aclarar que cuando hablamos de escritura debemos hacerlo en sentido amplio, incluyendo no sólo los escritos que constan en formato papel, sino también los que constan en algunos otros soportes proporcionados por las nuevas tecnologías, como por ejemplo los de tipo informático.[110]

En algunas ocasiones, sin embargo, el acto administrativo utiliza otros medios para hacerse presente, como la forma verbal (por ejemplo, una orden directa de un superior a un subordinado) o incluso otros modos de exteriorización (como, por ejemplo, un faro o un semáforo).[111] En principio, el acto administrativo no tiene porque plegarse a un formato formal determinado, aunque en ocasio-

el medio de trasladar la voluntad del interior del sujeto (mundo psíquico) al exterior (mundo del derecho)" (*Estudios..., op. cit.,* p. 77).

108 Señala Yagüe Gil que la regla general de la escritura "viene impuesta por la necesidad de constancia y prueba de los actos administrativos, no sólo de la resolución final, sin también de los actos de trámite" ("De las disposiciones y actos administrativos", en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* Madrid, Carperi, 1993, p. 207).

109 En tal sentido Parejo Alfonso *et al.*, que apuntan que su "justificación es evidente y descansa en un triple orden de razones. Los actos administrativos son recepticios y deben, por tanto, ser objeto de notificación o publicación; pueden crear, modificar o extinguir relaciones y situaciones jurídicas y están, además, dotados de ejecutoriedad, lo que incrementa la exigencia de certeza sobre los mismos; al traer causa los actos definitivos de una pluralidad de actos preparatorios, en su caso producidos por órganos o, incluso, administraciones distintas de los productores del acto, resulta indispensable la constancia de tal intervención" (*Manual de derecho administrativo,* 5ª. ed., 1998, p. 484).

110 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 153.

111 Acosta Romero, *op. cit.,* pp. 364-365; Delgadillo, *op. cit.,* p. 231; Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 176; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 153.

nes el ordenamiento jurídico puede prever que asuma un determinado modo de manifestación.[112]

Dentro de los elementos formales debe citarse, sin duda, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo.[113] Como en su momento veremos con detalle, éste es una garantía tanto del acierto de las decisiones de la Administración como de la adecuada defensa de los derechos de los ciudadanos, lo que lo convierte en un requisito esencial para la adopción de cualquier acto administrativo.[114]

El art. 14 LJ establece que tendrá trascendencia anulatoria "el quebrantamiento de las formas esenciales". Parece que de dicha estipulación debe entenderse que invalidarán el acto la falta absoluta de procedimiento, o la tramitación tan nimia que se equipare a ésta, y la omisión de trámites que por su importancia deban considerarse formas esenciales.

4. Motivación del acto administrativo

Hablamos de motivación administrativa para referirnos a la exteriorización de las razones fácticas y jurídicas que conducen a la adopción de un determinado acto administrativo, con un determinado contenido.[115] Así lo confirma el derecho positivo, que establece que

112 Apunta Boquera Oliver que, como "regla general, una forma determinada no es elemento necesario para que exista acto administrativo, pero, para algunas categorías o especies de actos administrativos, las leyes obligan al sujeto titular del poder administrativo a declarar su voluntad de una manera determinada" (*Estudios..., op. cit.,* p. 77).

113 Martín Rebollo, *Disposiciones..., op. cit.,* pp. 162-163.

114 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 134.

115 Apunta González Pérez que la "motivación es la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto. Por la motivación se podrán conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justificaron el acto" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1479). Por su parte, Yagüe Gil considera que la "motivación es la exteriorización de las razones que la Administración ha tenido para dictar un determinado acto. Por cuanto con ella se desciende a la explicación, la motivación es la racionalización del Poder" (*op. cit.,* p. 197). Santamaría Pastor considera que motivación es la "necesaria constancia en el acto de las razones de hecho y de derecho en base a las cuales se adopta la decisión" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 102). Boquera Oliver apunta que la "motivación es la

la motivación del acto administrativo es "la expresión de las razones que hubieren determinado la emisión de toda providencia o resolución administrativa" (art. 2.10 LJ).

La motivación no tiene que consistir necesariamente en un examen agotador de todos los elementos del acto y las razones que llevan al mismo. En realidad, su extensión y profundidad dependerá de las circunstancias que concurran en cada acto concreto. Lo decisivo es que no se quede en una mera fórmula convencional que aclare cómo se llegó al resultado final, sino que ofrezca una argumentación que deje constancia del proceso mental y jurídico que ha conducido a la toma de esta decisión, que permita a los destinatarios del acto y a los órganos administrativos o judiciales que, en caso de recurso, deban enjuiciar su validez, tener conocimiento suficiente de los motivos que le han conducido a tomar esa decisión.[116] En todo caso, deberá dejar constancia de la adecuación del acto al fin público que lo justifica y, si se trata de un acto discrecional, de las razones que llevaron a elegir la solución adoptada entre las diversas legalmente posibles.[117]

exteriorización o expresión de los motivos o razones que han llevado al autor del acto a adoptarlo" (*Estudios sobre el acto administrativo*, 6ª. ed., Madrid, Civitas, 1990, p. 255). Para Entrena Cuesta la motivación es "la exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a dictar un acto determinado" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 230).

116 Señala M. Táboas Bentanachs que "de lo que se trata es de desentrañar y evidenciar suficientemente el proceso lógico y jurídico que da lugar a una determinada resolución, para posibilitar no sólo su conocimiento y crítica sino para viabilizar el derecho de defensa de los interesados en las vías impugnatorias a que hubiere lugar y, en su caso, para poder ser integrado de forma plena en el enjuiciamiento jurisdiccional correspondiente" ("Finalización del procedimiento y ejecución forzosa de los actos administrativos", en *Administraciones públicas y ciudadanos*, B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1993, p. 587. En sentido similar, Martín Rebollo señala que la motivación "no significa, sin embargo, un razonamiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una fórmula convencional y meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, la concreción de la adecuación del acto al fin previsto. Para ello quizás baste con la fijación de los hechos, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que de ésta se deduce y resulta adecuada la resolución adoptada. Eso es suficiente para lograr la finalidad última de la motivación que es constituir un elemento de control del propio acto" (*Disposiciones..., op. cit.,* p. 164).

117 Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* pp. 79-80.

Éste es un requisito que responde a una triple necesidad: *a)* persuadir a los afectados por el acto de su razón de ser, evitando futuras impugnaciones; *b)* precisar con mayor certeza el sentido del acto adoptado, facilitando su interpretación, y *c)* facilitar el ulterior control en vía de recurso del acto.[118]

Aunque algunos autores han considerado que la motivación constituye un elemento objetivo,[119] se suele considerar que es un requi-

118 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1481.

119 En tal sentido García de Enterría y Fernández Rodríguez, que señalan que la "motivación [...] es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente): la motivación es *interna corporis*, no *externa;* hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 557). También Fernando Pablo, M. M., que señala que la "habitual formulación doctrinal de la dogmática del acto administrativo en nuestra doctrina [...] pasa por presentar a éste como tipo singular del acto jurídico, para, a continuación, y bajo patente influencia de la dogmática del negocio jurídico, examinar sus *elementos*, acogiendo, generalmente, la distinción entre elementos subjetivos, objetivos y formales.

"Que en este tipo de presentación la motivación sea estudiada como un *elemento formal* del acto no debe llamar la atención (aunque la motivación puede también entenderse como un componente de la declaración de voluntad, que así aparece no como una voluntad abstracta o ideal, sino como una voluntad que se determina *in concreto*, en vista de singulares circunstancias e intereses públicos que funcionan como *motivos*) si se entiende por motivación la expresión de otro elemento del acto designado como 'motivos'.

"Tal manifestación exterior o externa obliga a separar *significante y significado*, y a referir los defectos de la motivación a una instancia distinta de los defectos o vicios que afecten a los motivos. Se reduce así la problemática de la motivación a la de un simple *requisito de forma,* admitiéndose, implícitamente, aunque no siempre de modo consciente, que la función que desempeña la motivación puede reducirse a la simple función de la forma en el ámbito del derecho político.

"Es esta premisa la que debe ser discutida y negada (más que apuntar una nueva noción de lo que deba entenderse por los 'motivos del acto', que es el camino habitual que ha seguido la elaboración dogmática de la motivación en el último medio siglo) de cara a una reconsideración del tema, para indicar que es precisamente, *el concepto mismo de motivación el que debe ser reformulado,* en la medida en que la motivación no puede ser asimilada a los simples requisitos de forma, por faltar en éstos y

sito formal: la exigencia de que se hagan expresos formalmente los motivos que llevaron a la adopción del acto (lo que constituye algo distinto que los propios motivos del acto).[120]

"La falta, insuficiencia u oscuridad de la motivación, que causare perjuicio o indefensión al administrado, determinará la anulabilidad de la providencia o disposición, la que podrá ser declarada en sentencia en la vía contencioso-administrativa" (art. 2.10 LJ). Nótese, por tanto, que no basta con la mera falta de motivación o con el carácter defectuoso de ésta para que se pueda determinar la invalidez del acto, sino que es preciso, además, que produzca efectos nocivos en el administrado.

---

ser esencial en aquélla el *significado, sentido o intención justificativa* de toda motivación con relevancia jurídica.

"La motivación del acto administrativo se presenta así, una vez que se coloca en primer término su esencial característica de *discurso justificativo de una decisión*, más próxima a la motivación de la sentencia de lo que inicialmente pudiera pensarse en el seno de una dogmática de estricta inspiración privatista (que encuentra el material conceptual, por tanto, bien en el negocio jurídico, bien en el acto jurídico).

"A esta proximidad contribuye, por otra parte, la cada vez más evidente nueva perspectiva adoptada en el estudio del acto, del cual se subraya hoy la dimensión *objetiva,* sustrayéndolo de la reconstrucción en clave negocial-subjetiva.

"Ahora bien, admitida esta noción de motivación como enunciado justificador, debe recordarse que la *justificación de una decisión conduce a justificar su contenido,* lo cual permite desligar la motivación de 'los motivos' (elemento del acto de difícil encuadre, hasta el punto de poder prescindirse hoy del mismo sin que por ello se resienta el edificio dogmático) y romper la, un tanto tautológica pero firmemente asentada, fórmula de la motivación como expresión o manifestación formal de los motivos" (*La motivación del acto administrativo,* Madrid, Tecnos, 1993, pp. 29-32).

120 Como señala González Pérez, la "motivación constituye un requisito formal del acto administrativo. Una cosa son los motivos del acto y otra la motivación. Todo acto administrativo ha de basarse en unos motivos; pero la motivación lo que supone es la exigencia formal de que se expresen las razones que sirven de fundamento a la decisión" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* pp. 1479-1480).

5. Clases de actos administrativos

La clasificación de los actos administrativos se puede realizar, y de hecho se ha realizado, utilizando criterios muy diversos, lo que ha dado lugar a un número casi inabarcable de sistematizaciones. Aquí nos vamos a centrar únicamente en aquellas dotadas de relevancia práctica reseñable, olvidándonos de las demás.

a) Actos que agotan la vía administrativa y actos que no agotan la vía administrativa

Una primera clasificación importante es la que distingue entre los actos que agotan la vía administrativa y los que no la agotan. Los primeros expresan de modo definitivo la voluntad de la Administración, por lo que pueden ser impugnados directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (esto es, ante un órgano judicial). Los segundos, en cambio, no expresan de forma definitiva la voluntad de la Administración, por lo que no pueden ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa directamente. De tal forma que si no estamos de acuerdo con éstos debemos impugnarlos ante un órgano administrativo, interponiendo contra ellos el correspondiente recurso administrativo (esto es, debemos impugnarlos ante un órgano administrativo y no ante un órgano jurisdiccional). Ahora bien, eso no impide que en último extremo podamos recurrir esos actos ante un tribunal, pues la resolución que resuelve ese recurso administrativo será ya una resolución que agota la vía administrativa, y que podremos, si no es conforme a nuestros intereses, impugnar ante un tribunal contencioso-administrativo.

El art. 2.5 LJ denomina como *agotamiento de la vía administrativa* a la acción por la que se convierte un acto que no agota la vía administrativa en un acto que agota la vía administrativa y, por lo tanto, susceptible de enjuiciamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se debe entender por agotamiento "haber utilizado en contra de una resolución administrativa producida de manera expresa o presunta, o por vía de hecho, los recursos administrativos de revisión y apelación, cuando fueren procedentes, de tal forma que dicha resolución se encuentre firme causando estado en la vía administrativa".

Para que se produzca el agotamiento de la vía administrativa es preciso que se haya hecho uso de los recursos administrativos correspondientes en tiempo y forma, y que se haya notificado una resolución expresa (art. 46.1 LJ). Además, debe tenerse en cuenta que existen algunos supuestos de agotamiento directo de la vía administrativa, es decir, determinados actos que agotan por sí mismos la vía

administrativa, sin necesidad de interponer recurso administrativo alguno. Concretamente, esto tendrá lugar en dos casos: *a)* cuando se produzcan los efectos del silencio administrativo, y *b)* cuando así lo disponga expresamente la ley[121] (art. 46 LJ).

b) Actos de trámite y actos definitivos

Una segunda clasificación importante es la que distingue entre actos de trámite y resoluciones o actos definitivos. Para entender esta distinción debe partirse de un concepto previo de singular importancia en el ámbito administrativo, como lo es el concepto de procedimiento administrativo. Éste aparece definido en el art. 2.13 LJ como "el cauce formal de la serie de actos en que se debe concretar la actuación administrativa sujeta al derecho administrativo para la consecución de un fin". Esto, en definitiva, supone que cuando la Administración quiere dictar un acto administrativo no puede hacerlo de cualquier manera, siguiendo su propia voluntad, sino que debe seguir un determinado cauce formal, un procedimiento. Ello diferencia claramente a la Administración de los sujetos privados, pues éstos forman libremente su voluntad, siguiendo los pasos que consideran oportunos.

Nótese que esto último es posible porque con su acción los particulares tratan de dar satisfacción a sus propios intereses, que son meramente privados, por lo que al ordenamiento jurídico le resultan indiferentes su diligencia y acierto. Por ejemplo, si yo me quiero comprar una casa o unos pantalones puedo, si quiero, asesorarme debidamente para garantizar el éxito de mi elección, o bien obrar arbitraria y negligentemente comprando en la primera tienda que me encuentre, aunque, con ello, pague un precio mayor o compre de peor calidad. Es más, puedo incluso obrar erróneamente de forma consciente, comprando esos artículos a un amigo, aun a sabiendas de que me resultarán más caros, porque doy más importancia a la amistad que a mi dinero.

Sin embargo, todas estas conductas son impensables cuando la Administración actúa, porque ésta persigue la consecución del interés público, y eso es algo de lo que no puede disponer. Por ello, el derecho la obliga a actuar con la debida diligencia, siguiendo los trámites fijados por el ordenamiento jurídico, para garantizar así el acier-

121 Así, por ejemplo, las decisiones definitivas de la Comisión de Servicio Civil y de Carrera Administrativa agotarán la vía administrativa (art. 18.8 LSC).

to de sus decisiones, sin que pueda adoptarlas con base en criterios personales (amistad, enemistad, intereses familiares, etc.), sino únicamente para lograr la idónea satisfacción del interés público. Como veremos después con más detalle, denominamos *procedimiento administrativo* al cauce formal que debe seguir la Administración para lograr estos objetivos. Este cauce formal es, como se puede inferir de lo dicho anteriormente, de obligatorio seguimiento por parte de la Administración.

En esencia, el procedimiento administrativo consiste en una sucesión de actos administrativos que se suceden de forma coordinada y coherente. Comienza con un acto (acuerdo de iniciación), por el que se inicia el procedimiento; continúa con una serie de actos destinados a hacer posible la correcta resolución del mismo (prueba, informes, etc.); y concluye con un acto definitivo o resolución, por el que se resuelven las cuestiones planteadas en él. De esta forma, sin que se pierda el carácter unitario del procedimiento, éste se manifiesta como un conjunto de actos que, pese a estar relacionados entre sí, no pierden su individualidad propia.[122]

Entre todos estos actos se debe hacer una distinción entre los actos de trámite y la resolución. Actos de trámite son todos los anteriores a la resolución, y se caracterizan porque no tienen sentido en sí mismos, sino que la única razón de su existencia es que se pueda dictar en un determinado momento la resolución que ponga fin al procedimiento.[123] No obstante, hay un grupo de autores que se opone a esta concepción, negando la consideración de auténticos actos administrativos a los actos de trámite, que serían simples actuaciones procedimentales, frente a los actos definitivos y actos cualifica-

122 Como indica Cassagne, el "procedimiento no es un acto complejo sino un complejo de actos, cada uno de los cuales poseen individualidad jurídica propia, sin perjuicio de hallarse relacionados con los demás actos con los cuales tiene una vinculación común en mérito a la obtención de la finalidad de interés público que persigue la Administración" (*El derecho administrativo argentino, op. cit.,* p. 56).

123 Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo, 13ª ed..., op. cit.,* p. 236; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 136; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 209-210; Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* pp. 58-59; Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* pp. 211-212. Señala González Pérez que actos de trámite "son los que integran el procedimiento anterior a la resolución. Son simple presupuesto de la decisión en que se concreta la función administrativa. Constituyen una garantía de acierto de la decisión final" (*Manual de derecho administrativo, 13ª ed...,* p. 239).

dos, que se equiparan a éstos, que serían los verdaderos actos administrativos.[124]

Esta distinción resulta trascendental a efectos prácticos, pues sólo la resolución o acto definitivo es, como regla general, impugnable por separado. Los demás actos no pueden impugnarse por sí mismos, sino que se debe esperar a que se dicte la resolución, que es lo que será impugnable. Dicha regla encuentra su justificación en razones evidentes de economía procesal, pues una continua impugnación de los actos de trámite podría fácilmente paralizar el procedimiento, haciendo eterna su tramitación.[125]

Existen, sin embargo, algunas excepciones a esta regla general, pues hay algunos actos de trámite que por su importancia se equiparan a una resolución, y pueden ser objeto de impugnación separada. Se trata de un conjunto de actos administrativos (actos de trámite cualificados), que pese a ser actos de trámite asumen para el administrado una importancia similar al que tiene una resolución, de tal forma que, si no se permitiese su impugnación separada, generarían una indefensión.[126] La cuestión es, entonces, qué actos de trámite tienen esa condición cualificada. El criterio clave es su posibilidad de ocasionar efectos irreversibles para el interesado, bien porque impidan la continuación del procedimiento, porque decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, o produzcan indefensión o perjuicio irreparable.

124 Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 88-89.

125 Como señala Bocanegra Sierra, esta "regla general tiene su justificación en el principio de economía procesal. No es imaginable la posibilidad de una constante impugnación de los actos de trámite, de forma independiente, antes de la resolución final del procedimiento, sin perturbar gravemente el funcionamiento de la Administración" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 59).

126 Como señala González Pérez, "si el acto, aun siendo de trámite, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo, no se aplica la regla general, ya que ello supondría para el administrado la más absoluta indefensión, al impedirle el acceso a la Jurisdicción para formular sus pretensiones" (*Manual de procedimiento administratio...,* p. 240).

c) Actos favorables y actos desfavorables o de gravamen

Son actos favorables aquellos que amplían la esfera jurídica del administrado y desfavorables o de gravamen los que la restringen o limitan.[127] Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en numerosas ocasiones no será posible la inserción en ninguna de ambas categorías, puesto que nos encontraremos con actos que producen efectos beneficiosos para algunos administrados, pero negativos para otros (actos mixtos).[128]

La importancia de esta clasificación incide esencialmente en dos aspectos: la retroactividad y la revocación. Los actos favorables podrán tener efectos retroactivos, mientras que serán difíciles de revocar. Frente a ello, los actos desfavorables no podrán tener efectos retroactivos y será más sencilla su revocación.[129]

d) Actos firmes y actos consentidos

Ambas categorías hacen referencia a aquellos actos que resultan jurídicamente inatacables. Son actos firmes en sentido estricto aquellos que ya no son susceptibles de recurso, porque se han agotado todas las vías ordinarias de impugnación que se podían utilizar en su contra.

A ellos se equiparan los actos consentidos, que son aquellos contra los que no cabe recurso, por haber sido acatados por su destinatario, bien expresamente: aceptándolos y dándoles cumplimiento, bien tácitamente: no interponiendo contra los mismos recurso en plazo.[130]

Esta equiparación de efectos determina que sea frecuente en la doctrina la utilización del término *actos firmes* para designar indistinta-

127 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 112-113; Escuin Palop, *op. cit.,* p. 252; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 135; Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 94; Parejo Alfonso *et. al., op. cit.,* p. 481.

128 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 113; Escuin Palop, *op. cit.,* p. 252.

129 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 113-114; Escuin Palop, *op. cit.,* pp. 252-253.

130 Escuin Palop, *op. cit.,* p. 254.

mente tanto a los actos firmes en sentido estricto como a los consentidos.[131]

e) Actos originarios y actos reproductorios y confirmatorios

Actos originarios son aquellos que resuelven una cuestión no que no había sido planteada previamente a la Administración. En cambio, los actos reproductorios y confirmatorios se caracterizan porque vienen a ratificar, bien por reproducción (reproductorios) o por confirmación (confirmatorios) el contenido de un acto previo, con el que existe la más absoluta identidad de objeto, sujeto y causa, y que es jurídicamente inatacable, ya sea porque ha adquirido firmeza o porque ha sido consentido.[132]

Es importante distinguir este último tipo de actos administrativos, que no son susceptibles de impugnación judicial,[133] para evitar que se reabra un debate jurídico que ya quedó cerrado en vía administrativa o contencioso-administrativa.[134] El fundamento de este régimen debe encontrarse en el principio de seguridad jurídica, que impide la eterna pendencia de cuestiones cuyos plazos de impugnación han quedado ya cerrados de forma definitiva.[135]

131 En tal sentido, Morell Ocaña, quien señala que actos firmes son "aquellos, de trámite o definitivos, que *no son susceptibles de recurso ordinario*, por haber transcurrido los plazos para interponerlo o haber sido desestimados" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 211).

132 Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 91. Parada Vázquez define éstos como "aquellos que reiteran, por reproducción o por confirmación, otros anteriores firmes y consentidos" (*Derecho administrativo I, op. cit.*, p. 111).

133 Escuin Palop, *op. cit.*, p. 253.

134 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.*, p. 111.

135 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que "el fundamento para la denegación del recurso por vía contenciosa no estriba en la doctrina de los actos propios [...] sino en el principio de seguridad jurídica impuesto por el carácter preclusivo de los plazos concebidos para recurrir" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 91).

Para que se pueda considerar un acto como reproductorio o confirmatorio de otro anterior, es preciso que entre ambos exista la más absoluta identidad entre los sujetos, las pretensiones y el fundamento.[136]

Finalmente, no puede considerarse acto confirmatorio el que venga a ratificar una desestimación por silencio negativo, pues en tal caso no hay verdadero acto administrativo, sino una simple ficción jurídica que permite al interesado impugnar en vía judicial ante la inacción de la Administración.[137]

6. La extinción del acto administrativo

6.1. Invalidez del acto administrativo

Decimos que un acto administrativo es inválido o que está viciado cuando no concurren en él los elementos o requisitos que el ordenamiento jurídico exige con carácter general para cualquier acto administrativo o específicamente para ese concreto acto administrativo.[138]

6.2. Categorías de invalidez

Se suelen distinguir tres categorías de invalidez: inexistencia, nulidad de pleno derecho y anulabilidad. Revisemos cada una de ellas.

6.2.1. Inexistencia del acto administrativo

Se considera que un acto es inexistente cuando adolece de fallos tan groseros que impiden su propia consideración como tal, pues le faltan los elementos esenciales mínimos que se exigen para su propio

136 Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* pp. 62-63; Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 92; Parejo Alfonso *et al., op. cit.,* p. 480.

137 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 588.

138 Escuin Palop, *op. cit.,* p. 275. Señala Parada Vázquez que la "invalidez puede definirse [...] como una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos" (*Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 180).

existir.[139] La gravedad de tales deficiencias provoca que el acto inexistente carezca de todo efecto jurídico, hasta el extremo de que puede ser desconocido por cualquier sujeto sin necesidad de que su invalidez sea declarada formalmente por un órgano administrativo o judicial.[140] Pese a lo cual, obviamente, en cualquier momento se puede hacer valer esta deficiencia en un procedimiento de impugnación, pues sufre un vicio imprescriptible e insubsanable.[141]

Algunos autores se han mostrado contrarios al reconocimiento de la inexistencia en el ámbito administrativo, alegando que se trata de una categoría confusa, difícilmente distinguible de la nulidad de pleno derecho, y de dudoso encaje en el derecho administrativo, en el que opera la presunción de validez de los actos administrativos, lo que hace inviable en la práctica la posibilidad de hacer valer dichos vicios sin emprender un procedimiento formal de impugnación.[142]

139 Señala Flavio Escorcia que se "produce la inexistencia del acto, cuando éste no reúne los elementos constitutivos del mismo y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia; es pues inexistente por faltarle manifiestamente los elementos de todo acto administrativo" (*op. cit.,* p. 226). En la misma línea, Santamaría Pastor señala que la inexistencia es "aplicable a los supuestos de ausencia grosera y ostensible de requisitos básicos de validez que, por su evidencia, no han sido establecidos expresamente por las normas" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 155).

140 Flavio Escorcia, *op. cit.,* pp. 226-227; Báez Martínez, *op. cit.,* p. 279.

141 Flavio Escorcia, *op. cit.,* pp. 226-227.

142 En tal sentido Acosta Romero, que considera "que en derecho administrativo no debe hablarse de inexistencia del acto jurídico, más que, precisamente, cuando se esté en presencia de la falta absoluta de éste, cuando no existe ninguno de sus elementos.[...] Para nosotros, entonces, el concepto de inexistencia no es aplicable en el ámbito de la teoría administrativa" (*op. cit.,* p. 311). También Serra Rojas, que considera que "la teoría de la ineficacia de los actos administrativos *debe eliminar de su clasificación a la inexistencia,* porque no encontramos una razón jurídica válida para su mantenimiento, por lo impreciso de su definición y por los defectos técnicos que ofrece. Los actos que no existen no son actos administrativos, sino 'situaciones de hecho contrarias a la ley' y por tanto no deben ser tomados en cuenta por el derecho administrativo, porque originan confusión y malentendidos. Si no hay acto no puede hablarse de acto viciado" (*op. cit.,* pp. 332-333). Por su parte, Brewer-Carías rechaza "la teoría del acto estatal inexistente, cuya nulidad absoluta podría alegarse por cualquier funcionario o particular, desconociendo su validez en cualquier momento, con el argumento de

A lo anterior otros añaden que resulta contraria al principio de tipicidad que rige en la actuación administrativa.[143]

Hay también quien de forma más matizada, sin rechazar la categoría, se limita a señalar su falta de sentido, en cuanto se confunde con la nulidad de pleno derecho.[144] En cambio otros, pese a reconocer la suma dificultad que entraña deslindarla de la nulidad de pleno dere-

---

que la inexistencia es la nada, el no ser, que no obliga. Al contrario, por el principio de presunción de validez de los actos estatales, la llamada inexistencia se equipara a la nulidad absoluta, y requiere siempre de una intervención judicial que la declare para que el acto impugnado cese en sus efectos" (*Sobre la importancia..., op. cit.,* p. 33). También A. Nieto, que de forma categórica afirma que los actos inexistentes son "un contrasentido lógico" ("Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos,* Caracas, FUNEDA, 1997, p. 56). Parejo Alfonso *et al.* destacan "la dificultad práctica que para el juego y la aplicación efectivos de la variedad de nulidad en que consiste la inexistencia representa la autotutela de la Administración pública. En efecto, ésta puede superponer a todo acto administrativo, incluso al que padece irregularidades lo suficientemente groseras como para calificarlo de inexistente, su potestad de ejecución forzosa de la declaración efectuada en el acto (el cual se beneficia de la presunción de validez), con la consecuencia de la colocación del particular afectado —a través de la materialización de todos o algunos de los efectos derivables del acto— en una posición tal, en la que le es imposible hacer realidad el principio teórico de la legitimidad del simple desconocimiento, viéndose obligado a levantar la carga de la impugnación como si de cualquier otro acto se tratara y, en su caso y de pretender enervar la ejecutividad, al solicitar la suspensión. Consecuentemente, la categoría de la inexistencia tiene un encaje real en el derecho administrativo muy problemático" (*op. cit.,* p. 494).

143 Ésa es la opinión de Villar Palasí y Villar Ezcurra, que entienden que no "tendrá cabida [...] en el derecho administrativo el concepto de acto inexistente habida cuenta del principio de tipicidad (como manifestación concreta del principio de legalidad que debe regir toda la actuación administrativa)" *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p 180).

144 En tal sentido, R. Enríquez Sancho, que apunta que no "es que doctrinalmente no pueda construirse la categoría de los actos inexistentes, entendiendo por tales aquellos que carecen de los requisitos necesarios para ser considerados como un acto propiamente dicho, es decir, que no poseen ni siquiera la apariencia de un acto [...] Lo que sucede es que tales actos inexistentes se confunden en cuanto a sus efectos, como regla general, con los actos nulos de pleno derecho" ("De las disposiciones y actos administrativos", en *Comentario sistemático a la Ley de*

cho, admiten su existencia por razones prácticas, puesto que permite salvar las deficiencias en la predeterminación de los actos nulos de pleno derecho, dando el máximo grado de invalidez a actos que adolecen de vicios de extrema gravedad pero que no están previstos en el ordenamiento jurídico como tales.[145]

Sin embargo, algunos ven su sentido en la articulación de un conjunto de vicios de calibre tal que permiten al particular o al órgano llamado a cumplir estos actos desentenderse de ellos, sin necesidad de una declaración formal por parte de órgano administrativo o judicial competente. Dicho efecto choca, no obstante, con los poderes de acción de oficio de la Administración, que le permiten imponer esos actos incluso a pesar de la gravedad de los defectos de que adolecen. Por eso, estos autores concluyen que la inexistencia tiene sentido en el derecho administrativo tan sólo para aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que además son insusceptibles de producir cualquier tipo de efecto.[146]

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Madrid, Carperi, 1993, p. 264).

145 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 186-187.

146 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que "el acto inexistente, que carece de toda apariencia de legitimidad, no tiene por qué beneficiarse de la presunción de legalidad que se predica en general de los actos administrativos; puede ser desconocido por los particulares a quienes va dirigido, no cabe asignar a éstos la carga de su impugnación; puede, en fin, ser eliminado por la Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne. [...] Sin embargo, la Administración puede mediante su privilegio de acción de oficio, imponer por la fuerza los efectos del acto, es decir, la sanción que acompaña a la orden. En este caso, desde el momento en que se están produciendo efectos, el comportamiento del particular no puede ser simplemente pasivo, sino que tendrá que impugnar el acto con el fin de frenar su eficacia. Su situación será entonces la misma que si el acto, en lugar de inexistente, se califica de nulo de pleno derecho. [...] La interferencia de estos poderes exorbitantes de la Administración limita las posibilidades inherentes al concepto de inexistencia refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efectos. Éstos son, en rigor, los únicos actos que un particular puede desconocer sin que de su pasividad pueda seguirse perjuicio material —y, por supuesto, jurídico— alguno" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 606-607).

Por último, hay también quienes defienden sin reparos la consideración de la inexistencia como una categoría autónoma. No es otra cosa, afirman, que la nulidad absoluta de la apariencia de un acto. Nulidad absoluta e inexistencia aparecerían así como dos conceptos claramente deslindables. La inexistencia sería la causa y la nulidad absoluta su efecto.[147]

Este último factor debe ser especialmente destacado a la hora de tomar una decisión sobre esta cuestión, dado el peculiar contexto en el que se mueve el derecho administrativo de Nicaragua. Ciertamente la inexistencia es una categoría que opera al margen de una consagración legal expresa: es un conjunto de defectos de gravedad extrema que se entiende que despliegan su fuerza invalidatoria por sí mismos, por su propia naturaleza.[148] En nuestra opinión, esto hace que, pese a sus inconvenientes, merezca la pena mantener esta categoría, como una solución de urgencia para poder declarar la invalidez con el máximo rigor en casos no contemplados expresamente como nulos de pleno derecho por el ordenamiento jurídico de Nicaragua, pero que constituyan conductas de tal gravedad que merezcan dicha sanción. Supuesto nada infrecuente, por desgracia, dadas las serias lagunas que al respecto presenta este ordenamiento jurídico, como veremos.

A pesar de lo anterior, la inexistencia no deja de ser una figura poco clara, que genera una cierta inseguridad jurídica y que tiene difícil encaje en el derecho administrativo, al chocar con la presunción de validez de los actos administrativos. Por ello, a nuestro juicio lo más conveniente es que se dicte pronto una ley de procedimiento administrativo encargada de normar los supuestos genéricos de invalidez que ocasionan la nulidad de pleno derecho. Mientras llega esa solu-

147 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la "inexistencia es [...] una realidad o si se quiere una ausencia de realidad. La nulidad absoluta de los efectos jurídicos de un acto inexistente (de una apariencia de acto) es la consecuencia lógica de su inexistencia siendo dos cosas distintas, una la causa y otra el efecto, aunque a veces se confunden" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 81-87).

148 Señala Flavio Escorcia que la "inexistencia de los actos administrativos, constituye una sanción especial que no requiere estar consagrada en la ley, sino que opera como una necesidad lógica en aquellos casos en que faltan al acto sus elementos esenciales. La noción de inexistencia de los actos jurídicos, no se encuentra ligada a la consagración expresa en la ley, sino que ella domina los textos más que estar subordinada a ellos" (*op. cit.,* p. 227).

ción legal, vale la pena mantener la inexistencia, si bien consideramos que de forma restrictiva.

Como se argumentará más adelante, es posible delimitar un conjunto mínimo de supuestos de invalidez que, por su propia entidad, se consagren como supuestos de nulidad de pleno derecho aun a falta de una consagración legal expresa. Téngase en cuenta que el derecho de Nicaragua no contiene una regulación expresa de la invalidez de los actos administrativos, por lo que esta solución tampoco choca con la legalidad vigente.

A dichos supuestos genéricos se sumarían los consagrados específicamente por la legislación particular, y la categoría de la inexistencia quedaría como formula de cierre, que debería examinarse de forma restrictiva para supuestos de gravedad extrema que no encuentren solución de otro modo.

Aunque tal solución pueda parecer un poco arbitraria es, a nuestro juicio, la más conveniente. Nótese que, como veremos, los supuestos que vamos a fijar como de nulidad de pleno derecho son vicios típicos respecto a los que existe un elevado consenso de su trascendencia invalidatoria en grado máximo. Por ello, es conveniente que sean éstos la base del sistema, y no que entre a formar parte de él con una cierta normalidad una categoría tan imprecisa como lo es la inexistencia, que podría generar algún grado de inseguridad jurídica si se utilizará con cierta profusión. En consecuencia, entendemos que aplicarla de forma estrictamente restrictiva es la mejor solución.

6.2.2. Nulidad de pleno derecho

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho administrativo, la regla general es la anulabilidad del acto y, excepcionalmente, la nulidad de pleno derecho.[149] Esta peculiaridad encuentra justificación en la presunción de validez del acto administrativo, que responde, a su vez, a la búsqueda de eficacia, que aconseja restringir su paralización siempre que sea posible, pues al ser un instrumento al servicio del interés público, sería este último el que se vería frenado.[150]

149 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1585; Escuin Palop, *op. cit.,* p. 275; Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 264; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 155.

150 Apunta Parada Vázquez que las "razones comúnmente invocadas para explicar la diferencia de la regulación de la invalidez en el derecho administrativo y civil (y en especial la reducción al mínimo de los supuestos de nulidad absoluta en aquél) son la necesidad de preservar la

Por lo demás, el régimen de la nulidad de pleno derecho se pasa en lo esencial, y a reserva de alguna modulación, a los mismos caracteres que reviste en el derecho privado, y constituye, al igual que en este ámbito, el máximo grado de invalidez que contempla el ordenamiento jurídico.[151] La nulidad radical se puede hacer valer por cualquier persona o, incluso, puede haber persecución de oficio por la propia Administración.[152]

Aunque hay quien ha manifestado postura contraria,[153] la mayor parte de la doctrina tiende a considerar que los vicios que implican

presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa, así como la seguridad jurídica, que resultaría perturbada por la perpetua amenaza de sanciones radicales que la nulidad absoluta o de pleno derecho comporta" (*Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 183). En la misma línea, señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que en el derecho administrativo "priman sobre los aspectos meramente formales, otra serie de consideraciones de tipo político —plasmadas en el principio constitucional de la seguridad jurídica— como puede ser la continuidad de los servicios públicos, los riesgos frente a la suspensión de las prestaciones administrativas o, en definitiva, la confianza de los ciudadanos ante la máquina burocrática omnipresente que supone nuestra actual Administración" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 182-183). Al respecto, véase también Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 166.

151 Señala González Pérez que la "nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta constituye el grado máximo de invalidez. El concepto, elaborado en el derecho común, puede, pese a las dificultades que ello ofrece, aplicarse en derecho administrativo. [...] Los supuestos de nulidad serán más restringidos que en el derecho común, la nulidad de pleno derecho sólo se dará en supuestos taxativamente enumerados; pero cuando así ocurra podrá aplicarse a los actos que incurran en ella, en principio, la técnica de la nulidad tal y como se elaboró en el derecho civil" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1589).

152 Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263.

153 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que el "acto nulo de pleno derecho no puede impugnarse en cualquier momento, pues todos los actos administrativos gozan de la presunción *iuris tantum* de legalidad y esta presunción sólo se puede intentar destruir dentro del plazo establecido para ello por la ley. La presunción de legalidad es consustancial al acto administrativo. Le acompaña desde el mismo instante de su nacimiento. El juicio sobre la legalidad o la ilegalidad del acto es necesariamente posterior a su nacimiento y para emitirlo resulta imprescindible recurrir contra aquél dentro de plazo. La seguridad jurídica no es compatible con dejar abierta indefinidamente la posibili-

la nulidad de pleno derecho son imprescriptibles, no sanan con el paso del tiempo.[154] Esto determina que no pueda hacerse valer contra ellos la excepción de acto consentido.[155]

El acto nulo de pleno derecho lo es por sí mismo, sin necesidad de que un órgano administrativo o judicial declare formalmente esa nulidad. Ello no obstaculiza la posibilidad de acudir a los tribunales para destruir la apariencia jurídica que se pueda haber generado. No obstante, se debe tener en cuenta que la sentencia que en tal supuesto se dicte tiene un mero carácter declarativo, no constitutivo; esto es, la nulidad proviene del propio vicio del que adolece el acto, no de la sentencia que así lo declara.[156]

Este régimen, sin embargo, no es extrapolable al ámbito administrativo, donde existe la necesidad de que se haga valer esa invalidez a través de un procedimiento formalizado de impugnación. Se trata de una consecuencia derivada de la presunción de validez de los actos administrativos y de la autotutela ejecutiva de éstos, que impide que se puedan derivar los efectos propios de la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho hasta que no se deshaga esa presunción mediante la declaración al respecto por parte de la autoridad competente.[157]

---

dad de discutir y, en su caso, destruir, el acto presuntamente legal. La suposición del administrado de que el acto administrativo es ilegal y nulo de pleno derecho no puede prevalecer, pues nada lo justifica, sobre la presunción legal de que es conforme a derecho y por aquella suposición permitirle impugnarlo en cualquier momento. Tampoco para ningun caso ni en ningún momento existe la presunción legal de nulidad de pleno derecho del acto administrativo, por lo que la declaración judicial o administrativa de que un acto es nulo de pleno derecho —siempre posterior a la admisión del recurso— no puede justificar *a posteriori* la admisión del recurso fuera del plazo improrrogable fijado por la ley para recurrir" (*Estudios..., op. cit.,* p. 123).

154 Escuin Palop, *op. cit.,* p. 275; Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263. Señala Brewer-Carías que "los actos administrativos nulos de nulidad absoluta, nunca pueden adquirir firmeza, por lo que siempre podrían ser impugnados, ya que por el transcurso del tiempo nunca pueden llegar a ser convalidados" (*Nuevas tendencias..., op. cit.,* p. 151).

155 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* pp. 1586-1587.

156 Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263.

157 Señala González Pérez que "hay que hacer una salvedad al esquema tradicional de la nulidad: que la eficacia inmediata de ésta, sin necesi-

La nulidad de pleno derecho produce sus efectos *ex tunc*, esto es, desde el mismo momento en que se dictó el acto.[158] Aunque este planteamiento no deja de generar también serias reservas en el derecho administrativo, donde el principio de validez del acto administrativo va a permitir a éste operar de hecho, nulo o no, produciendo efectos, hasta que la nulidad se declare formalmente, como acabamos de ver. Muchos de esos efectos no podrán ser removidos en la práctica una vez hecha la declaración, lo que en muchos casos hace más hipotética que real esa pretendida invalidez *ab initio*.[159]

La nulidad radical no puede ser tampoco objeto de convalidación, esto es, no puede ser curada su invalidez mediante la eliminación del vi-

dad de declaración por el órgano en cada caso competente, pugna con el principio de presunción de validez de los actos administrativos [...]. En cuanto los actos de la Administración son válidos y producen efectos desde el momento en que se dictan, en tanto que no sean declarados nulos por el órgano administrativo o jurisdiccional competente, despliega sus efectos, cualquiera que sea el grado de invalidez en que incurran. La Administración, ante un posible acto nulo, no puede desconocer su existencia, sino que es preciso tramitar el oportuno expediente de anulación, con todas las garantías" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* pp. 1589-1590). En la misma línea, señala A. Nieto que nada "se adelanta, en efecto, con proclamar que los actos nulos lo son por sí mismos, sin necesidad de ser impugnados, cuando de hecho, si no son impugnados, el destinatario padecerá inexcusablemente las consecuencias del acto y de nada servirá argumentar, por ejemplo, ante el recaudador ejecutivo que el acto de imposición es nulo de pleno derecho. El agente se encogerá de hombros y dirá que mientras no tenga una declaración administrativa o judicial de invalidez, el acto será ejecutado" (*op. cit.,* p. 56). Véase también al respecto Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 156.

158 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1590; Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263.

159 Apunta Nieto que "resulta muy difícil aceptar sin más la distinción entre los grados de invalidez y sus correlativas consecuencias ya que, dígase lo que se diga, el acto nulo no lo es *ex tunc, ab initio,* puesto que produce efectos indudables desde el mismo momento de su aparición. Por ello mismo, el interesado tiene que acudir al juez (y previamente, en su caso, a un órgano administrativo superior) solicitando la declaración de nulidad. Algo que carecería de sentido si el acto fuera nulo en los términos que técnicamente se afirman ya que, de ser así, podría encogerse cómodamente de hombros ante un acto nulo. ¿Para qué molestarse en impugnar un acto nacido muerto y que no puede producir efectos en ningún caso?" (*op. cit.,* p. 50).

cio del que adolece.[160] No obstante, hay una parte de la doctrina que cuestiona esta tesis, y considera que no hay argumento alguno que sustente esta posición, que no tiene otra virtud que la de impedir que la Administración corrija los vicios administrativos más graves.[161]

160 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 158. Como apunta C. Chinchilla Marín, la convalidación es la "técnica que consiste en corregir los vicios del acto para darle validez" ("Nulidad y anulabilidad", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, Tecnos, 1993, p. 212). Por su parte, Bocanegra Sierra señala que la "convalidación consiste en aquella operación a través de la cual la Administración subsana un acto inválido, permitiendo la consolidación de su eficacia, dictando un nuevo acto administrativo que corrige los vicios del anterior ilegal" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 190). Martin Mateo apunta que la "convalidación comporta la verificación de un hecho jurídico o de una declaración administrativa en cuya virtud el acto *anulable* adquiere plena validez" (*Manual de derecho administrativo, 13ª ed...* Pág. 252.

161 En este sentido, Boquera Oliver apunta que la imposibilidad de convalidar los actos nulos de pleno derecho no "es una consecuencia lógica de la infracción gravísima del ordenamiento jurídico, sino querida e impuesta por el legislador, pues [...] los defectos o vicios de los actos jurídicos por su naturaleza y cualquiera que sea su gravedad, pueden remediarse" (*Estudios..., op. cit.,* p. 122). También Chinchilla Marín, que critica la tesis que defiende que los actos nulos de pleno derecho no pueden ser convalidados, pues "no sirve para justificar esta exclusión el argumento de que los actos radicalmente nulos no pueden producir efectos, por la sencilla razón de que no es cierto que *quod nullum est nullum efectum producit* [...]. Tampoco es convincente el argumento de gravedad del vicio que determina la nulidad de pleno derecho, pues [...] la subsanación se caracteriza por ser un acto administrativo que corrige los vicios que invalidan un acto. Con la subsanación se elimina el vicio que determina la invalidez y es entonces, esto es, una vez que el vicio ha sido eliminado, cuando se convalidad el acto. Si esto es así ¿qué sentido tiene impedir a la Administración que elimine los vicios más graves? ¿no sería más bien, al contrario, una obligación para la Administración derivada del principio de legalidad? Sin duda habrá defectos imposibles de subsanar, como ocurre, por ejemplo, con el acto que sea constitutivo de delito o falta, o tenga un contenido imposible, pero no porque éstas sean causas de nulidad radical, sino porque su propia naturaleza lo impide. Prueba de ello es que también, por la misma razón, hay defectos determinantes de anulabilidad que difícilmente pueden ser subsanados sin eliminar el acto mismo" (*Nulidad..., op. cit.,* p. 212).

El verdadero problema surge a la hora de determinar qué vicios concretos tienen entidad suficiente para ser considerados actos nulos de pleno derecho. Ya sabemos que falta en Nicaragua una ley general que regule el procedimiento administrativo, de lo que se deriva, a su vez, que falte una delimitación de los supuestos generales de nulidad de pleno derecho. Se trata de una carencia grave, ya que no es conveniente la delimitación de las causas de nulidad de pleno derecho en términos abstractos, a la luz de un criterio conceptual, lo que genera una cierta inseguridad jurídica y por lo cual conviene que sean objeto de una predeterminación realizada por el propio ordenamiento jurídico.[162]

Ahora bien, en nuestra opinión, tampoco es esencial para la nulidad de pleno derecho que ésta sea objeto de una tipificación legal expresa, como sugieren algunos autores.[163] Ésa es la opción más conveniente y la que se sigue en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, pero nada impide que, faltando una delimitación expresa de los supuestos que implican tal consecuencia, se pueda fijar ésta vía jurisprudencial y doctrinal.[164] Esta última posibilidad es la única salida en Nicaragua, pues, mientras no vea la luz un precepto

162 Como apuntan Villar Palasí y Villar Ezcurra, "la necesidad de poder conocer de antemano cuál pueda ser la sanción frente a una infracción del ordenamiento jurídico obligará a establecer unos estándares apriorísticos en la gradación de los vicios del acto y de sus efectos" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 169).

163 Como señala Falvio Escorcia, "la separación de las dos clases de nulidades, esto es, de la nulidad absoluta o de pleno derecho y de la nulidad relativa o anulabilidad, habrá que atenerse a lo que expresamente dispongan las leyes, pues entre ambas no existen límites conceptuales, en el sentido de que pueda establecerse teóricamente y en términos generales, las consecuencias y el tipo de irregularidad que cada una implica necesariamente. La diferencia es de grado y se basa en puntos de vistas referentes al interés público" (*op. cit.,* p. 222). Chinchilla Marín ha resaltado "el carácter excepcional de la sanción de nulidad absoluta para los actos administrativos, fiel reflejo del dogma del derecho medieval francés *pas de nullité sans texte,* según el cual no existen otras causas de nulidad de pleno derecho que las expresamente establecidas en las leyes" (*Nulidad..., op. cit.,* p. 195).

164 Apunta Boquera Oliver que el "legislador podría adoptar el criterio de fijar una regla que orientase sobre cuándo un acto debe ser nulo de pleno derecho y dejar al juicio de los tribunales la apreciación de cuando el acto administrativo debe declararse viciado de nulidad radical" (*Estudios..., op. cit.,* p. 115).

que dé respuesta a esta necesidad, deberemos guiarnos por las referencias fragmentarias que se pueden encontrar dispersas por las normas específicas. A ello podemos y debemos añadir un catalogo básico de causas que, por su gravedad, parecen lo suficientemente groseras como para justificar su consideración como vicios de nulidad de pleno derecho.

Desde el punto de vista técnico, tal planteamiento no es el más recomendable, pero entendemos que es la única solución posible para superar las notables carencias que ocasiona la falta de una ley básica de procedimiento administrativo. En cualquier caso estas causas deben, por motivos obvios, ser objeto de rigurosa interpretación restrictiva.

El criterio para delimitar los supuestos que deben recibir la nulidad radical no puede ser otro que la gravedad del vicio. De tal modo que, aquellos defectos que tengan suficiente entidad para considerarse una cuestión de orden público, esto es, que trasciende a los propios intereses del sujeto interesado, afectando a la colectividad, determinarán la nulidad de pleno derecho.[165] Por el contrario, aquellas vulneraciones del ordenamiento jurídico de menor intensidad, cuya incidencia no vaya más allá de dicho sujeto, serán vicios que sólo provocarán la anulabilidad.[166]

Así, en primer lugar, consideramos que los actos administrativos que impliquen una infracción penal añaden a sus vicios intrínsecos la carencia de valor que esa infracción penal implica, por lo que no pueden recibir otro grado de invalidez que la más alta que reconoce el ordenamiento jurídico.[167] Este planteamiento es extensible a los

165 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que "el único criterio válido cuando se trata de delimitar los dos tipos básicos de invalidez es el de la gravedad y trascendencia de los vicios que se trata de sancionar. Cuando esta gravedad es máxima, de forma que el vicio cometido trasciende del puro ámbito de intereses del destinatario del acto viciado para afectar al interés general, *el orden público,* la sanción aplicable tiene que ser la nulidad de pleno derecho, ya que lo que de alguna manera afecta a todos no puede quedar al arbitrio del eventual consentimiento de uno sólo" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 625).

166 Indican Villar Palasí y Villar Ezcurra, que la "anulabilidad [...] supone la existencia de un vicio que no afecta al interés público, sino sólo al del sujeto que lo pone de manifiesto" (*Principios de derecho administrativo I*, Madrid, Universidad de Madrid, 1982, p. 253).

167 Señala González Pérez que, cuando "la ilicitud en que han podido incurrir los agentes administrativos es de tal entidad que está sancionada

actos que se dictan como consecuencia de una infracción penal, si bien será preciso en este caso la existencia de un estrecha relación de causalidad entre ésta y el acto administrativo, hasta el punto de que la primera haya sido factor determinante de que se haya dictado el segundo.[168] En ambos casos es irrelevante que la conducta delictiva haya sido realizada por los particulares o por un funcionario o autoridad de la Administración actuante.[169]

También parece evidente que deben considerarse infectados de nulidad en su máximo grado aquellos actos que se han dictado al margen de todo procedimiento previo. Entendemos que no es preciso para que se dé esta circunstancia que falte toda tramitación procedimental, situación más que extraña en la práctica, pues, por menor que sea, siempre hay una cierta actuación formal en el actuar de la Administración. Por ello, hay que considerar dentro de este tipo todos aquellos en los que el cauce procedimental seguido es tan ni-

por la ley penal, se produce la intervención del juez ordinario en el proceso penal para restablecer el orden jurídico perturbado. [...] El agente administrativo, en su actuación, puede apartarse del cauce que le marca el ordenamiento a que está sometido, produciendo actos que en cuanto no se ajusten al ordenamiento, son ilegales. Ahora bien aparte de esta ilegalidad en que puede incurrir el agente de la Administración, existe otra más grave. [...] El derecho ante la trascendencia de determinadas infracciones, en razón a los bienes que puedan resultar lesionados, las sanciona penalmente. En cuanto la actuación de los agentes de la Administración encaje en alguna de las figuras delictivas definidas por la ley penal, se habrá producido, aparte de las posibles infracciones del ordenamiento jurídico-administrativo, una infracción de la ley penal. El acto administrativo que hubiera podido nacer como consecuencia de aquella actuación, vendrá viciado por una infracción mucho más grave que la infracción de la norma jurídico-administrativa, vendrá viciado por la ilicitud penal. [...] El juez actuará con plenitud de jurisdicción para verificar los hechos cometidos y su posible calificación como delitos. Manejará, indudablemente, normas de derecho penal, no de derecho administrativo. Pero normas penales que definen y sancionan ilicitudes de la actividad administrativa. De tal modo que la consecuencia de la calificación de delito del acto será la nulidad de pleno derecho" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.*, p. 1599).

168 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.*, p. 614; González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.*, pp. 1601-1602.

169 Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 189.

mio que no puede ser considerado como tal.[170] A este supuesto se deben añadir aquellos en que se tramita un procedimiento distinto al legalmente establecido al efecto.[171]

Fuera de estos casos, se tiende a considerar que la simple infracción de un trámite, incluso aunque éste tenga un carácter esencial, no comporta la nulidad de pleno derecho, sino la mera anulabilidad del mismo. Esta tesis parte de la consideración de que el derecho administrativo es, por esencia, un ordenamiento jurídico de carácter antiformalista, en el que el defecto de forma tiene un carácter puramente instrumental, esto es, sólo tiene relevancia en la medida en que influye en la decisión de fondo.

De aquí se deriva la consideración de las deficiencias procedimentales como simples irregularidades invalidantes en cuanto no generen una indefensión. Esto es, se consideraran sanadas en la medida en que las posibilidades de defensa que ofrecen a los administrados o al interés público puedan ser subsanadas a lo largo de las distintas oportunidades que ofrece el procedimiento administrativo y, en su caso, el recurso administrativo y/o el recurso contencioso-administrativo. Por ejemplo, la falta de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo sería una mera irregularidad no invalidante si se da esa audiencia en el recurso administrativo o contencioso, y se permite al interesado defender de forma debida su posición.

Si aún después de pasar por esas distintas posibilidades de reducción del vicio formal éste persistiera, se podrían dar dos situaciones diferentes. La primera es que ese defecto formal no tuviera trascendencia en cuanto al fondo de la decisión, que hubiera permanecido inalterable pese a esa deficiencia. En tal caso el principio de economía procesal impide repetir la tramitación de un procedimiento que está destinado a desembocar en el mismo resultado.

170 Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, este "olvido total y absoluto del procedimiento establecido no hay que identificarlo, sin embargo, con la ausencia de todo procedimiento. Ello significaría reducir a la nada el tipo legal, ya que, aunque sólo sea por exigencias derivadas de la organización siempre hay unas ciertas formas, un cierto *iter* procedimental, por rudimentario que sea, en el actuar de los órganos administrativos" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 617).

171 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* pp. 1602-1605; Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 192-193.

Si, en segundo lugar, el vicio formal incidiese verdaderamente en el fondo de la decisión, se podrían dar hasta tres casos distintos. El primero de ellos sería que la decisión adoptada fuese, a pesar de ello correcta. No tendría sentido, entonces, invalidar un acto que sabemos que es conforme al ordenamiento jurídico. El segundo supuesto sería que se supiese que la decisión de fondo es incorrecta. Habría, entonces, que declarar la existencia de un vicio de forma y de fondo, aunque este último sería el verdaderamente relevante, pues es el que determina realmente la invalidación del acto. Por último, hay un tercer supuesto posible: que el vicio de forma haya determinado la imposibilidad de decidir acerca de la corrección o incorrección de la decisión de fondo adoptada. Es en este caso cuando el defecto de forma despliega plenamente su virtualidad, pues de él se deriva necesariamente la nulidad del acto.[172]

172 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que se "ha dicho que no hay derecho menos formalista que el derecho administrativo y esta afirmación es plenamente cierta [...]. Al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce tan siquiera con carácter general virtud anulatoria de segundo grado, anulabilidad salvo en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo previsto, cuando éste tenga carácter esencial, o se produzca una situación de indefensión.

"Este mismo concepto de indefensión es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir, en una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia, en los que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vista.

"El vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración.

"La utilización de una perspectiva dinámica o funcional [...] es absolutamente fundamental para situar definitivamente el vicio de forma en el lugar que le es propio dentro de la teoría de las nulidades de los actos administrativos.

"El procedimiento administrativo y la vía de recurso ofrecen al particular oportunidades continuas de defenderse y de hacer valer sus puntos

de vista, lo cual contribuye a reducir progresivamente la inicial trascendencia de un vicio de forma o de una infracción procedimental.

"De esta manera lo probable es que cuando se llegue a alcanzar la resolución capaz de causar estado en la vía administrativa, los vicios formales del acto inicial hayan quedado totalmente eliminados. Si esto no fuera así y subsistiera todavía una sombra de indefensión, el propio recurso contencioso-administrativo ofrece a lo largo de su tramitación nuevas oportunidades de eliminar esa sombra (alegaciones, prueba, diligencias para mejor proveer, etcétera).

"El vicio de forma puede ser objeto, por tanto, de una reducción progresiva. La indefensión que [...] determina su trascendencia invalidante puede serlo también, hasta el punto de llegar a desaparecer en muchos casos.

"Puede ocurrir que después de haber recorrido el largo camino señalado, quede todavía al final del mismo un defecto formal no subsanado. ¿Podrá declararse entonces la nulidad del acto afectado por dicho vicio formal?

"Si la decisión de fondo hubiera permanecido la misma, no tiene sentido anular el acto recurrido por motivos formales y tramitar otra vez un procedimiento cuyo resultado último ya se conoce. [...] Eficacia y celeridad sirven de fundamento al *principio de economía procesal,* al que es contraria la repetición inútil de la tramitación de un expediente.

"Una segunda hipótesis es la siguiente. El vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que ésta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal. En esta hipótesis cabe aún distinguir tres supuestos:

"Si la decisión de fondo es correcta, a pesar de todo —primer supuesto—, lo que procede es declararlo así y confirmar el acto impugnado. El propio principio de economía procesal obliga a ello, ya que tampoco tendría sentido en este caso repetir el procedimiento viciado si se sabe de antemano que la decisión final es ajustada a derecho.

"Si la decisión de fondo es incorrecta —segundo supuesto— entonces concurrirán dos vicios, capaces, en principio, de determinar la nulidad del acto: el vicio formal y el vicio de fondo. Lo procedente en este caso es declarar la existencia de ambos, y muy especialmente la del último de ellos, con el fin de evitar que, tramitado de nuevo el expediente y subsanado el defecto de forma cometido inicialmente, puedan repetirse otra vez las mismas infracciones de fondo [...]. Resulta entonces que en este segundo caso tampoco es el vicio formal el que determina realmente la anulación, sino el vicio de fondo.

Esta tesis cuenta con el aval de un sector importante de la doctrina,[173] si bien hay también autores en su contra, quienes consideran que las vulneraciones procedimentales graves deberían reputarse vicios de orden público, comportando la invalidez del acto en su máximo grado.[174]

"¿Qué papel corresponde entonces al vicio de forma? ¿En qué casos puede determinar por sí mismo la anulación de un acto? Justamente en el tercero y último de los supuestos anunciados, es decir en aquellos casos en que no es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no, porque precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada. No siendo posible por esta razón decidir con seguridad acerca de la corrección o incorreción sustancial del acto administrativo objeto de recurso, no hay más remedio que declarar la nulidad de dicho acto en base a la existencia del defecto formal advertido.

"Como regla general, el vicio de forma no es sino una presunción de ilegalidad del acto a que afecta, presunción que sólo puede prevalecer cuando no sea posible probar la corrección sustancial del acto o la independencia de la incorrección sustancial de éste respecto del defecto formal advertido" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 634-639).

173 Así, Parejo Alfonso *et al.*, que señalan que no "es posible [...] coincidir con las opiniones doctrinales críticas con la jurisprudencia expuesta. Más bien debe considerarse que ésta mantiene una postura equilibrada y ponderada, que atiende tanto a la naturaleza y la función institucional del procedimiento administrativo [...] como a las circunstancias concretas del caso. Lo esencial es, en efecto, si se ha respetado o no, de modo suficiente, el principio de contradicción (cuando éste sea pertinente) y si, consecuentemente, se ha cumplido en el procedimiento el necesario debate sobre su objeto, sobre la cuestión de fondo. Como quiera que ni el procedimiento es un proceso judicial, ni la Administración es equiparable al juez, el criterio determinante ha de ser el servicio al interés general, con el debido respeto a las garantías del administrado, pero sin sustantivación excesiva de esta última dimensión" (*op. cit.,* p. 460).

174 En tal sentido Parada Vázquez, que postula "la configuración de los vicios de forma graves como vicios de orden público que originan la nulidad radical o de pleno derecho como hacía la vieja jurisprudencia de lo contencioso-administrativo que, al igual que en los procesos penales y civiles de apelación, analizaba tales vicios en un pronunciamiento preferente. La importancia de las formas, de la garantía, en suma, en relación al acto administrativo limitador de derechos, sancionador o arbitral, debe ser exactamente igual que la de las formas previas a los actos judiciales. Por ello, resultaba peligrosa la tesis de que los vicios

Son actos nulos de pleno derecho los dictados con manifiesta incompetencia material o territorial. Tal consecuencia se deduce de la vinculación positiva de la administración al derecho, que exige que ésta no pueda ejercitar poderes de los que carece por no haber recibido la oportuna habilitación legal para ello. El acto dictado por órgano incompetente material o territorialmente, consiguientemente, procede de un sujeto no capacitado para dictarlo, pues no ha recibido la atribución de esa facultad por parte del ordenamiento jurídico. El resultado no puede ser otro que la nulidad radical de los actos dictados en dicha circunstancia.[175]

De este régimen escapan, sin embargo, aquellos actos aquejados de incompetencia jerárquica, porque se considera que serían subsanables mediante la convalidación del superior jerárquico competente.[176] No obstante, esta solución debe hacerse extensible sólo a aquellos casos en los que la distancia jerárquica entre el órgano que dictó el acto y el órgano competente no es muy alta, pues de lo contrario parece lógico considerar que estaríamos también ante un acto nulo de pleno derecho, no convalidable.[177]

---

de forma deben analizarse desde una perspectiva funcional, reduciendo su inicial trascendencia" (*Derecho administrativo I, op. cit.,* p. 201).

175 Señala Morell Ocaña que la nulidad de pleno derecho de los actos dictados por órgano incompetente por razón del territorio o la materia se "deriva de la rigurosa construcción del principio de legalidad que es propia del derecho administrativo. La afirmación dogmáticamente sostenida de que la Administración no puede actuar como tal si carece de habilitación legal para ello, tiene ahora su consecuencia lógica en el campo de las nulidades: si el acto no queda dentro de la esfera de capacidad (acotable por razón de la materia y del territorio) que la ley entrega al ente administrativo, ni de las potestades con que la propia ley le ha dotado para ejercer sus funciones públicas, *el ente carece de competencia* (empleada la expresión *lato sensu*...) *para actuar:* el acto será nulo de pleno derecho" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 328-329).

176 Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 223.

177 Parada Vázquez, *Derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 189-190; Enríquez Sancho, *op. cit.,* pp. 267-268. Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que "esta conclusión no nos parece acertada en la medida en que no tiene en cuenta la gravedad del vicio (que es el factor determinante de la existencia de una gradación) sino un criterio completamente al margen de tal consideración. No existe razón objetiva alguna para considerar que la incompetencia funcional o territorial hayan de ser causa de nulidad mientras que la incompetencia jerárquica sólo pueda dar lugar a la anulabilidad del acto. [...] Habrá que atender, pues, a la gravedad del

No plantea duda alguna que serán nulos de pleno derecho los actos dictados cuando falta la propia atribución de potestad, ya que éste es, en realidad, el caso en que se produce la más absoluta falta de competencia.[178]

Dado su carácter de elementos estructurales del ordenamiento jurídico, pocas dudas puede plantear la aplicación de la sanción de invalidez en su grado máximo a los actos que se dicten vulnerando derechos fundamentales.[179] La dificultad surge, sin embargo, al determinar cuál es el grado preciso de afectación al derecho fundamental para que se produzca tal consecuencia. Debe tenerse presente que, precisamente por su carácter esencial antes reseñado, cualquier cuestión jurídica es susceptible de vincularse de una forma u otra con un derecho fundamental, por lo que parece evidente que no cualquier simple incidencia negativa en el campo de los derechos fundamentales puede conllevar la nulidad de pleno derecho como sanción.

Por una parte, se ha señalado que se castigará con el mayor grado de invalidez todo acto que impida el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, sin que pueda distinguirse si se vulnera su contenido esencial o su contenido adicional.[180] Por otra, se apunta, con razón

---

vicio o, lo que es lo mismo, a la extensión del desajuste entre la competencia del órgano y el acto producido por el mismo para decidir si existe o no causa de nulidad [...] la convalidación sólo se refiere a los actos anulables y, por tanto, únicamente la incompetencia jerárquica no grave puede ser considerada como vicio de anulabilidad" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 186-187).

178 Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 268.

179 Chinchilla Marín, *Nulidad..., op. cit.,* pp. 195-198. Como indica Enríquez Sancho, la "configuración de los derechos fundamentales no sólo como atributivos de un ámbito de libertad inmune a la actuación estatal y de efectivos derechos subjetivos ejercitables frente al Estado, sino también como integrantes de un cuadro de valores que se reconocen en [...] la Constitución como fundamentales del orden político y de la paz social justifica sobradamente la imposición de la más grave sanción de la nulidad absoluta de los actos administrativos que los infrinjan" (*op. cit.,* p. 266).

180 En tal sentido Chinchilla Marín, quien considera que "lesiona un derecho fundamental el acto administrativo —en sentido genérico— que impide *el pleno ejercicio de los derechos fundamentales* [...]. Basta, pues, que el acto impida ejercer el derecho fundamental en su plenitud, plenitud que [...] abarca no sólo el contenido esencial del derecho fundamental, sino también su contenido no esencial o adicional. El quebrantamien-

que este criterio debe ser aplicado con prudencia, salvando el carácter estrictamente restrictivo que la nulidad de pleno derecho tiene en el derecho administrativo y, en consecuencia, aplicándolo sólo a aquellas vulneraciones de derechos fundamentales que resulten relevantes.[181] Conciliar ambos extremos nos parece en la práctica una tarea difícil y delicada, que sólo una ajustada práctica judicial podrá llevar a buen término.

A este listado se deben añadir también los actos que supongan la adquisición de facultades por parte de quienes carecen de los requisitos esenciales para ello. Hay quien se ha pronunciado en contra de esta tesis, considerando que eso habilita a la Administración a revocar, sin límite temporal alguno, los actos favorables a los administrados, ya que sería posible dar una interpretación amplia que comprendiera en este supuesto todos los actos contrarios al ordenamiento jurídico.[182] No compartimos esta opinión, pues la causa tiene virtualidad invalidante sólo para aquellos actos en los que se otorgan facultades

---

to de un derecho fundamental no es fraccionable: o se vulnera o no se vulnera, con independencia de que las facultades afectadas por la vulneración formen parte del contenido esencial o del contenido adicional de aquél. Distinto es que no toda incidencia negativa por parte de la actuación administrativa en el ejercicio de un derecho fundamental merece la consideración de lesión o vulneración del mismo, pero cuando se trate de una verdadera lesión lo será, tanto si afecta a su contenido esencial, como si afecta sólo a su contenido adicional. Cuando esto ocurra el acto en cuestión deberá declararse nulo, esto es, radicalmente nulo, sin distinciones entre nulidad y anulabilidad" (*Nulidad..., op. cit.,* p. 198).

181 En tal sentido, señala Bocanegra Sierra que "las exigencias institucionales de la nulidad de pleno derecho (su reserva para infracciones de carácter manifiesto y grave) y la necesidad de que la lesión de los derechos fundamentales de matiz procesal dé lugar a verdaderas situaciones materiales de indefensión, lo que pueda posibilitar la configuración de una regla juiciosa que evite, en todo caso, las vulneraciones más graves del ordenamiento jurídico administrativo, que afectan al núcleo esencial de la dignidad humana, esto es, a la esfera de libertad que los derechos fundamentales protegen frente a las inmisiones de los poderes públicos" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 170).

182 Señala Enríquez Sancho que esta opción "parece peligrosa; puesto que su objeto son los actos favorables al administrado la consecuencia no es otra que habilitar a la Administración para que pueda proceder a su revocación sin límite temporal alguno. En una interpretación amplia todos los actos que otorguen derechos o facultades a quien carezca de los requisitos esenciales para su adquisición serían contrarios al orde-

o derechos cuando faltan "requisitos esenciales", esto es, imprescindibles, de importancia notoria. En consecuencia, no cualquier deficiencia o carencia puede suponer el rechazo, sino sólo aquellas que tengan una importancia cualificada.

No se puede negar, ciertamente, que se trata de un supuesto de difícil precisión en la práctica, cuya concurrencia sólo se podrá decidir en el caso concreto, pues de otra forma no se puede saber cuándo faltan los requisitos esenciales para adquirir un derecho o facultad.[183] Pero su precisión no es imposible, y con el tiempo la práctica administrativa y judicial irá limando los límites de este supuesto y aumentando la seguridad jurídica al respecto. Huelga decir que, dada la gravedad de la sanción prevista, se configura, como ya hemos visto, como una sanción excepcional, aplicable sólo a la no concurrencia de requisitos especialmente relevantes,[184] por lo que dicho carácter esencial del requisito deberá sujetarse a interpretación restrictiva. A esto se añade, obviamente, la necesidad de que la carencia de ese requisito esencial sea incontrovertible.[185]

Una parte de la doctrina considera también dentro de la nulidad de pleno derecho los actos que denieguen la adquisición de derechos o facultades cuando se cumplen estrictamente los requisitos exigidos para su adquisición.[186] Nos parece correcta esta apreciación, pero sólo en la medida en que se trate de supuestos en los que no haya margen alguno para la valoración; esto es, cuando se trate de facultades o derechos para cuya adquisición se deban cumplir un conjunto de requisitos totalmente reglados, que sea evidente que concurran en el caso concreto. Fuera de estas situaciones, supondría a nuestro juicio introducirse en una vía peligrosa, que generaría una notable inseguridad jurídica y acabaría convirtiendo prácticamente cualquier denegación de una solicitud en una posible causa de nulidad de pleno derecho.

---

namiento jurídico y resultarían incluidos en esta causa de nulidad" (*op. cit.,* p. 27).

183 Apunta Chinchilla Marín que definir "qué requisitos son *esenciales* para adquirir una facultad o un derecho es algo que, en mi opinión, sólo cabe hacer ante los concretos derechos o facultades de que se trate, sin que ni siquiera en tal caso sea una tarea fácil" (*Nulidad..., op. cit.,* p. 200).

184 Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 176.

185 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 624.

186 Chinchilla Marín, *Nulidad..., op. cit.,* p. 201.

Por último, aunque hay quien considera que se trata más bien de un supuesto de inexistencia que de nulidad de pleno derecho,[187] y quien lo considera un falso supuesto de invalidez (dado que la propia realidad fáctica determina el efecto que se logra con la invalidación del acto),[188] se suele considerar que serán nulos en su grado máximo también los actos que tengan un contenido imposible. La doctrina discrepa del alcance que se debe dar a este supuesto. Para algunos comprende tanto la imposibilidad física como la legal.[189] Mientras que para otros dicha consecuencia se extenderá sólo a los actos cuya imposibilidad sea física o material, pero no cuando sea meramente jurídica, pues en tal caso se podría llegar a castigar con la nulidad de pleno derecho todo acto contrario a la legalidad.[190]

Debe tenerse presente, a tales efectos, que son actos de contenido imposible aquellos cuyo contenido no está lo bastante determinado como para llevarse a la práctica, pues difícilmente se podrán cum-

187 En tal sentido Boquera Oliver, que entiende que "cuando un contenido es imposible sólo es una apariencia de contenido. La falta de este elemento esencial del acto administrativo —como la de cualquier otro elemento de este carácter— origina su inexistencia" (*Estudios..., op. cit.,* p. 87). García de Enterría y Fernández Rodríguez entienden que "más que de actos nulos de pleno derecho habría que hablar de actos inexistentes, ya que, normalmente la imposibilidad de contenido se traduce en la imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 613). También sostiene esa opinión Báez Martínez (*op. cit.,* p. 280).

188 En tal sentido, Villar Palasí y Villar Ezcurra, que entienden que "esta causa de nulidad carece de sentido como tal ya que no se refiere a un desajuste del acto con el ordenamiento jurídico sino con la realidad a la que debe ser aplicada [...]. La imposibilidad material provoca, de suyo, la ineficacia del acto por lo que resulta absurdo tener que proceder a la declaración formal de un supuesto vicio, toda vez que el resultado que pueda derivarse de ello ya ha sido obtenido de hecho (es decir, la ineficacia del acto). Se trata, en suma, de un falso motivo de nulidad, tanto por su estructura (al no existir quebrantamiento del ordenamiento jurídico) como por sus efectos (imponiendo una ineficacia que ya se ha producido en la mayoría de los casos)" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 188).

189 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1598.

190 Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 332; Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 268; Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 187-188; Parejo Alfonso *et al., Manual..., op. cit.,* p. 495-496; Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* pp. 172-173.

plir, por no saberse de forma suficientemente precisa en qué consisten.[191] También lo son aquellos que sufren una imposibilidad lógica, derivada de la existencia de elementos contradictorios que privan al acto de la necesaria coherencia exigida por la lógica jurídica.[192] Cabe aclarar que para que la imposibilidad del acto determine la nulidad es preciso que sea originaria; si aparece de forma sobrevenida, no estamos ante un supuesto de invalidez, sino de ineficacia.[193]

A estos supuestos generales se debe añadir cualesquiera otros supuestos específicamente recogidos en el ordenamiento jurídico de Nicaragua.

En todo caso, a la hora de aplicar este listado debe tenerse en cuenta que la nulidad de pleno derecho es en el derecho administrativo una sanción en cierto modo excepcional, por lo que será objeto de interpretación restrictiva.[194]

6.2.3. Anulabilidad

La anulabilidad es la sanción que reciben con carácter general los actos administrativos afectados por algún vicio de invalidez.[195] Pode-

191 En tal sentido, Morell Ocaña, que señala que "se equiparán a la imposibilidad la indeterminación y la ambigüedad; es decir, aquellos casos en que la declaración no establece, con la precisión y claridad indispensables para que pueda cumplirse, el contenido de lo que impone u otorga. Se recoge, así, una de las hipótesis tradicionales de nulidad: aquella en que se frustra el fin que la declaración se ha propuesto porque el mismo o los medios para su obtención, no han sido objeto de la indispensable determinación" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 332).

192 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que "imposibilidad lógica se produce cuando en la estructura del acto se aprecian elementos irremisiblemente contradictorios, sin que exista aquella lógica congruencia, aquella interna armonía que postula una elemental regla de lógica jurídica" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 188).

193 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.*, p. 613.

194 Chinchilla Marín, *Nulidad..., op. cit.*, p. 200.

195 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 158. Como señala González Pérez, la "anulabilidad constituye la consecuencia general de las infracciones del ordenamiento jurídico administrativo. Cuando un acto administrativo infringe el ordenamiento jurídico es anulable" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.*, p. 1612).

mos considerar a ésta como una suerte de categoría residual: serán anulables todos los actos infectados por un vicio que carece de la gravedad para ser considerado como de nulidad de pleno derecho, pero con la suficiente entidad como para determinar la invalidez. Esto la diferencia de lo que, como veremos en el siguiente apartado, constituye una irregularidad no invalidante.

No hay una posición unánime acerca de la sanción que debe comportar la desviación de poder. Con carácter general se suele considerar como una causa de anulabilidad. Aunque hay quien discrepa de esta calificación, ya sea demandando en todo caso su conversión en una causa de nulidad de pleno derecho;[196] o bien considerando que debería distinguirse según si la desviación consiste en la persecución de un fin distinto al exigido por la norma, pero público, o un fin privado del agente, siendo en el primer caso causa de anulabilidad y en el segundo de nulidad de pleno derecho.[197]

Cuando se trata de vicios de anulabilidad, se da al administrado un plazo para impugnarlos, transcurrido el cual el vicio deviene inatacable; en tal caso, se presume que ha sido consentido por el afectado y queda firme a todos los efectos. Se puede afirmar, por ello, que son vicios que sanan con el paso del tiempo.[198]

196 En tal sentido, Chinchilla Marín, que apunta que sorprende "que la desviación de poder no figure entre los motivos de nulidad radical, pues el vicio en el elemento causal de los actos administrativos puede revestir en algunos casos una gravedad tal que justifique la aplicación de la sanción máxima de la nulidad de pleno derecho [...]. Y sorprende especialmente porque la desviación de poder es, en general, una de las ilegalidades más graves que pueden cometer las administraciones públicas" (*Nulidad..., op. cit.,* p. 205).

197 García de Enterría y Fernández Rodríguez consideran que no "es lo mismo, evidentemente, que el fin perseguido realmente sea un fin público, aunque diferente del fijado por la norma, que sea un fin privado del agente. En este último caso hay algo más que una desviación de poder, determinante de la anulabilidad del acto; hay, en efecto, una verdadera apropiación de la organización y de sus instrumentos por el agente en su exclusivo beneficio individual, una usurpación de poderes administrativos indigna de toda protección y cuya depuración no puede quedar al arbitrio del particular concretamente afectado por el acto producido" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 625). Véase también, Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 272.

198 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* pp. 1609-1610; Escuin Palop, *op. cit.,* pp. 276-277; Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263; Boquera Oliver, *Estudios..., op. cit.,* pp. 113-114; Santamaría Pas-

La persecución de los vicios de anulabilidad queda exclusivamente entregada a los afectados por la misma; es decir, puede hacerse valer tan sólo por los interesados.[199]

Asimismo, el acto anulable puede ser convalidado, mediante la eliminación del defecto que impedía su validez, con lo que queda sanado y produce sus efectos normales.[200]

La anulabilidad produce efectos *ex nunc*, esto es, desde el momento en que la declara el órgano administrativo o judicial competente. Se respetan, en consecuencia, los efectos producidos por el acto hasta que se produce su efectiva invalidación.[201]

A diferencia de la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad requiere de un pronunciamiento expreso de un órgano administrativo o judicial competente que la haga valer, por lo que la resolución o sentencia que la declare tiene carácter constitutivo.[202]

6.3. Irregularidad no invalidante

En el ámbito del derecho administrativo, junto a las categorías básicas de invalidez, nulidad de pleno derecho y anulabilidad, se dis-

tor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 162. Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que la "anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio exclusivo del particular afectado por el acto viciado. Para ello se reconoce a éste la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de nulidad del acto. Si esta reacción del afectado no se produce el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de dependencia prolongada" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 629).

199 Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263.

200 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 162. Como indica González Pérez, los "actos administrativos anulables, a diferencia de los nulos de pleno derecho, pueden ser subsanados. Al desaparecer el defecto que los invalidaba, el acto deviene válido. Se borra la infracción en que incurriría y, por tanto, el acto queda plenamente ajustado a derecho" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1637).

201 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1610; Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263; Boquera Oliver, *Estudios..., op. cit.,* pp. 112-113.

202 Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 263.

tingue una adicional: la irregularidad no invalidante, entendiendo por tal aquellas deficiencias de escasa entidad que no requieren, por ello, de fuerza invalidante.[203] Las razones a las que obedece la existencia de esta tercera categoría de vicios deben buscarse en motivos prácticos de eficacia procesal: no tiene sentido proceder a la anulación de actos que adolecen tan sólo de pequeñas irregularidades que no les impiden en absoluto realizar correctamente su cometido.[204]

Dentro de esta categoría se suelen comprender, en primer lugar, las actuaciones realizadas fuera de plazo por la Administración, siempre que ese plazo no sea esencial. Se debe considerar esencial y, por lo tanto, con trascendencia anulatoria, aquellos plazos a los que el ordenamiento jurídico anuda una consecuencia jurídica ineludible y que en un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva serían susceptibles de otorgar una ventaja a los demás candidatos.[205] En cambio, será irregularidad no invalidante la vulneración de aquellos plazos que el ordenamiento jurídico no establece con un propósito esencial, sino únicamente para evitar una demora excesiva por parte de la Administración en el cumplimiento de sus cometidos.[206]

En segundo lugar, se incluyen también dentro de esta categoría aquellos defectos de forma que no impiden que el acto produzca su fin ni generan indefensión.[207] Esta consecuencia se deriva de la instrumentalidad de las formas, que sólo tendrán trascendencia cuando afecten al fondo, es decir, al contenido material del acto.[208] Debe entenderse

203 *Ibíd.,* p. 274. Señala Boquera Oliver que la "infracción leve del ordenamiento jurídico —calificada como irregularidad— no repercute sobre la eficacia jurídica de los actos administrativos, aunque puede ocasionar responsabilidad administrativa para su autor" (*Estudios..., op. cit.,* p. 111).

204 Como señala Morell Ocaña, "un imperativo pragmático lleva al mantenimiento de aquellos actos administrativos que, aun presentando una determinada irregularidad, pueden alcanzar el fin propuesto, sin merma de las garantías que el ordenamiento brinda a las libertades y derechos de los particulares" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 324).

205 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 161.

206 Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 199.

207 Enríquez Sancho, *op. cit.,* pp. 274-275.

208 Parejo Alfonso *et al., op. cit.,* p. 500.

que se trata de defectos que impiden al acto alcanzar su fin aquellos que no permiten decidir acerca de la validez o invalidez del acto.[209]

Una consecuencia especial derivada de los vicios procedimentales es la nulidad de actuaciones. Si durante la tramitación de un procedimiento se incurre en un vicio de trascendencia anulatoria se produce, como regla general, la nulidad de actuaciones,[210] esto es, la anulación del trámite desde el momento en que se produce ese vicio, lo que obliga a la nueva tramitación del procedimiento.[211]

Este modo de sancionar los defectos procedimientales ha sido criticado por una parte de la doctrina, que considera que lo procedente sería resolver sobre el fondo, pese a ese defecto de forma, siempre que sea posible; y en caso de que no lo sea, simplemente anular el acto impugnado, pues en caso contrario se sanciona en contra del recurrente, dejando en manos de la Administración la posibilidad de mantener el procedimiento eternamente pendiente, mediante la provocación sucesiva de la nulidad de actuaciones. No obstante, debe admitirse la nulidad de actuaciones en vía administrativa, en virtud de los poderes jerárquicos del órgano encargado de conocer el recurso, que le permiten retrotraer el procedimiento para su correcta tramitación.[212]

209 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 161.

210 Enríquez Sancho, *op. cit.,* p. 273; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 347.

211 González Pérez apunta que, con "la expresión 'nulidad de actuaciones' se designa todos los supuestos de ineficacia de los actos de un procedimiento como consecuencia de haberse incurrido con anterioridad en un defecto de procedimiento esencial" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1637). Villar Palasí y Villar Ezcurra señalan que en tales supuestos "todo el procedimiento se anula a partir de la infracción advertida mediante la resolución estimatoria del recurso, que se limita, por ello, a declarar la nulidad de lo actuado con posterioridad y a restituir las actuaciones al estado que tenían cuando se cometió el error. Su efecto es, por tanto, meramente negativo" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 234).

212 Es la opinión de García de Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que esta "estructura de las sentencias, limitada a declarar la nulidad de lo actuado y a ordenar la reconstrucción del expediente a partir del momento en que se cometió el defecto formal, carece de justificación institucional [...] y lleva consigo, en muchas ocasiones, una prima de ilegalidad y una paradójica condena en perjuicio del recurrente.

6.4. Invalidez y plazo de impugnación

La impugnación de los actos administrativos está sujeta a rigurosos plazos de caducidad, transcurridos los cuales sin la interposición del correspondiente recurso se produce la inatacabilidad del acto, y se genera de esta forma una prescripción de *facto* de los derechos materiales afectados por el mismo. Esta tesis encuentra apoyo en la necesidad de seguridad jurídica,[213] si bien dicho fundamento debe ser

---

"Carece de justificación institucional, porque si el defecto de forma tiene verdadera trascendencia por haber sustraído elementos de juicio de valor esencial, lo que procede es anular el acto viciado pura y simplemente, sin añadir orden alguna de reconstruir el expediente, decisión que la Administración es libre de adoptar.

"Supone en muchos casos una prima a la ilegalidad y una condena en perjuicio del recurrente, porque se deja en manos de la Administración prolongar indefinidamente la situación de injusticia, sin más que reiterar los vicios formales en cada nueva tramitación.

"Por todas estas razones es forzoso considerar como una práctica viciosa la declaración de nulidad de actuaciones por vicios formales.

"Si éstos existen, hay que tratar de llegar a pesar de ellos a un enjuiciamiento del fondo, siempre que sea posible; si no lo es, porque la comisión de la infracción formal ha sustraído elementos de juicio esenciales que impiden una valoración del acto en cuanto al fondo, lo que procede es declarar sin más la nulidad de dicho acto y restablecer de inmediato la situación del recurrente indebidamente alterada por el mismo.

"Sólo en el ámbito administrativo [...] es posible acordar la nulidad de lo actuado y la retroactividad del expediente al momento en que el vicio de forma fue cometido [...] Esta posibilidad se justifica solamente en el ámbito de la supremacía jerárquica del órgano administrativo que resuelve el recurso [...] pero no es posible trasladarla al campo del recurso contencioso-administrativo por la sencilla razón de que éste no es un recurso jerárquico, ni los tribunales de la Jurisdicción son superiores de la Administración" (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.*, pp. 639-640).

213 En tal sentido Boquera Oliver, que señala que la "seguridad jurídica no es compatible con dejar abierta indefinidamente la posibilidad de discutir y, en su caso, destruir, el acto presuntamente legal". A lo que añade que permitir "que cualquiera pueda interponer recursos sería conveniente para la vida en comunidad, pues debe anularse todo acto ilegal, lesione o no lesiones intereses o derechos del recurrente, pero permitir que éstos se impugnen en cualquier momento produciría una grave inseguridad para las relaciones jurídicas y abriría la posibilidad de paralizar la actividad de la Administración. No es un signo de pro-

contrarrestado por las exigencias de la tutela judicial efectiva, que parece claramente reñida con los efectos que produce este restrictivo régimen.[214] Tienen, por ello, razón, quienes han formulado fuerte crítica contra esta doctrina.[215]

A pesar de ello, el derecho positivo de Nicaragua mantiene la sujeción de la impugnación de la actividad administrativa a breves plazos de caducidad, por lo que transcurridos éstos se cierra la posibilidad de recurrir el acto, que deviene inatacable. Sin embargo, dicho razonamiento no es aplicable, aunque haya alguna opinión en

---

greso paralizar a quien debe procurar la satisfacción de los intereses públicos" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 128-129).

214 En tal sentido, Brewer-Carías señala que esta prerrogativa "se justifica por la necesidad de que las actuaciones administrativas tengan cierta estabilidad en beneficio de la seguridad jurídica. [...] Ahora bien, la consideración de la vía contencioso-administrativa como una manifestación del derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, sin duda exige compatibilizar el principio de la estabilidad de las decisiones administrativas con el principio de legalidad" (*Nuevas tendencias..., op. cit.,* p. 149).

215 En tal sentido Parada Vázquez, que considera que el "derecho a combatir una injusticia es una garantía de quien lo sufre, sin que se le pueda obligar a hacerlo a seguidas del acto mismo que considera lesivo, o en un brevísimo plazo so pena de perder definitivamente su derecho, porque quizás no sea desde su particular circunstancia personal o económica el momento más adecuado para afrontarlo" (*Derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 759-760). Morell Ocaña, por su parte, entiende que esta doctrina "ha llevado a una situación absolutamente criticable desde el punto de vista de la propia primacía de la legalidad, ya que el acto que se ha convertido en inimpugnable puede ser ilegal. Es decir, se *ha terminado por imponer el postulado de estabilidad* de las situaciones jurídicas generadas por un acto administrativo *al de la legalidad de la actuación de la Administración*" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 418). García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan: "criticamos enérgicamente este estado de cosas, cuya falta de justificación, material y técnica, considerábamos indiscutible. Decíamos entonces que no era justo que pudieran perderse derechos sustantivos de los particulares por el simple transcurso de unos pocos días y que en la base de ese planteamiento latía una confusión inadmisible entre las cuestiones de procedimiento y las cuestiones de fondo, entre el concepto de facultades procedimentales y el derecho material, confusión que resultaba de una traslación al derecho administrativo material del efecto formal de 'preclusión procesal' " (*Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 630).

contra,[216] a los actos afectados por vicios de nulidad de pleno derecho que, por ser imprescriptibles, podrán ser impugnados en cualquier momento[217] y no podrá aplicarse a los mismos la excepción de acto confirmatorio.[218]

6.5. La conservación del acto administrativo inválido

Por razones obvias de eficacia, hay que tratar de reducir al máximo las consecuencias derivadas de la invalidez de los actos administrativos, a fin de evitar un gasto inútil de tiempo y de dinero. Esto obliga a restringir los efectos invalidantes de los vicios a aquellos actos o partes de un acto que se ven afectadas propiamente por la infracción del ordenamiento jurídico de que se trate, sin extenderlos a aquellos actos o partes de un acto cuyo contenido hubiera sido el mismo si no se hubiese incurrido en esa vulneración legal.[219]

216 En ese sentido, Boquera Oliver, que considera que si se consolidara esta tesis, "con sólo decir que se impugnan actos nulos de pleno derecho, podrán interponer recursos quienes quieran, cuando quieran y contra lo que quieran, y con los actos nulos de pleno derecho se podrá hacer lo que se quiera. Esta actitud tiene justificación si existen 'indicios racionales' de que lo impugnado es una apariencia de acto administrativo, pero no es legalmente posible si los 'indicios racionales' son de que el acto administrativo es nulo de pleno derecho. Si para evitar caer 'en actividades inútiles' los jueces olvidan la presunción de legalidad del acto administrativo y las exigencias procesales que ésta comporta, resultarán superfluos el derecho administrativo y las normas reguladoras de los procesos contencioso-administrativos" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 127-128).

217 Como señala Brewer-Carías, "la caducidad de un recurso de nulidad por transcurrir el lapso [...] previsto en la ley para su ejercicio, no puede convertir en legal lo que es ilegal, y menos aún puede dar estabilidad a decisiones que, por ejemplo, estén viciadas de nulidad absoluta o violen derechos constitucionales" (*Nuevas tendencias..., op. cit.,* p. 151).

218 Apuntan Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González que lo "característico del acto afectado de nulidad absoluta consiste en que 'no corren los plazos para su impugnación' al tratarse de acto que *tractu tempore convaleceré non potest*; por lo que frente a un recurso formalmente extemporáneo contra el mismo no podría invocarse la doctrina del 'acto confirmatorio' " (*Tratado de derecho administrativo,* vol. III, 2ª. ed., Madrid, 2006, pp. 27-28.

219 Señala González Pérez que el "principio *favor acti* se traduce en la presunción de validez [...]. Llega hasta eliminar la invalidez por razón de

Un primer grupo de medidas en tal sentido se relaciona con los supuestos en que se produce un vicio invalidante en las actuaciones durante la tramitación de un procedimiento administrativo. En tal supuesto, esa infracción no produce sólo la invalidación del acto de trámite concretamente afectado, sino también la de todos los subsiguientes a éste que, por ser el procedimiento administrativo una unidad integrada por actos vinculados entre sí, estarán normalmente relacionados con el viciado.[220]

Sin embargo, en aplicación del principio de conservación del acto administrativo se deberán tratar de reducir estos rigurosos efectos siempre que sea posible. Así, cuando nos encontremos con actos que no se vinculan con el viciado y son, por tanto, totalmente independientes de éste, aunque sean posteriores al mismo, conservaran su validez.[221] No obstante, esta situación tendrá un carácter más bien limitado en la práctica, pues lo más frecuente será que los actos pos-

economía procesal cuando la repetición de las actuaciones conduciría a un resultado igual o, al menos, a limitar sus efectos" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1628). En la misma línea, Chinchilla Marín señala que esta restricción de la invalidez es "la aplicación en el ámbito del derecho administrativo de la regla general expresada por el aforismo romano *utile per inutile non vidiatur*. Con ello se trata de evitar que la ilegalidad de un acto, ya sea determinante de nulidad de pleno derecho o anulabilidad, no contamine al resto del procedimiento o de los actos dictados como consecuencia del que se declara nulo o anulable. Se establece así la intransmisibilidad o incomunicación de las nulidades para evitar que lo 'útil' se vicie por lo 'inútil' " (*Nulidad..., op. cit.,* p. 207).

220 Boquera Oliver, *Estudios..., op. cit.,* p. 233. Como señala González Pérez, en "principio, la anulabilidad de un acto de los que integran el procedimiento determina la de los actos sucesivos del mismo y, por tanto, la anulación supondrá retrotraer las actuaciones administrativas al trámite en que se cometió la infracción" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1629).

221 Como señala González Pérez, existen "actos en los que no se da aquella 'causalidad' respecto de los anteriores, que es la propia del procedimiento, actos que aun cuando están integrados en el procedimiento son independientes del anulado. Todas aquellas actuaciones que no traigan causa del acto anulado, han de mantenerse válidas. Y, cuando se repongan las actuaciones al momento en que se cometió la infracción y repitan los trámites ulteriores, resulta necesario repetir las actuaciones que eran independientes del acto que incurrió en la infracción" (*ibid.,* pp. 1629-1630).

teriores estén en relación con los anteriores y se vean afectados por los vicios que aquejan a éstos.[222]

Tampoco se extenderá la anulación de actuaciones a aquellos actos cuyo contenido no variaría si se repitiera su realización. Sería contrario al principio de economía procesal, y a la propia lógica, malgastar medios humanos y materiales en reiterar una actuación que se sabe va a producir idénticos resultados.[223]

Las medidas que acabamos de examinar se pueden extender también, en algunos casos, al interior del acto administrativo. Éste está compuesto en ocasiones de diversas partes perfectamente diferenciadas.[224] Cuando sólo es una de ellas la afectada por el vicio invalidante, no es preciso que todas las demás sigan su misma suerte, pues se podrá salvar la validez de aquellas que sean independientes de la infectada o que no fueran a cambiar en caso de ser repetidas.

222 Considera González Pérez que "difícilmente se aplicará esta excepción. Pues lo normal es que entre los actos que integran el procedimiento exista aquella conexión causal. De tal modo que cada uno presupone los anteriores. Así la audiencia y vista será de todo el expediente —por tanto, presupone todos los actos anteriores—, el informe de un órgano, por lo general, deberá emitirse a la vista de los anteriormente emitidos, etc. Ahora bien, puede que en algún supuesto no se dé aquella relación de causalidad y exista acto independiente al anulado. Así, respecto de los informes que se emitieron (y obran en el expediente) sin tener a la vista el informe omitido (omisión que da lugar a la anulabilidad) cuando éste no era presupuesto de aquéllos. Cuando así se regule, será absurdo que, anuladas las actuaciones, se repitieran unos informes que deben emitirse sin tener a la vista el anterior precisamente omitido y emitido al reponerse las actuaciones. Asimismo cuando la infracción consiste en la omisión del trámite de audiencia respecto de algún interesado, no tendría sentido anular la audiencia concedida a los demás y repetirla en su caso" (*Ibid.,* p. 1630).

223 Apunta González Pérez que el "principio de economía procesal, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procedimientos de toda índole, impone la conservación de los actos o trámites cuyo contenido sería el mismo de repetirse las actuaciones —dilatándose la tramitación, en contra del principio de celeridad y eficacia— para llegar a idénticos resultados. Si, racionalmente, puede preverse que se reproducirán los mismos actos, lo lógico es su mantenimiento" (*Ibid.,* p. 1636).

224 Señala González Pérez que el contenido del acto administrativo "no constituye una unidad indivisible: puede estar formado por declaraciones que aisladamente consideradas formen un todo que sean independientes de las demás" (*Ibid.,* p. 1631).

Nótese que para que se pueda producir esta salvación parcial de la validez de un acto es necesaria la concurrencia de un doble requisito. Por un lado, es preciso que se trate de un acto divisible, en el que se puedan encontrar partes independientes las unas de las otras, bien desde el punto de vista subjetivo (que se refiera a dos o más sujetos) u objetivo (que contenga aspectos distintos, susceptibles de individualizarse los unos de los otros). Por otro lado, se requiere que la parte salvada no dependa de elementos de la parte viciada, esto es, que la parte no anulada cuente con todos los elementos precisos para su validez por sí sola, y que tenga entidad propia para satisfacer el interés público que se pretendía.[225] Para que así ocurra, el defecto se debe dar en el contenido del acto, nunca en sus elementos estructurales (causa, fin...), pues la falta de éstos llevaría aparejada siempre la invalidez del acto en su conjunto.[226]

La conversión del acto administrativo es una medida dirigida a lograr la misma finalidad que las que hemos examinado antes, pero que está dotada de una naturaleza diferente. En este caso no se trata de mantener la validez del acto, sino de transformarlo en otro distinto. Más precisamente, se convierte un acto que es inválido como tal, en otro distinto, que sí sería válido, por cumplir todos los requisitos que se precisan para su validez.[227]

225 En tal sentido Chinchilla Marín, *Nulidad..., op. cit.,* p. 208; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 347-348.

226 Así lo señala Boquera Oliver, indicando que esta solución "sólo es aplicable al contenido del acto administrativo; a partes del contenido del acto administrativo. Si el contenido del acto lo constituyen derechos y obligaciones y se anula alguno o algunos de ellos por ilegales, los restantes pueden subsistir si no existe interdependencia esencial entre unos y otros. La causa, la voluntad, la forma y el fin no tienen partes. Ni el término 'partes' de dicho precepto puede entenderse como elementos componentes del acto administrativo porque la invalidez de un elemento constitutivo del acto origina la destrucción de éste" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 114-115).

227 Chinchilla Marín define la conversión como la "técnica en virtud de la cual se 'salva' a un acto de la anulación mediante su transformación en otro distinto" (*Nulidad..., op. cit.,* p. 209). Morell Ocaña considera que la conversión es "la figura jurídica en cuya virtud, y por efecto directo de la ley, el acto nulo o anulable que, sin embargo, contenga los elementos constitutivos de otro distinto, producirá los efectos de éste" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 348). Bocanegra Sierra entiende que la conversión de los actos administrativos es "la transformación

La conversión no supone propiamente la conservación del acto viciado, pues éste es inválido y desaparece. Más bien lo que supone es la creación, con los elementos de ese acto inválido, por motivos de eficacia, de otro diferente que si es válido. Hay, por tanto, que distinguir en la conversión entre un acto nulo que queda invalidado y un acto nuevo y distinto que nace de los elementos del anterior.[228] Nótese que no se trata de una convalidación, supuesto en el que se sanan los vicios que impiden la invalidez de un acto, y se eliminan así los obstáculos para su validez. En este caso no hay ninguna curación de vicios, sino la simple mutación de un acto, para convertirlo en otro diferente.[229]

En realidad, la conversión no opera en el ámbito de la validez, sino de la eficacia. El acto que era inválido lo sigue siendo, pero se salvan algunos de sus efectos en cuanto los elementos que los permiten no estén afectados por el vicio de que se trate.[230]

de los mismos en un acto de otro tipo cuyos requisitos de validez, tanto formales como materiales, cumplen" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 191).

228 En tal sentido González Pérez, que apunta que de ahí que no "sea muy apropiado hablar de conversión, de transformación. Porque el acto desaparece. Si bien, al existir en él elementos que, a tenor del ordenamiento jurídico, son constitutivos de otro distinto, se dan los efectos propios de éste. El acto del que derivan los efectos que subsisten es, por tanto, un acto nuevo. No deriva del invalido. La conversión que existe entre uno y otro no es otra que los elementos que dan vida al acto nuevo se daban en el nulo" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1629). La misma opinión tiene Chinchilla Marín, que considera que "el acto que, a pesar de tener vicios determinantes de nulidad o anulabilidad, reúna los elementos constitutivos de otro distinto, se transformará en este segundo, por la sencilla razón de que, al cumplir con todos los requisitos o elementos que componen un acto administrativo —subjetivo, objetivo, formal y causal—, es un acto completo y válido que el principio *favor acti* exige mantener como acto distinto al que inicialmente se pretendió producir" (*Nulidad..., op. cit.,* pp. 210-211). También es de esa opinión Morell Ocaña (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 348).

229 Señala González Pérez que estamos "ante un supuesto distinto al de convalidación. En la convalidación se mantiene el acto inválido, una vez limpiado del defecto de que adolecía. En la conversión se da vida a otro acto distinto. Desaparece el acto inválido —nulo o anulable— y nace otro nuevo" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1633).

230 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que la conversión "se mueve aquí en el plano de la eficacia, no en el de la validez. El acto

No es la conversión una figura que se adecue fácilmente a los postulados básicos del derecho administrativo, por lo que su aceptación en dicho ámbito no es muy amplia. Hay quien niega su operatividad en nuestra disciplina, donde es posible siempre encontrar técnicas más adecuadas para satisfacer sus funciones.[231] Otros, de forma más matizada, se limitan a señalar que no parece muy probable que sea objeto de una profusa aplicación, pues resulta improbable la concurrencia de los elementos precisos para la validez de un acto en otro, lo que incluye la necesidad de concurrencia de un mismo fin, pues en caso contrario se estaría cayendo en una desviación de poder.[232]

La doctrina discute acerca de la necesidad de emitir un acto formal de conversión para que ese efecto se produzca. Así, mientras que para

nulo o anulable no deja de ser tal, ni queda sanado o convalidado. Si así se solicita por los interesados, no habrá más remedio que declarar su nulidad." (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 641).

231 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que, de "dudosa generalización en el propio derecho privado [...] es inadmisible en el derecho administrativo. En éste priva no la interpretación de la voluntad eventualmente reconstruida del agente administrativo, sino el ajuste del acto objetivado en su expresión exterior al ordenamiento jurídico, su naturaleza no es la deseada por tal agente, sino la que resulte de una interpretación objetivada a través de las normas. [...] Prácticamente no hay un solo caso en la heterogénea serie de supuestos posibles que no pueda resolverse en derecho administrativo por medio de otras técnicas más apropiadas. De otro lado, la fungibilidad de tipos legales que supone la conversión, es contraria a la tipicidad normativa del acto administrativo" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 173-174).

232 Señala Chinchilla Marín que el "derecho administrativo deja [...], en mi opinión, poco margen para malabarismos de transformaciones o conversiones de fines y formas que, por otra parte, siempre encontrarán el freno de la desviación de poder. La segunda razón es que la finalidad que se pretende alcanzar con la conversión es igualmente alcanzable con la técnica de la convalidación de los actos administrativos" (*Nulidad..., op. cit.,* p. 211). También en esa línea Morell Ocaña, que señala que "ha de darse *identidad de fines*; entre el acto primitivo y el que resulta de la conversión [...] Si el resultado práctico es distinto, la conversión pierde su fundamento, que es el principio de conservación. Por otra parte, si no existiese identidad de fines, podría llegar a apreciarse desviación de poder" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 348).

algunos autores es evidente la necesidad de esta confirmación formal por razones de seguridad jurídica,[233] otros la reputan innecesaria.[234]

7. La revocación y revisión de oficio de los actos administrativos

Con carácter general la revocación se define como el retiro definitivo de un acto propio por parte de la Administración, mediante la emisión de otro de signo contrario.[235] A partir de aquí las posiciones doctrinales se bifurcan, pues algunos autores denominan revocación a la eliminación de un acto administrativo válido por razones de oportunidad;[236] mientras que para otros la revocación es la extinción del acto por propia iniciativa de la Administración, independientemente de los motivos en los que se base, sean de oportunidad o ilegalidad[237].

233 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1634; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 348-349.

234 Chinchilla Marín, *Nulidad..., op. cit.,* p. 211.

235 En tal sentido García de Enterría y Fernández Rodríguez, que señalan que se "entiende por revocación la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 642).

236 Bocanegra Sierra, "La revocación de los actos administrativos, en especial, su anulación de oficio", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos,* Caracas, FUNEDA, 1997, p. 273; Flavio Escorcia, *op. cit.,* pp. 229-230; Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 200. También Morell Ocaña, que la define como "un cambio unilateral de la voluntad de la Administración, que tiene por objeto la extinción de un acto administrativo anterior, válido pero cuya subsistencia es inconveniente para los intereses públicos" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 251-252). También Entrena Cuesta, que entiende "por anulación la eliminación de un acto administrativo en virtud de los vicios que le afecten. Y por revocación, la eliminación, asimismo, de un acto administrativo como consecuencia de la adopción de nuevos criterios de apreciación del interés público" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 262).

237 En tal sentido Boquera Oliver, que considera que la "revocación consiste en la anulación de los actos administrativos a iniciativa y por la misma Administración que les ha dado nacimiento". A lo que añade que no "nos parece necesario emplear términos diferentes para expresar la

La revocación es una figura siempre polémica. Entendida como la extinción de un acto por motivos de oportunidad constituye una institución con un cierto carácter indeseable, debido a que supone la eliminación de un acto perfectamente válido, lo que podría abrir así la puerta a la arbitrariedad y a la discriminación, por lo que no cabe admitirla con carácter general.[238] No obstante, encuentra apoyo en la necesidad de adecuar las decisiones a las cambiantes exigencias del interés público. Desde esta perspectiva no deja de ser una figura dirigida al cumplimiento por parte de la Administración de su función propia: el servicio a los intereses generales.[239]

clase de motivos que mueven a la Administración a extinguir sus actos administrativos, pues con ello no se gana en precisión en ningún orden de cosas" (*Estudios..., op. cit.,* p. 371). También García de Enterría y Fernández Rodríguez que consideran que existe "una revocación por motivos de legalidad (retirada de actos viciados) y una revocación por motivos de oportunidad (retirada de actos perfectamente regulares en sí mismos, pero inconvenientes en un momento dado)" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 642).

238 Como señala Santamaría Pastor, una "potestad de revocación basada en puros motivos de oportunidad constituye una auténtica invitación a la arbitrariedad, en la medida en que ni la adecuación y corrección de las circunstancias de oportunidad es fácilmente controlable por un tribunal, ni puede existir garantía alguna eficaz de que dicha potestad se ejerciera con sujeción al principio de igualdad" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 174).

239 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que "la revocación tiene como finalidad llevar a cabo una modificación o supresión de los efectos de un acto por motivos de mera oportunidad. No se trata, sin embargo, de una libre elección de la Administración sino de cumplir con ello la finalidad que siempre debe perseguir con su actuación; la mejor consecución del interés público. Como quiera que este interés puede ser cambiante (ya que lo que es oportuno hoy, no tiene porqué serlo siempre) la Administración debe tener la posibilidad de contrarrestar los efectos de una decisión cuyo mantenimiento pugnaría con el interés público, para lo cual se le reconoce un cauce especial. [...] Frente al principio que postula la estabilidad de los actos se encuentra también la necesidad de acomodar la situación administrativa a las circunstancias cambiantes de cada momento. De ahí que como consecuencia de esta tensión entre lo permanente y lo mutable (legalidad frente a realidad) se haya arbitrado la posibilidad de que la Administración pueda dejar sin efectos sus propios actos" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 207). En sentido similar, Parejo Alfonso *et al.*, que consideran que la "potestad de revocación encuentra un fundamento general en los principios de servicialidad al interés general y de legalidad [...]. Si la Administra-

Hay algunos autores que niegan su posibilidad incluso cuando se trata de actos desfavorables para el administrado, argumentando que el acto administrativo no aparece nunca con el propósito de hacer sufrir al ciudadano, y que si se dicta un acto perjudicial para éste es porque el interés público así lo exige. En consecuencia, dejarlo sin efecto supone desatender ese interés público.[240]

A pesar de ello, parece que no existen grandes obstáculos para admitir la revocación cuando se dirige contra actos que no producen efectos favorables para los ciudadanos. Esto supone que, en principio, se excluyen del ámbito de operación de esta figura los actos productores de efectos nocivos para el administrado;[241] si bien esta

---

ción está positiva y plenamente vinculada por el ordenamiento jurídico y de tal vinculación forma parte su servicialidad al interés general, parece claro que debe quedar facultada desde la misma legalidad para poder cumplir este último servicio, so pena de admitir una contradicción intolerable entre uno y otro aspectos" (*op. cit.,* p. 505).

240 Considera Boquera Oliver que no "es válido el argumento de que la Administración puede anular sus actos si con ello no perjudica a los administrados. El acto administrativo que obliga a un particular a sacrificar sus derechos lo hace a favor del interés público. Nunca el acto administrativo que impone una obligación lo hace gratuitamente (de lo contrario sería un acto inexistente por falta de ese fin). La limitación o sacrificio de los derechos o los intereses privados no puede atribuirse a la malicia de la Administración (de lo contrario, el acto no satisfacería el fin público que lo justifica), sino al cumplimiento de su deber de atender a las necesidades de la colectividad. Anular un acto que perjudica al particular equivale a hacer desaparecer un acto que beneficia a la colectividad. La presunción de legalidad del acto administrativo lleva implícita la presunción de que con él se satisface un interés público (para la satisfacción de los fines públicos ha creado el legislador el poder de dictarlo, el poder administrativo). Si se presume que un acto ha sido dictado para conseguir un fin público, no puede considerarse que el contrario también atiende al mismo fin" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 377-378).

241 En tal sentido Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* pp. 262-263. También Morell Ocaña, que considera que en "el ámbito del acto administrativo la gran limitación a la potestad de revocación proviene de que el propio acto ha podido crear situaciones de ventaja en favor de los particulares, situaciones que quedarían sacrificadas. De aquí que, a pesar de que la revocación se funde siempre en su oportunidad para el interés público, haya encontrado su oposición y límite en la teoría de los *derechos adquiridos*. En realidad, la evolución ha situado, dentro de la barrera de los llamados *derechos adquiridos* —que concep-

prohibición de revocación no afectará, en ningún caso, a las meras expectativas de derechos.[242] Podrán ser, sin embargo, objeto de revocación, por no afectar a las posiciones jurídicas de los administrados, también los actos puramente organizativos.[243]

Tampoco será posible la revocación de los actos que hayan sido objeto de sentencia judicial firme.[244]

Cuando se trata de actos favorables, como acabamos de decir, la revocación no está, con carácter general, permitida. Tal prohibición tiene su origen en el carácter claramente expropiatorio de esta operación, lo que hace que sólo sea admisible cuando haya una habilitación legal previa que permita llevarla a cabo, debiendo venir, además, acompañada de la correspondiente indemnización.[245] Por otro lado, en estos casos no basta con una simple reserva de revocación contenida en el acto administrativo, pues debido a la ya señalada naturaleza expropiatoria de este tipo de revocación, requiere de respaldo legal en todo caso.[246]

El acto de revocación tiene carácter constitutivo, por lo que sólo se producen sus efectos a partir de éste.[247]

Mayor permisividad se da a la extinción del acto por la propia Administración cuando se basa en motivos de legalidad, si bien no falta quien se muestre contrario a dicha posibilidad, sentando la irrevocabilidad general del acto administrativo y propugnando que su invalidación exija en todo caso un pronunciamiento judicial, única vía que ofrece todas las garantías precisas.[248]

---

tualmente no tiene demasiada consistencia— toda situación de ventaja o efecto favorable creado por el acto administrativo a favor de un particular" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 252).

242 Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 263.

243 Parejo Alfonso *et al., Manual..., op. cit.,* p. 505.

244 Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* pp. 262-263.

245 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 657.

246 Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 218.

247 Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 230.

248 En tal sentido Boquera Oliver, que entiende que "la irrevocabilidad del acto administrativo es una consecuencia lógica de su naturaleza jurídica y, por consiguiente, aquélla constituye un concepto o principio científi-

El grado de invalidez del acto, nulidad de pleno derecho o anulabilidad, no es criterio determinante para admitir o negar la posibilidad de revisión de oficio.[249] Sin embargo, sí resulta determinante para decidir las formas y condiciones de esa revisión. Así, con carácter general, parece difícil negar la capacidad de la Administración para revisar sus propios actos cuando están afectados por un vicio de nulidad de pleno derecho, dado el carácter imprescriptible de estos defectos, que en su momento examinamos.

Tratándose de actos meramente anulables la cuestión se muestra más compleja. Aunque, en principio, no hay grandes resistencias a admitirla cuando se trata de actos desfavorables para los ciudadanos,[250] cuando se trata de actos favorables se le opone el principio que prohíbe ir contra los propios actos. Sin embargo, en nuestra opinión, si

fico de la teoría del acto administrativo". A lo que añade que, "cuando la Administración estime que alguno de sus actos sea contrario al ordenamiento jurídico y lesivo para sus derechos o intereses, puede presentar al juez las pruebas de su apreciación y pedirle la anulación del mismo. De este modo el acto será juzgado, y en su caso anulado, por el juez y no por su autor. Ésta será la mejor garantía para los derechos e intereses de quienes recibieren de los efectos jurídicos del acto administrativo y para el interés público" (*Estudios..., op. cit.,* p. 380).

249 En tal sentido, Bocanegra Sierra, que considera que no cabe que "el distinto grado de invalidez de los actos administrativos sirva para justificar la existencia o inexistencia de las potestades de revisión de oficio de la Administración, que no derivan, en absoluto, de la ilegalidad de los actos, sino de los poderes de autotutela que el ordenamiento le reconoce para la eliminación, por sí misma, de *todos* los actos administrativos ilegales, eliminación que, eso sí, [...] se somete a distinto régimen jurídico según que la revisión de oficio lo sea de actos nulos o anulables" (*Lecciones..., op. cit.,* pp. 206-207).

250 Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 263. También Villar Palasí y Villar Ezcurra, que consideran que cuando se trata de actos de gravamen "nada se opone, desde la perspectiva de los administrados, a que la Administración revise tales actos, pues su declaración de nulidad o anulabilidad no perjudica a los destinatarios del mismo y tampoco existe ningún obstáculo desde la perspectiva del interés público, ya que la Administración se halla vinculada a la ley por lo que el interés público exige la eliminación de los actos nulos o anulables. De aquí que deba afirmarse que la Administración puede revisar los actos de gravamen por un acto de contrario imperio, sin someterse a la observancia de especiales garantías jurídicas" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 201).

estos actos sufren de vicios de entidad suficiente para ocasionar la invalidez, dicha regla no es oponible.[251]

En cualquier caso, los poderes de revisión de la Administración, ya sea para actos nulos de pleno derecho o anulables, deben encontrar límite en los principios de buena fe y de confianza legítima. En ocasiones, la aplicación estricta de la legalidad podría llegar a convertirse en una injusticia aún mayor que la que se deriva de la propia ilegalidad (piénsese por ejemplo en la invalidación de un acto nulo de pleno derecho cuando ha pasado un larguísimo periodo de tiempo, en el que se ha dado lugar a toda una serie de relaciones jurídicas de diversas índole surgidas de la confianza en la aparente legalidad de una situación de hecho que aparenta total regularidad). Esto propicia la necesidad de que, en determinados casos, el órgano enjuiciador pueda hacer prevalecer motivos de equidad respecto a los de legalidad.[252]

251 Ésa es la opinión de Morell Ocaña, que señala que la "evolución histórica lleva a la aceptación generalizada del principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos [...]. La clave reside en la invocación de un principio general del derecho, el que prohíbe 'ir contra los propios actos'; ahora bien, y aparte otros matices de la cuestión, tal principio no debiera invocarse cuando se trata de actos afectados por un vicio con virtualidad bastante para crear su ineficacia" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 343).

252 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que "el tema de la revocación de actos administrativos por motivos de legalidad es en extremo delicado, en cuanto que atenta contra situaciones jurídicas establecidas. El enfrentamiento entre los dos principios jurídicos básicos, de legalidad y de seguridad jurídica, exige una gran cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto al que alude la vieja máxima *summum ius, summa iniuria*." Resaltan, por ello, la necesidad de "modulación en ciertos casos de las consecuencias inherentes al ejercicio de las facultades revisoras y una ratificación del carácter restrictivo con que dicho ejercicio debe contemplarse, un temperamento, en definitiva, de los rigores propios de la revocación, que se corresponde, por otra parte, con la imprescindible limitación de los efectos típicos de la nulidad que se impone en ocasiones a resultas de la concurrencia de otros principios jurídicos de obligada observancia (protección de buena fe o del tercero inocente o de la confianza legítimamente generada por el acto viciado, etc.)" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 654).

8. La rectificación de errores materiales del acto administrativo

La rectificación de errores materiales viene a corregir aquellas equivocaciones puramente materiales, aritméticas o de hecho, de que pueda adolecer un acto administrativo. No se trata, por tanto, de rectificar un acto por su disconformidad con la legalidad o por motivos de oportunidad, sino sólo de adecuar su letra a lo que realmente se pretendió decir o a lo que se debió decir pero que un error ni jurídico ni de juicio, sino puramente fáctico, impidió que se dijera. Así, no estamos ni ante un supuesto de anulación ni ante uno de revocación, pues el acto es perfectamente válido y se mantiene en sus términos, aunque salvado ya de las deficiencias que el error de hecho le provocó.[253]

La rectificación de errores materiales requiere para llevarse a cabo el cumplimiento de una serie de requisitos:

a) No podrá implicar una alteración fundamental del sentido del acto.[254]

b) Se debe tratar de correcciones que no conlleven la necesidad de realizar juicio valorativo, ni calificación o interpretación jurídica.[255]

253 Consideran García de Enterría y Fernández Rodríguez que la "pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de trascripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier equívoco" (*ibid.,* p. 652). Señala Morell Ocaña que "la potestad de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, no constituye una hipótesis integrable dentro de las figuras de la revocación o anulación de los actos administrativos; muy al contrario, es la propia *ostensibilidad del error,* en este caso, la que permite, por una parte, apreciar sin dificultad la primacía de la voluntad sobre lo declarado, y, por otra, la subsistencia del acto administrativo en su integridad, más aún, adoptando de modo definitivo la expresión formal coincidente con la voluntad que el sujeto o sujetos quisieron manifestar" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 351). Véase también Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 220.

254 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 652.

255 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 652; Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho admi-*

c) Tienen que ser errores manifiestos que puedan ser objeto de fácil constatación, sin necesidad de acudir a elementos ajenos al expediente.[256]

d) Dado que tiene un carácter meramente rectificador de errores manifiestos, que no implica declaración de validez alguna, se puede realizar sin límite temporal alguno, y sin necesidad de seguir un cauce procedimental específico.[257]

9. La notificación del acto administrativo

La notificación del acto administrativo es la operación jurídica mediante la cual se comunica formalmente el contenido de dicho acto a los administrados interesados, haciendo depender de su correcta realización la eficacia de éste.[258] La doctrina científica discute su na-

nistrativo II, op. cit., p. 211; Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 220.

256 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 652-653; Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 211; Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 220.

257 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 652.

258 González Navarro define la notificación como el "acto de dirección procesal por el que una Administración pública (y, más ampliamente, un poder público) comunica a una persona física o jurídica, nominativamente determinada, el contenido de un acto administrativo que le afecta, en ocasiones imponiéndole una determinada carga procesal que también debe precisársele, y de cuya recepción por el destinatario o por un tercero legalmente subrogado a estos efectos, debe quedar constancia en el expediente" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 948). Martín Rebollo, por su parte, considera que la "notificación consiste en una comunicación formal del acto administrativo de que se trate, de la que se hace depender la eficacia de aquél y que constituye una garantía tanto para la Administración como para los administrados" (*Disposiciones..., op. cit.,* p. 176). Morell Ocaña considera que la notificación es "una declaración de conocimiento que realiza la Administración, sobre la existencia de un acto que afecta al particular o particulares a que se dirige" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 195). Boquera Oliver entiende que la "notificación es la comunicación individualizada del acto administrativo a su destinatario" (*Estudios..., op. cit.,* p. 248). Parejo Alfonso *et al.* señalan que la notificación "consiste en una comunicación formal y personal del contenido del acto a su destinatario" (*op.cit.,* p. 488).

turaleza jurídica. Así, para algunos la notificación es un acto administrativo a través del que se comunica otro acto administrativo (acto notificado).[259] Para otros, sin embargo, la notificación no es un acto administrativo, sino tan sólo una condición de la eficacia del acto administrativo que se notifica,[260] o un trámite de la ejecución de dicho acto.[261] El derecho de Nicaragua se ha situado expresamente dentro de la primera tesis, pues la LJ establece que la notificación o comunicación legal del acto administrativo es el "acto por medio del cual se hará saber al interesado el contenido de una resolución de carácter administrativo" (art. 2.11 LJ).

La notificación o publicación del acto constituye un requisito inexcusable para su eficacia, pues a través de ella toma conocimiento de éste el interesado al que va dirigido, condición, obviamente, imprescindible para que pueda ser llevado a la práctica.[262] Sin embargo, no

259 Ésta es la posición de González Pérez, que considera que "la notificación es el acto por el que se pone en conocimiento de una persona un acto anterior. Es, por tanto, un acto independiente del notificado, aunque de él pueda depender la eficacia de éste" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción..., op. cit.,* p. 1534). También Entrena Cuesta, que considera que la notificación "*no forma parte del acto*, sino que *le sigue*: es ulterior a su perfección. [...] La notificación es, pues, un nuevo acto" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 233). Igualmente, Bocanegra Sierra entiende que la notificación y la publicación son "actos independientes del propio acto administrativo notificado o publicado, pero condicionantes de su eficacia" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 137).

260 En tal sentido Parada Vázquez, que considera que la "notificación y la publicación más que una clase de actos son una condición de la eficacia de los actos administrativos" (*Derecho administrativo I, op. cit.,* p 138).

261 Ésa es la opinión de Boquera Oliver, que entiende que la "notificación es un trámite de ejecución del acto. El primer trámite, y muchas veces el único, del procedimiento de ejecución del acto administrativo" (*Estudios..., op. cit.,* p. 285).

262 Como señala Garrido Falla, el "acto administrativo, de acuerdo con su carácter general o concreto, puede ser fuente de derecho objetivo o creador de situaciones jurídicas individuales. En cualquier caso, se comprende la necesidad de que sea comunicado y dado a conocer a la colectividad o a las personas particularmente interesadas en sus efectos. Crear el derecho *secretamente* carecería de sentido. [...] De aquí se desprende que la eficacia de los actos administrativos [...] resulte pendiente, en relación con los de carácter general (especialmente los normativos), por el requisito de la publicación y, en relación con los de

falta opinión contraria, que considera que no se trata de un requisito para la eficacia del acto, sino para su materialización o ejecución.[263]

Debe tenerse presente que la notificación del acto es un requisito que se establece exclusivamente en beneficio de su destinatario. De aquí que la falta de ésta no pueda ser alegada para impedir el cumplimiento de los actos que lo favorecen. No cabe, por tanto, que la Administración se beneficie de la falta de notificación que ella misma ha causado.[264]

Dado que la notificación o publicación del acto no es irrelevante, sino que produce importantes efectos jurídicos, se hace preciso determinar en qué supuestos es preciso llevarla a cabo. Para eso hay que dar respuesta a dos cuestiones: *a)* qué actos deben ser objeto de notificación; *b)* a qué sujetos deben ser notificados éstos.

En cuanto a la primera cuestión, el derecho positivo de Nicaragua la exige únicamente para las resoluciones de carácter administrativo (art. 2.11 LJ). Interpretando literalmente este precepto se podría considerar, entonces, que únicamente es exigible respecto a las resoluciones o actos definitivos, no siendo precisa, por tanto, para los actos de trámite. Dicha solución es, sin embargo, inaceptable de todo grado. Si bien con carácter general esa posición es correcta (las resoluciones siempre deben ser notificadas o publicadas, mientras

carácter concreto, por la notificación" (*Tratado de derecho administrativo I, op. cit.,* pp. 458-459).

263 En tal sentido Boquera Oliver, que señala que, mientras "la ley no dispone otra cosa, los efectos del acto administrativo comienzan en el día o en el instante mismo en que la voluntad se exterioriza [...] pero no pueden cumplirse hasta que su destinatario no los conoce. Puede llamar la atención que el acto sea eficaz antes de conocerlo su destinatario, pero una cosa es la eficacia jurídica y otra su materialización o ejecución. Los efectos del acto administrativo son creados unilateralmente por la Administración pública e impuestos a sus destinatarios. La voluntad de éstos no cuenta ni para la creación de los efectos ni para su recepción. El conocimiento del acto por el administrado no es necesario para ninguna de estas dos cosas. El acto primero es válido y eficaz y después lo conoce su destinatario. El particular necesita conocer los efectos del acto para cumplirlos y, en su caso, impugnarlos. La notificación atiende estas dos necesidades. Conocidos por el administrado los efectos del acto, los cumplirá o incumplirá, recurrirá o no recurrirá" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 293-294).

264 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 575.

que los actos de trámite no), hay, sin embargo, algunos actos de trámite que sí deben notificarse. Así, resulta lógicamente imprescindible notificar los denominados actos de trámite cualificados; esto es, aquellos que por impedir la continuación del procedimiento, decidir directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, provocar indefensión o perjuicio irreparable, se equiparan a una resolución y pueden ser objeto de impugnación autónoma. A éstos se deben añadir aquellos otros que, sin ser susceptibles de impugnación separada, pueden servir de base para impugnar la resolución final del procedimiento en el momento en que ésta se dicte.[265]

Menos problemas plantea determinar a quién es obligatorio notificar, pues el derecho positivo de Nicaragua da respuesta de forma expresa y adecuada a esta cuestión exigiendo que se notifique a los interesados (art. 2.11 LJ). Se debe entender, en principio, que ello debe cumplirse con respecto a todos los interesados conocidos; aunque se podrá, excepcionalmente, omitir la notificación a aquellos interesados a los que el acto en cuestión no les afecte de ninguna forma.[266]

La importante función que la notificación está llamada a cumplir, puesto que depende de ella no sólo el conocimiento del acto por parte de los interesados, sino la propia eficacia de éste, determina que se someta a rigurosos requisitos formales de los que depende su validez. De esta forma, la notificación irregular —esto es, la que se rea-

265 Considera Martín Rebollo que no es preciso impugnar con carácter general los actos de trámite, pues "tal interpretación extrema no significa una garantía constatable adicional para el administrado, ni incide en el mejor funcionamiento de la Administración [...]. En mi opinión, la referencia a los actos de trámite hay que observarla desde el papel institucional que cumple la notificación como garantía individual y, en ese sentido, hay que ponerla en relación con [...] los actos objeto de recurso. Esto es, aquellos actos de trámite que pueden ser objeto de impugnación separada y que son, además de las resoluciones, los actos que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. Junto a ellos habría que incluir también aquellos otros actos que, aun no pudiéndose impugnar de forma separada, la ley autoriza expresamente a basar en su infracción el recurso posterior, como sucede con los actos que resuelven sobre la abstención o recusación y, en general, todos aquellos actos con incidencia externa" (*Disposiciones..., op. cit.,* p. 178).

266 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 95.

liza sin cumplir los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico— no produce sus efectos propios.[267]

Más concretamente, los requisitos a los que se sujeta esta actividad se pueden agrupar en dos grandes conjuntos. Por una parte, los relacionados con el contenido del acto de notificación; y, por otra, los que indican la forma en que deberá llevarse a cabo dicha notificación.

Los primeros aparecen claramente delimitados por el ordenamiento jurídico nicaragüense, que nos indica que la notificación deberá "contener el texto íntegro del acto o resolución y la mención del recurso que en contra de ella procediere, el plazo exacto y el órgano ante quien deberá interponerse y la autoridad ante quien deberá efectuarse" (art. 2.11 LJ).

Más complejo resulta determinar la forma en que se debe llevar a cabo esa notificación, pues el derecho administrativo de Nicaragua no contiene una regulación expresa de dicha materia, por lo que se debe construir de nuevo aquí ese régimen sobre la base de referencias doctrinales y criterios generales de lógica jurídica. En primer lugar, es imprescindible, por la lógica necesidad de seguridad jurídica, que la notificación deje constancia fidedigna tanto de la recepción de la misma por su destinatario, como de la fecha y del contenido notificado. Si no fuera así no quedaría otro remedio que fiarse de la palabra de la Administración, con lo quedaría a su arbitrio realizar esa notificación correctamente, consecuencia intolerable dada la importancia de la función que debe cumplir.[268]

267 Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 178; Madrigal García, C., "Eficacia de los actos administrativos", en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Carperi, 1993, p. 252. Señala Martín Rebollo que al "tratarse de una garantía que [...] afecta al principio de buena fe en las relaciones de las administraciones públicas y los ciudadanos y aun el derecho a la tutela efectiva, está rodeada de rigurosos requisitos formales cuya inobservancia la hace ineficaz" (*Disposiciones..., op. cit.,* p. 176).

268 Como señala Madrigal García, es necesario que "la notificación se practique por un medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado (o su representante), así como de la fecha, la identidad y contenido del acto notificado. Por tanto si se practica una notificación y a través de la misma no se puede acreditar que efectivamente la ha recibido el interesado (o su representante) o cualquier otra persona a la que la ley permite la recepción de la notificación, o no se pueda acreditar la fecha en que se practicó, o no se puede acreditar cuál

En cuanto al sujeto que debe recibirla, la notificación se debe realizar a los interesados (art. 2.11 LJ). No obstante, si se ha designado a un representante se podrá realizar a éste, con los mismos efectos que si se realizara al propio interesado.[269]

Sin embargo, en ocasiones la notificación personal será sustituida por la publicación del acto, entendiendo como tal la operación jurídica mediante la que se comunica formalmente el contenido de un acto a una pluralidad indeterminada de personas.[270] Así se hará, en primer lugar, cuando el acto tenga como destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos. En tal caso, dado que los posibles interesados no son conocidos, parece que pocas dudas puede suscitar esta solución.[271]

La misma solución se debe dar en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. En estos supuestos el sujeto es indeterminado sólo en el momento de la convocatoria, puesto que después están ya identificados los candidatos; pero aun así sería imposible la notificación personal, por motivos de eficacia. Si la Administración tuviese que entenderse personalmente con todos los interesados, notificándoles las distintas resoluciones del procedimiento, éste se haría eterno. Por ello, la publicación es la forma más adecuada para comunicarse con los interesados.[272]

También será preciso hacer uso de la publicación en vez de la notificación personal en dos supuestos en los que hay una imposibili-

es el contenido del acto notificado, la notificación habrá que reputarse igualmente defectuosa" (*op.cit.,* pp. 251-252).

269 Martín Rebollo, *Disposiciones..., op. cit.,* p. 179.

270 Para Boquera Oliver, la "publicación es la comunicación del acto administrativo a un grupo indeterminado de personas" (*Estudios..., op. cit.,* p. 306).

271 Señala Madrigal García que cuando "el acto por su propia naturaleza no tiene unos destinatarios determinados, es lógico que se imponga su publicación, dado que resulta imposible la notificación, por la indeterminación de aquellos" (*op.cit.,* p 245).

272 Señala Madrigal García que tal "regulación es lógica, pues iniciado un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva y conociéndose ya los interesados, la notificación personal a los mismos de todas las actuaciones administrativas que pudieran afectarles podría hacer prácticamente imposible la finalización del procedimiento dentro de los plazos legalmente fijados, cuando tal precisión exista, o dentro de un plazo racional, si no hay plazo legal predeterminado" (*ibid.,* p. 246).

dad de realizarla: bien porque se desconoce el sujeto a notificar o su paradero,[273] o bien porque se ha intentando sin éxito la notificación en varias ocasiones. En este último supuesto será preciso recurrir al mecanismo de la publicación, porque no pueden quedar enteramente pendientes los efectos de un acto administrativo debido a la dificultad para comunicarse con el interesado (en muchos casos motivada por el propio interesado, que querrá sustraerse de la notificación de un acto que le es desfavorable).

En ocasiones el ordenamiento jurídico establece un plazo para realizar la notificación. Así, por ejemplo, el art. 64 LSC establece que la resolución del procedimiento disciplinario en dicho precepto contemplado "deberá notificarse a las partes en el término de veinticuatro horas". El incumplimiento de estos plazos debe reputarse, no obstante, una mera irregularidad no invalidante, que no impedirá la eficacia del acto de notificación extemporáneo.[274] La única consecuencia del incumplimiento de este plazo será la no eficacia del acto notificado hasta que se produzca la notificación.

Como sabemos, la notificación que no cumpla estos requisitos no es válida; pero el factor verdaderamente relevante no es éste, sino las importantes consecuencias prácticas que ello tiene para el acto que notifica. Éste no queda invalidado; lo que se invalida es el acto de notificación, pero no el acto notificado, que sigue siendo perfectamente válido. Ahora bien, habíamos dicho ya previamente que de la notificación depende la eficacia del acto que se notifica, por lo que al invalidarse el acto de notificación y no producir sus efectos, esa eficacia no se produce, lo que en definitiva supone que el acto notificado va a permanecer válido pero ineficaz.

De lo anterior se deriva que el plazo para interponer el recurso contra ese acto no comenzará a contar hasta que se realice la notificación regular, y que, en consecuencia, éste no adquirirá firmeza hasta entonces,[275] a lo que se añade, obviamente, que no podrá ser ejecutado contra la voluntad del obligado.

Nótese que, en realidad, la notificación o publicación no aseguran que el contenido del acto administrativo notificado sea realmente conocido por el destinatario. En la práctica puede que no sea así; más aún, en algunos supuestos de publicación es más que probable que

273 Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 236.

274 Boquera Oliver, *Estudios..., op. cit.,* p. 294.

275 Martín Rebollo, *Disposiciones..., op. cit.,* p. 186.

ésta no llegue a su destinatario. Sin embargo, el ordenamiento jurídico da a esa persona por enterada; esto es, una vez realizada regularmente la notificación o publicación, se presume su conocimiento por el interesado, de tal forma que en adelante éste no podrá alegar su ignorancia para eximirse de su cumplimiento.[276]

Este efecto se produce, como decíamos, sólo cuando la notificación o publicación se realiza regularmente. Cabe, no obstante, la posibilidad de que, aunque no se haya realizado en los términos exigidos por el ordenamiento jurídico, el destinatario de la misma se dé por notificado, bien acatando expresamente el acto; bien de forma tácita, recurriendo éste. En tal caso, sanan los errores de que pueda adolecer la notificación realizada, que produce sus efectos legales.[277] Sin embargo, debe tenerse presente que tal efecto se produce sólo si el interesado interpone el recurso adecuado. En caso contrario, si se equivoca e interpone recurso diferente, no pueden recaer los efectos negativos sobre él, pues el error es fruto de una negligencia de la Administración, que no le notificó correctamente. Esta consecuencia es importante, en cuanto supondrá que, en caso de utilizar-

276 Apunta Boquera Oliver que es efecto de la notificación la "presunción de conocimiento del acto notificado por su destinatario. La notificación del acto administrativo procura que lo conozca su destinatario, pero no puede tenerse la seguridad de que así sea. Por eso el derecho acompaña a la notificación del acto de la presunción de su conocimiento. Es una presunción análoga, y por la misma razón, que la que beneficia a la publicación de las leyes en un boletín oficial. La ley publicada y el acto administrativo notificado se presumen conocidos por sus destinatarios. Por esta razón su ignorancia no excusa de su cumplimiento. Sin esta presunción legal, la simple alegación de su desconocimiento convertiría en ineficaces a las leyes y a los actos administrativos" (*Estudios..., op. cit.,* p. 292).

277 Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 178. Señala Boquera Oliver que el "particular, al que se le ha notificado defectuosamente el acto, puede, a pesar de ello, darse por enterado de lo que se le ordena u otorga y así manifestarlo. También puede darse por enterado del acto e interponer contra él el recurso procedente. La conducta del administrado no es que subsane los defectos de la notificación, sino que con ella demuestra que ha tenido conocimiento del acto a pesar de los defectos de la notificación. Conseguido el objetivo de la notificación, la ley considera innecesario que se corrijan lo vicios de aquélla. Además, cuando el administrado manifiesta explícita o implícitamente que conoce el acto, después no puede, en contra de sus propios actos, pretender que la notificación por defectuosa no ha producido sus efectos" (*Estudios..., op. cit.,* pp. 300-301).

se una vía errónea de recurso como consecuencia de una deficiente notificación, el plazo para recurrir permanece abierto, sin que la Administración pueda alegar la extemporaneidad del recurso, ni se pueda considerar el acto firme y consentido.[278]

No podrá entenderse que el administrado se ha dado por notificado, convalidando los efectos de la notificación, cuando éste solicita a la Administración que se le notifique correctamente. En tal caso, la eficacia del acto notificado no se produce hasta que el administrado reciba la notificación en forma por él solicitada.[279]

Cuando el acto no notificado, o incorrectamente notificado, es un acto de trámite de un procedimiento administrativo que requiere notificación, el resultado es la anulación del trámite hasta el momento en que se produjo ese defecto de forma, por lo que se deberá anular todos los actos que traen causa de éste y realizar la notificación, para volver a tramitar el procedimiento de forma adecuada a partir de ese momento.[280]

278 Martín Rebollo, *Disposiciones..., op. cit.,* p. 187.

279 Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 150.

280 Madrigal García, *op. cit.,* pp. 254-255.

CAPÍTULO II

LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NICARAGUA

1. La eficacia del acto administrativo

Aunque hay quien ha negado la eficacia del acto administrativo como objeto de un tratamiento autónomo, considerando que su problemática queda comprendida dentro de la teoría de la invalidez,[281] en la doctrina es usual considerar que se trata de dos aspectos claramente diferenciados.[282] Debido a dicha divergencia de opiniones, estimamos imprescindible examinar con detalle la cuestión.

281 En tal sentido Nieto, que considera que, en "rigor [...] no hay necesidad alguna de montar una teoría de la eficacia, dado que —en contra de lo que suele decirse— está integrada por naturaleza en la teoría de la validez. Quien solicita una declaración de invalidez no lo hace por el simple prurito personal de demostrar que la Administración se ha equivocado sino con una finalidad práctica muy precisa, a saber, que el acto en cuestión no llegue a producir —o deje de producir— efectos que le son perjudiciales y que la Administración le impone a despecho de todas las irregularidades o ilegalidades [...] de que pueda adolecer" ("Contra las teorías al uso: una propuesta de renovación", en *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos*, Caracas, FUNEDA, 1997, pp. 57-58)

282 Así, Villar Palasí y Villar Ezcurra, que señalan que "la eficacia del acto es un aspecto diferente al de su validez, aunque frecuentemente am-

Entendemos por eficacia del acto administrativo la producción por parte de éste de sus efectos propios.[283] Esto no debe confundirse con su realización material, pues el acto resulta eficaz cuando su contenido es jurídicamente exigible, con independencia de que se haga realidad o no de hecho.[284]

El acto administrativo, en cuanto manifestación del ejercicio de poder público, se presenta como una realidad de obligatorio cumplimiento, vinculante para todos los sujetos a los que afecte. El destinatario no puede ampararse para evitar su cumplimiento, en caso de posible ilegalidad, pues este acto goza a su favor de una presunción *iuris tantum* de validez, de tal forma que corresponde probar a quien la alega la existencia de vicios que determinen su invalidez.[285] Sin

---

bos coincidan. Puede ocurrir, por tanto, que un acto válido no sea eficaz y viceversa" (*Principios de derecho administrativo,* t. II., Madrid, Universidad Complutense, p. 165).

283 Señala Madrigal García que "la eficacia es la producción de los efectos jurídicos propios de cada acto" ("Eficacia de los actos administrativos", en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Carperi, 1993, p. 213). Bocanegra Sierra entiende que la "eficacia de un acto administrativo supone su obligatoriedad jurídica, su capacidad de producir los efectos que, conforme al ordenamiento, persigue" (*Lecciones sobre el acto administrativo,* 2ª. ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, p. 108). Villar Palasí y Villar Ezcurra apuntan que la "eficacia de los actos administrativos significa tanto como su posibilidad para modificar la realidad, creando, extinguiendo o consolidando situaciones jurídicas o derechos" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 148).

284 Como apunta Bocanegra Sierra, un "acto es eficaz cuando su contenido resulta jurídicamente vinculante y no cuando se materializa, de hecho, en la realidad" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 108).

285 Señala Garrido Falla que el "acto administrativo, como emanado de uno de los poderes jurídicos del Estado, aparece, ante todo, como un acto obligatorio cuyos efectos vinculan igualmente a los administrados y a la propia Administración. Esto puede predicarse incluso del acto administrativo defectuoso, en tanto no sea anulado. De aquí que haya podido enunciarse el *principio de la presunción de legitimidad* de los actos administrativos, que determina que, como regla, los actos administrativos se tengan por válidos y productores de su natural eficacia jurídica, en tanto un interesado no demuestre su invalidez ante la jurisdicción u organismo competente. Se trata de una presunción *iuris tantum,* que admite prueba en contrario: pero la prueba corre a cargo del particular que ha de utilizar en tiempo y forma los recursos procedentes" (*Tratado de derecho administrativo*, vol. I, 11ª. ed., Madrid, Tecnos, 1989,

embargo, esta presunción no tiene virtualidad para invertir la carga de la prueba. La presunción de validez obliga al administrado a impugnar el acto que le perjudica; pero una vez que esa impugnación se produce, en el procedimiento o proceso impugnatorio subsiguiente la carga de la prueba se distribuirá según las reglas generales.[286]

En teoría, la presunción de validez requiere para regir de una mínima apariencia externa; de tal forma que si ésta falta, lo que provocaría la nulidad de pleno derecho, aquélla no podría operar. Sin embargo, la doctrina tiende a considerar que estos postulados teóricos no rigen verdaderamente en la práctica, por obra de las facultades de autotutela de la Administración —que vamos a examinar inmediatamente—, que permiten al sujeto público imponer sus actos, aun cuando adolezcan de vicios de nulidad radical. En último término, la eficacia no es más que una cuestión de hecho, y la Administración puede en la práctica imponer provisionalmente sus decisiones a los ciudadanos, por más que adolezcan de vicios de la mayor gravedad, con la única excepción de actos tan groseros que entraran dentro del ámbito del acto inexistente.[287]

---

pp. 461-462). Por su parte, Brewer Carías define el principio de presunción de legalidad como "el privilegio que tiene la Administración pública de que sus actos, una vez dictados, se presumen válidos y, en consecuencia, eficaces" ("Sobre la importancia para el derecho administrativo de la noción de acto administrativo y de sus efectos", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos,* Caracas, FUNEDA, 1997, p. 33). Véase también al respecto, Vidal Perdomo, J., "La ejecutividad de los actos administrativos: su presunción de legalidad y legitimidad", en *III Jornadas Internacionales de Derecho administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Los efectos y la ejecución de los actos administrativos,* Caracas, FUNEDA, 1997, pp. 170-172.

286 Madrigal García, *op. cit.,* p. 218; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo, t. II,* Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 244.

287 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que "para que la presunción legal de validez opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que la presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente. Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima desaparece el soporte mismo de la presunción legal. [...] la presunción de validez sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas, que, por hipótesis, no

Se ha visto la justificación de esta presunción de validez en la necesidad de salvaguardar la efectividad de la acción pública respecto de la acción paralizante de los sujetos privados, que alegando una eventual ilegalidad —no comprobada— de la actuación pública, podrían frenar el ejercicio regular de las funciones públicas.[288]

No ha faltado, no obstante, la negación de la certeza de este planteamiento por una parte de la doctrina, que parte de la consideración de que todo acto viciado no es inválido, sino ilegal, puesto que el mero hecho de ser contrario al ordenamiento jurídico no lo priva de sus efectos. Según este sector doctrinal, el acto ilegal pasa a ser inválido sólo cuando es declarada formalmente tal circunstancia

---

reúnen los actos nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna. [...] Hasta aquí, sin embargo, el planteamiento se mueve en el terreno de los principios. En el terreno de la realidad hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es un problema de hecho y que la Administración puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea susceptible por sí de producir alguna clase de efectos. Dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (puede tenerse por tales la multa de tráfico impuesta por un simple particular o la orden de un agente público de ir a la Luna en automóvil), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material sólo podrá ser destruida por el particular que la soporta utilizando las vías de recurso procedentes" (*Curso de derecho administrativo I*, 8ª., ed., Madrid, Civitas, 1997, pp. 570-571). En el mismo sentido, véase Parejo Alfonso, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez, *Manual de derecho administrativo,* 5ª. ed., 1998, pp. 486-487.

288 Señala Danós Ordoñez que este principio "tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la Administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la administración en base a cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos" ("Panorama general del derecho administrativo en el Perú", en *El derecho administrativo iberoamericano*, S. González-Varas Ibáñez (dir.), Granada, 2005, p. 572). En la misma línea, apunta Serra Rojas que la "acción pública tiene a su cargo la satisfacción de ineludibles necesidades colectivas y la vigilancia de la actividad privada. El interés general es el regulador de los actos administrativos, el que inspira y determina la marcha del gobierno. Son actos que no deben ser aplazados o dilatados a pretexto de injerencias judiciales, sino actos de poder público regulados por el bien común" (*Derecho administrativo,* México, Porrúa, 1988, p. 234).

por un órgano judicial o administrativo competente. Con estos presupuestos, afirma esta línea de opinión, no tiene sentido hablar de tal presunción de validez, pues simplemente los actos son válidos mientras no se declare lo contrario.[289]

En cualquier caso, discusiones doctrinales aparte, de esta presunción de validez del acto administrativo se deriva un elemento especialmente característico de éste, que lo separa claramente del acto privado: su peculiar eficacia, que permite que la Administración pueda hacerlo efectivo, aun contra la voluntad del administrado, sin nece-

289 Considera Nieto que el "resultado de la discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico no es la invalidez sino la ilegalidad. Ilegal en su sentido literal y propio es lo que se aparta de la ley. La ilegalidad es un estado de hecho, un dato objetivo verificable que existe con independencia de que un observador lo haya verificado o declarado.

"La mayor parte de las ilegalidades son jurídicamente irrelevantes: de ordinario porque no llegan a ser constatadas por los órganos administrativos o judiciales encargados de control y, en algunas ocasiones incluso, porque el legislador se preocupa de declararlo así de forma expresa para evitar que por cualquier bagatela desaparezca el acto viciado del mundo jurídico.

"La ilegalidad también puede provocar [...] la invalidez. El Estado tiene previsto la existencia de órganos de control [...] a los que se encomienda la vigilancia de la pureza de los actos administrativos, de tal manera que, bien sea de oficio o a instancia (que es lo normal) de parte interesada, verifican si el acto es ilegal y si constatan que efectivamente es ilegal y que la ilegalidad es consecuencia de una irregularidad jurídica relevante, así lo declaran de forma expresa. La invalidez es así una ilegalidad relevante declarada por un órgano público constitucionalmente habilitado para hacerlo. Todas las invalideces proceden de una ilegalidad; pero no todas las ilegalidades desembocan en una invalidez, sino solamente aquellas sobre las que se ha realizado un pronunciamiento especial de invalidez o en otras palabras no es el resultado automático de una discordancia entre el acto y la norma sino el contenido de una declaración valorativa expresa" (*op. cit.,* pp. 53-57)

Partiendo de este esquema se "puede prescindir de la técnica de la presunción de validez de los actos administrativos. De acuerdo con esta regla (sancionada en el derecho positivo) los actos 'se presumen' válidos mientras no haya una declaración en contrario. Pues bien, lo que yo afirmo es que los actos, cualquiera que sea la intensidad de su ilegalidad, no se presumen válidos sino que 'son' válidos mientras no se haya declarado su invalidez" (*idem*).

sidad de auxilio judicial alguno.[290] Este rasgo, que ha recibido denominaciones muy diversas (*ejecutividad, ejecutoriedad* o *privilegio de decisión ejecutoria,* etc.), deja a la Administración en una posición notablemente diferente a la de los sujetos privados, pues éstos deben acudir a los tribunales para que declaren su derecho, y aun entonces, si el sujeto obligado por ellos se resiste a cumplirlo, deberán volver al mismo para solicitar su ejecución; mientras que aquélla no sólo puede declarar por si misma su derecho, sino que puede hacerlo efectivo sin necesidad de acudir al poder judicial.[291]

En realidad se comprenden aquí dos elementos diferentes: por un lado, la capacidad del acto administrativo para generar efectos de forma inmediata (*ejecutoriedad* o *ejecutividad*); por otro, la atribución de la Administración para hacer éstos materialmente efectivos, sin necesidad de auxilio judicial alguno (acción de oficio).[292] Este régi-

290 Señala Rojas Franco que el acto administrativo está dotado de "fuerza ejecutiva y ejecutoria, que es la potestad de la Administración pública para definir *prima facie, ex oficio* o provisionalmente sus controversias con el particular mediante la declaración unilateral de su propia voluntad (ejecutiva), o aun contra la voluntad del destinatario y para ejecutar coactivamente esta declaración sin necesidad de acudir previamente a la vía jurisdiccional (ejecutoriedad)" (*La suspensión del acto administrativo en la vía administrativa y judicial,* 4ª. ed., San José, 1999, p. 6).

291 Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo I, op. cit.,* p. 462; Vidal Perdomo, *op. cit.,* pp. 163-165; Martín Rebollo, "Disposiciones administrativas y actos administrativos", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, Tecnos, 1993, pp.166-167; Madrigal García, *op. cit.,* pp. 215-216; Rojas Franco, *op. cit.,* p. 9. Señala Parada Vázquez que la " 'ejecutividad', 'ejecutoriedad', 'privilegio de decisión ejecutoria' o 'acción de oficio', 'autotutela ejecutiva', son términos con los que indistintamente se designa la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si preciso fuere. Esta cualidad es la que realmente separa y distingue los actos administrativos de los actos privados que necesitan apoyo judicial para tomar sobre otro sujeto medidas ejecutorias. En otras palabras, la Administración puede '*tomarse la justicia por su mano*' [...] mientras que los particulares deben acudir al juez para imponer sus derechos sobre terceros" (*Derecho administrativo I,* 11ª. ed., Marcial Pons, 1999, p. 148).

292 Apunta Martín Mateo que la "diferencia entre ejecutividad y acción de oficio, a menudo confundida, consiste en que la primera es la legitimidad con que aparece una situación jurídica para producir inmediatamente consecuencias concretas. La ejecución forzosa es la realización

men supone, en definitiva, que el acto administrativo esta dotado de una especial fuerza jurídica, que no se fundamenta en su estructura interna, sino en que procede de la Administración pública y es fruto del cumplimiento por parte de ésta de sus funciones como poder público. Como ya sabemos, la función pública de la Administración la dota de prerrogativas especiales dirigidas a lograr la supremacía del interés público al que sirve; entre dichas prerrogativas se encuentra, sin duda, la que nos ocupa.[293]

---

práctica, material, de tales consecuencias, la puesta en marcha de la ejecutoriedad" (*Manual de derecho administrativo*, 13ª. ed., Madrid, Trivium, 1990, p. 71). En sentido similar, señalan Dorrego de Carlos y Gutiérrez Visen que "la ejecutividad, *como autotutela declarativa*, se diferencia, aunque algunos autores no hacen tal distinción, de la ejecutoriedad, acción de oficio o *autotutela ejecutiva*, que supone un grado más en esa 'agresividad' y que sólo es predicable de aquellos actos que por sí conceden derechos a la Administración, viniendo a permitir la realización inmediata por ésta de tales derechos a través de la ejecución forzosa y equiparando el acto administrativo con un título ejecutivo" ("Disposiciones y actos administrativos", en *Administraciones públicas y ciudadanos,* B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1993, p. 448). En la misma línea también Martín Rebollo, que considera que "ejecutividad y ejecutoriedad son dos conceptos diferenciados que significan cosas distintas, aunque están íntimamente relacionados. Ambos se insertan en la declaración que el acto supone y ambos son manifestaciones del principio de autotutela [...]. La ejecutividad [...] apela a la eficacia inmediata del acto, salvo las excepciones previstas en la ley, y a su aptitud para obligar a su cumplimiento. En ese sentido es la primera manifestación de la autotutela y, por consiguiente, en el plano abstracto en el que nos movemos, es algo previo a la ejecutoriedad. [...] La ejecutoriedad, a mi juicio, se ubica también en la declaración, es consustancial a ella. Manifestación, pues, todavía, de la declaración en que el acto consiste, pero ideal y conceptualmente posterior a la ejecutividad. Sería o es, el privilegio que otorga el ordenamiento a la Administración para que pueda llevar a efecto el mandato que el acto supone de forma coactiva y su ayuda judicial. La innecesariedad de acudir a un juez para que ejecute el acto pues éste es título ejecutivo suficiente" (*Disposiciones..., op. cit.,* p. 168).

293 Señala Santamaría Pastor que los "actos administrativos, en cuanto expresión primaria de la actividad de la Administración pública, están dotados de una fuerza jurídica singular. Dicha fuerza no tiene su origen en ninguna característica intrínseca de los actos, en sí mismos considerados: son consecuencia de los privilegios posicionales que ostenta la Administración en cuanto organización integrante de los poderes públicos" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 164).

Este privilegiado régimen tiene un carácter estrictamente provisional, pues queda condicionado a la posterior resolución administrativa o judicial que revise la decisión administrativa; aunque, como apunta Rojas Franco, esto es así sólo cuando el acto es objeto de impugnación.[294]

La eficacia del acto administrativo se produce desde el mismo momento en que éste se dicta. Así lo ratifica el art. 125 RM,[295] que establece que las "Resoluciones y Acuerdos de las autoridades municipales son de ejecución inmediata".

Existen, no obstante, algunas causas que pueden retardar dicha eficacia. Téngase en cuenta que lo vamos a examinar en este momento son exclusivamente las causas que frenan la eficacia, no las que determinan su invalidez, lo que en sentido estricto es un asunto diferente, por más que ésta se vaya a traducir también en una privación de efectos del acto.[296]

Así, en primer lugar, ya sabemos que si el acto debe ser objeto de notificación o publicación no será eficaz hasta que se produzca la correcta notificación o publicación del mismo. Esto determina, como en su momento dijimos, que el acto carecerá de eficacia no sólo cuando no sea notificado o publicado según el caso, sino también cuando la notificación o publicación se realicen de forma irregular.

En segundo lugar, puede que un acto sea sometido al requisito de aprobación por parte de un órgano superior. Ésta es una manifestación de la tutela que no afecta a la validez del acto, que puede ser perfecto y eficaz sin esa aprobación, pero

294 Señala Rojas Franco que esta "potestad se dice, tiene carácter provisional, por cuanto el acto queda condicionado a la sentencia judicial posterior que confirme o anule lo actuado por la Administración. Debe entenderse esa calidad provisional únicamente para aquellos actos que hubieran sido impugnados ante los tribunales administrativos o judiciales o ante el superior jerárquico propio o impropio, no teniendo esta última hipótesis el carácter de definitivos o firmes [...]" (*op. cit.,* p. 6).

295 Decreto núm. 52-97, Decreto de Reglamento a la Ley de Municipios.

296 En tal sentido Villar Palasí y Villar Ezcurra, según los cuales "se entenderá por invalidez la ineficacia de los actos que traen causa de la existencia de un vicio (o, lo que es lo mismo, la ineficacia-sanción), reservando la voz de ineficacia para los restantes supuestos de actos no viciados pero carentes de efectos por otra serie de circunstancias" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 168).

sí a su eficacia, que no se producirá hasta que se realice la aprobación.[297] Sin embargo, también hay postura contraria a esta doctrina, que ve en la aprobación un supuesto de competencia compartida, por lo que no es una mera condición de eficacia, sino un auténtico requisito de validez. De tal forma que el acto sólo queda perfecto, y por tanto eficaz, cuando se produce esa aprobación.[298]

En tercer lugar, en muchos casos será el propio contenido del acto el que exija que éste únicamente pueda producir sus efectos en un momento posterior a cuando fue dictado. Una parte de la doctrina discrepa, no obstante, de esta tesis, considerando que realmente no se

297 Señala Madrigal García que la "aprobación es una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros y su exigencia no afecta en absoluto a la perfección ni a la validez del acto del inferior. El acto del inferior puede ser perfecto y plenamente válido, pero no produce efectos en tanto no sea aprobado por la autoridad superior. El acto de aprobación, independientemente del que es objeto de ella, constituye una condición del primero. De tal modo que éste sólo produce efectos desde que se produce su aprobación expresamente o por silencio administrativo" (*op. cit.,* p. 224). Boquera Oliver, por su parte, considera que es "evidente que cuando un acto administrativo está sometido a aprobación, mientras ésta no tiene lugar, el acto no es eficaz. La eficacia queda demorada a la aprobación superior o gubernativa cuando así lo establezcan las leyes. No es necesario que las leyes digan que hasta que no sea aprobado el acto no será eficaz; sólo con que digan que el acto administrativo tiene que ser aprobado ya dicen que su eficacia queda demorada a la aprobación, pues el aplazamiento de la eficacia del acto es la razón de ser de la aprobación. [...]" (*Estudios sobre el acto administrativo, 6ª. ed.,* Madrid, Civitas, 1990, pp. 336-337). También Morell Ocaña, que entiende que, en caso de aprobación "la autoridad llamada por la norma presta su asentamiento a la declaración en que el acto consiste. El acto es válido, perfecto por sí mismo, porque la autoridad que lo emite no precisa de la superior para formar su voluntad y declararla; sin embargo, sólo la aquiescencia que le presta el superior le permite desplegar su eficacia. Mientras tanto, queda en una situación transitoria, en la que el contenido vincula a su autor" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 248).

298 En tal sentido Santamaría Pastor, que entiende que "no se trata de un aplazamiento de la eficacia, sino de la falta de un requisito de validez: el acto sólo existe como tal cuando recae dicha aprobación, que es imprescindible para que pueda surtir algún efecto, por cuanto lo que existe en tal caso es un supuesto de competencia compartida" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 166).

retarda la eficacia del acto, que tiene fuerza de obligar desde el momento en que se dicta, sino la puesta en práctica de su contenido.[299]

Se retardará la eficacia del acto administrativo cuando así lo disponga el ordenamiento jurídico.

2. Las medidas cautelares en el derecho administrativo nicaragüense

2.1. INTRODUCCIÓN

Aunque el concepto de medidas cautelares no es fácil de precisar, se puede considerar, en líneas muy generales, que éstas constituyen un conjunto de instrumentos procesales que tienen como finalidad superar los inconvenientes producidos por la tardanza en el tiempo del proceso.[300]

La regulación de esta materia es, sin duda, una de las cuestiones que han generado mayor atención doctrinal y jurisprudencial durante los

299 Dicha posición ha sido defendida por Santamaría Pastor, que considera que "no es realmente tal: lo que se aplaza en este caso no es la producción de efectos del acto administrativo, sino la puesta en práctica real de su contenido; por ejemplo, la orden por la que el día 1 de un mes determinado un alcalde cierra al tráfico una calle a partir del día 20 del mismo para realizar obras en la calzada surte todos sus efectos desde la misma fecha de la emisión de la orden; la orden no precisa de actuación posterior alguna para su ejecución, gozando de plena fuerza de obligar desde el primer momento (como lo demuestra que puede ser objeto de recurso a partir de dicha fecha)" (*ibid.*, pp. 165-166).

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

últimos años.[301] 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.[302]

Sin embargo, sin restar razón a la certeza de estos argumentos, no creemos que se pueda negar el carácter central de la cuestión, que justifica sobradamente el interés que suscita en la doctrina científica y en los prácticos del derecho, pues en muchos casos va a ser el único instrumento que permita otorgar una verdadera tutela judicial a las pretensiones de los administrados que en otro caso se verían frustradas por la tardanza que trae consigo la tramitación de los procesos.[303]

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

302 Señalan al respecto Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría que "la problemática relativa a las medidas cautelares ha ocupado en demasía la reflexión doctrinal desde el abanderamiento de este nuevo Grial. Y sin riesgo a equivocarse puede decirse que este hecho está vinculado con la lacra de la lentitud del proceso y la supersaturación de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Hay una patente relación causa-efecto que distorsiona seguramente la realidad e hipervalora dogmáticamente un tema que en ordenamientos más cuajados no plantea tan arrebatada controversia". A lo que añaden posteriormente que "el interés por las medidas cautelares, casi obsesivo, proviene de la mala conciencia formada respecto al privilegio de autotutela declarativa sin excepciones" ("Las medidas cautelares en la regulación vigente del proceso contencioso-administrativo", en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático,* B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1999, pp. 515-518).

303 Como señala Parada Vázquez, la tutela cautelar "se presenta, y no faltan razones para ello, como la única oportunidad desde el frente procesal de salvar a la justicia de su profunda crisis. Una cuestión fundamental, pues en lo acertado de las medidas cautelares que aseguran el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, se juega el ser o no ser

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.[304] Esto, en nuestra opinión, no le resta protagonismo a una cuestión que la práctica atestigua ineludible. Ciertamente no todo se puede solucionar vía cautelar, pero hoy en día, dadas las características de las sociedades modernas, nos resulta imposible imaginar un sistema judicial adecuado sin una correcta tutela cautelar.

Todo lo dicho es especialmente notorio en el ámbito que nos ocupa, el contencioso-administrativo. Como ya adelantamos, las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la longevidad del proceso,[305]

---

del derecho material y la utilidad de los procesos. Pues, o las resoluciones judiciales pueden efectivamente satisfacer la pretensión del vencedor o la justicia se convierte en una 'estafa procesal' " ("Prologo", en C. Chinchilla Marín, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, 1991, p. 14). En sentido similar, señala Teso Gamella que, actualmente "y debido al volumen de asuntos que soportan los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, las medidas cautelares representan uno de los elementos decisivos para paliar la crisis de la justicia administrativa. Es la propia esencia y utilidad del proceso lo que está en juego, pues si las medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de la sentencia que en su día se dicte, si aquellas no fuesen adoptadas o se adaptaron indebidamente la sentencia no podrá ejecutarse" ("Medidas cautelares y derecho sancionador", en *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, M. Campos Sánchez-Bordona (dir.), Madrid, CGPJ, 1999, pp. 188-189).

304 En ese sentido se pronuncia Peces Morate, que señala que "la solución de los grandes males que aquejan a la justicia administrativa no parece estar exclusivamente en la regulación de un eficaz sistema de medidas cautelares, que si no es prudentemente administrado puede acarrear funestos resultados y más pleitos" ("Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias", en *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, M. Campos Sánchez-Bordona (dir.), Madrid, CGPJ, 1999, pp. 152-153). También en esta línea González-Varas Ibañez, que considera que "las medidas cautelares deben entenderse junto a otros instrumentos o técnicas procesales cuyo *ratio* está en contribuir a una mayor celeridad en el proceso contencioso-administrativo" (*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 552).

305 Como señala Rojas Franco, "el proceso resulta muchas veces lento [...] y complejo para resolver ciertas situaciones que de no detenerse a tiem-

que determina la necesidad de adoptar cautelas para garantizar que la duración de éste no impida la adecuada satisfacción de aquello que está en juego,[306] que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva de las partes afectadas por su resolución.[307]

En el ámbito administrativo esta necesidad adquiere especialmente relevancia, dado que la Administración puede utilizar, y de hecho utiliza habitualmente, el privilegio de ejecución previa, unido a la lentitud del proceso, agravado además por la necesidad de recurrir en vía administrativa antes de llegar a éste, lo que crea una barrera fáctica, que puede hacer desistir o cuando menos retrasar eternamente la satisfacción de los legítimos derechos de los administrados.[308]

De esta forma, la medida cautelar asume en este ámbito una funcionalidad adicional a la que posee en el proceso civil, al actuar como

po traerían perjuicios de imposible o difícil reparación al administrado" (*op. cit.,* p. 27).

306 Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa", en *Iuris Dictio*, octubre de 2003, p. 47; Fernández-Fontecha y Martínez Santamaría, *op. cit.*, p. 519. Como señala Chinchilla Marín, las "medidas cautelares son la garantía que ofrece el derecho frente a la inevitable lentitud de los procesos judiciales" (*La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Universidad Complutense-Civitas, 1991, p. 31).

307 Agúndez Fernández, A., *Ley 29, de 13 de julio de 1998, del Proceso Contencioso-administrativo. Comentarios y jurisprudencia,* Granada, Comares, 2000, p. 771.

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

elemento compensador de las prerrogativas procesales de la Administración y especialmente del privilegio de autotutela ejecutiva.[309] 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. Éste es un factor diferencial que no deja de tener su presencia en la versión administrativa de la tutela cautelar,[310] en la que el clásico conflicto entre garantías individuales y exigencias derivadas de las necesidades colectivas alcanza una notable intensidad,[311] e impide transponer sin la

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

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

311 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).

necesaria adaptación y transformación la doctrina iusprivatista de las medidas cautelares a nuestra disciplina.[312]

Todo ello ha motivado que el tema haya experimentado durante los últimos años una notable evolución, que tiende claramente a ampliar su ámbito de acción. Tradicionalmente esta figura se había visto circunscrita a la suspensión del acto administrativo, medida que se consideraba además como 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,[313] proceso que ha culminado con la consideración de la tutela cautelar como parte integrante del derecho a la tute-

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

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

la judicial efectiva,[314] en cuanto viene a garantizar provisionalmente el bien jurídico para el que se ha solicitado la justicia.[315]

La inclusión en este ámbito de este derecho fundamental no es, ni mucho menos, irrelevante, sino que condiciona de manera decisiva la forma en que debe interpretarse y aplicarse esta materia. Implica, entre otras consecuencias, la necesidad de desechar cualquier posición que tienda a considerar la adopción de estas medidas como un instrumento excepcional; por el contrario, se debe calificar como un recurso totalmente ordinario en el desarrollo de las funciones judiciales.[316]

Sin embargo, este planteamiento no ha llegado aún al derecho de Nicaragua, donde sigue manteniéndose una concepción bastante anticuada, en la que la normativa contencioso-administrativa sobre la materia se reduce a la regulación de la suspensión, en términos

314 Dicha solución fue adoptada en España por el Tribunal Supremo en dos históricos autos. En el primero de ellos se señalaba que "los estrechos límites del art. 122 de la Ley reguladora de esta jurisdicción tiene hoy que entenderse ampliado por el expreso reconocimiento del derecho a una tutela judicial efectiva en la propia Constitución (art. 24), derecho que implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar". (ATS de 20 de diciembre de 1990. RCJ 1990-10412. FJ. 2.) El segundo indicaba que el "principio constitucional de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución— ha de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto impugnado, lo que dada la larga duración del proceso reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al que en la sentencia se lleva a cabo sobre el fondo del asunto. [...] En la misma línea ha de reconocerse el principio de que la 'necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar al que tiene la razón', principio [...] que da lugar a una amplia configuración de las medidas cautelares". (ATS de 17 de enero de 1991. RCJ 1991-503. FJ. 2.) En tal sentido, señala López Olvera que los "instrumentos cautelares encuentran su razón de ser en la tutela judicial efectiva, ya que ésta dificilmente puede concretarse sin medidas que aseguren el real cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso principal, o incluso eviten un dispendio jurisdiccional y eviten el proceso entero a través de la resolución anticipada en audiencia convocada de oficio por el juez" ("Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Argentina", en *Estudios en Homenaje a. D. Alfonso Nava Negrete*).

315 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* p. 168.

316 Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, *op. cit.,* p. 525.

además poco profundos, lo que ha motivado que parte de la doctrina demande una mayor atención a esta figura.[317]

Consideramos que esta situación debería enmendarse mediante una modificación de la regulación vigente, que adapte el derecho nicaragüense a los nuevos enfoques, ya firmemente consolidados en los países más avanzados. No obstante, mientras llega tal modificación, sería conveniente que los tribunales de lo contencioso asumieran la responsabilidad de enmendar la situación, corrigiendo las deficiencias de la normativa vigente con 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.

No debe ser obstáculo, a dichos efectos, la letra de la Constitución nicaragüense,[318] que no contiene una consagración expresa del derecho a la tutela judicial efectiva,[319] pues la vigencia de éste se deduce claramente del art. 46 CN, que proclama la vigencia en Nicaragua de los derechos humanos consagrados en los acuerdos internacionales sobre la materia.[320] A lo que se deben añadir las garantías procesales

317 En tal sentido, señalan Mauricio Rodríguez y Toruño Murillo que sería "prudente darle una mayor regulación a la figura de la suspensión del acto, para ello convendría estudiar más el derecho comparado. Con el ánimo de obtener una regulación más integral del instituto" (*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).

318 *Constitución Política de la República de Nicaragua* (en adelante, CN).

319 Declaración que sí existe, sin embargo, en el derecho ordinario, pues el art. 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".

320 Más concretamente, el art. 46 CN establece que en "el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

que establece el art. 34 CN, precepto no muy claro, porque se refiere al procesado,[321] lo que hace surgir dudas acerca de su extensión a las personas inmersas en actuaciones judiciales no penales, pero del que, a pesar de ello, se puede inferir claramente la vigencia del

---

Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos".

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

1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

2) A ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.

3) A ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión.

4) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

5) A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor.

6) A ser asistido gratuitamente por un interprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.

7) A no ser obligado a declarar contra sí 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 proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

derecho a la tutela judicial,[322] en el que necesariamente se debe incluir el derecho a la tutela cautelar.

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

Tradicionalmente la adopción de este tipo de medidas venía junto con 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, se considera que la decisión de imponer o no una medida cautelar 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,[323] y *fumus boni iuris*, esto es, la existencia de una apariencia de buen derecho en la pretensión formulada por el demandante.[324]

Esto supone un cambio trascendental con respecto a la posición clásica, pues ahora el juicio acerca de la previsible razón de la pretensión del demandado se convierte en el eje de la decisión. Con ello, el instrumento cautelar se transforma en un elemento dirigido a garan-

---

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".

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

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

324 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.*, p. 64).

tizar la adecuada satisfacción de los derechos del demandante cuando éste se ve perjudicado por maniobras dilatorias del demandado, que se aprovecha fraudulentamente de la tardanza e inconvenientes del proceso para retardar el reconocimiento de una pretensión que, al menos aparentemente, está bien fundada y debe ser satisfecha.[325] Esto no impide que la tutela se otorgue igualmente en los supuestos en los que se posee esa sólida apariencia jurídica, pero sin concurrir un abuso por parte de la Administración, que simplemente ha dado una respuesta jurídica equivocada por error o ignorancia.[326]

En cualquier caso, desde esta concepción se logra superar los inconvenientes que supone la necesidad de tramitar un proceso, al dar tutela judicial efectiva al administrado por una doble vía. Por un lado, mediante el adelanto, aunque sea de forma provisional, de los efectos de la resolución; por otro, actuando como mecanismo disuaso-

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

326 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.,* p. 531).

rio, que aborta el posible intento de la Administración de abusar de las formas procesales para vencer la resistencia de su contraparte.[327]

La normativa nicaragüense apunta tímidamente hacia dicha dirección, pero sin atreverse a romper definitivamente con los viejos prejuicios. Sin embargo, antes de examinar esta cuestión, debemos analizar otro punto, pues se consagra una solución diferente según la medida se adopte de oficio (art. 63 Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)[328] o a instancia de parte (art. 64 LJ). La razón de dicha decisión parece estar en el deseo de permitir la toma de la medida cautelar cuando el actor la solicite y otorgue "la garantía suficiente y necesaria para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión solicitada pudiera causar a terceros, en caso de que la demanda fuere declarada sin lugar" (art. 64 LJ).

Nos parece errónea y criticable esta doctrina, que desvaloriza la adecuada apreciación de los requisitos a los que debe estar condicionada la tutela cautelar.[329] En cierto modo, esta posición implica una vuelta a la idea del riesgo, aunque en este caso planteada a la inver-

327 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" (*ibid.,* p. 539).

328 Ley 350 de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo (tomada de *La Gaceta,* núm. 140-141, 25 y 26 de julio de 2000; en adelante, LJ).

329 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* p. 49.

sa, pues operaría a favor del demandante y no del demandado. Pero no por ello deja de ser igualmente perturbadora, pues a fin de cuentas puede suponer que se admita una medida (la suspensión) que pueda frenar la debida aplicación de una resolución bien fundada y con ello perjudicar el interés público o de terceros, aunque éste pueda ser restaurado al fin del proceso. No debería, por ello, admitirse la toma de la medida cautelar por este criterio, si no 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.

La LJ apunta, por un lado, hacia la idea de perjuicio irreparable, admitiendo como criterio suficiente para decretar la suspensión que "se tratare de algún acto que, de llegar a consumarse, haría materialmente improbable e imposible restituir al demandante en el goce del derecho reclamado" (art. 63.1 LJ), cuando se trate de decretar la suspensión de oficio, o que se puedan generar daños o perjuicios que "no fueren susceptibles de reparación", cuando se decrete a instancia de parte. También se muestra en este sentido el art. 41.1 LM, que permite obtener la suspensión del acto impugnado cuando "se trate de algún acto que de llegar a efectuarse, haga materialmente imposible restituir al quejoso el goce del derecho reclamado". Hasta el momento, como puede verse, se mantiene dentro de la rancia doctrina del perjuicio irreparable.

A ello se añaden, sin embargo, dos referencias que mejoran ligeramente la cuestión, abriendo una pequeña puerta al criterio del *fumus boni iuris,* que se considera como causa suficiente para decretar la suspensión en dos supuestos: *a)* cuando "fuere notoria o evidente la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiese la demanda" (art. 63.2 LJ), y *b)* cuando "el

acto fuere de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente" (art. 63.3 LJ).[330]

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 falta de competencia del funcionario a la total ilegalidad de la acción. Se trata, a nuestro juicio, de una solución 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 alcanzar 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. En la mayor parte de los casos le bastará 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 falta de una regulación del procedimiento administrativo, que, como ya hemos denunciado en otras ocasiones, incomprensiblemente carece de una regulación mínima en Nicaragua. Ello supone que tampoco hay una solución a este problema para los recursos en vía administrativa,[331] 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

330 En la misma línea se encuentran el art. 41.2 y el 41.3 LM, que permite solicitar la suspensión de la ejecución del acto: "2. Cuando sea notoria la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiese el recurso; y 3. Cuando el acto sea de aquellos que ninguna autoridad pueda ejecutar legalmente".

331 Tan sólo se cuenta en dicho ámbito con una breve referencia a la suspensión, que viene a establecer que la interposición de los recursos administrativos no suspende la ejecución del acto, pero la autoridad que conoce del recurso podrá acordarla de oficio o a petición de parte, cuando la misma pudiera causar perjuicios irreparables al recurrente (art. 42 LPE).

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, con 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)*. Este último elemento 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.

Lo anterior 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 el que, por dicha circunstancia, se tomaran medidas provisionales en protección de una posición absurda o sin sentido, carente de todo fundamento.[332]

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

332 Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 154-155.

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,[333] que podrá verse modificado al final del proceso, pues se basa en simples apariencias e implica, por tanto, un cierto margen de error.[334] La segunda, en cambio, 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.[335]

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,[336] que sólo se podrá emitir una vez tramitado el proceso, examinados y valorados todos los datos y circunstancias precisos y necesarios para resolver definiti-

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

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

335 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* pp. 34-35.

336 De este riesgo advierte Trillo Torres, R., 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" (*Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,* M. Baena de Alcázar (dir.), Madrid, Trivium, 1999, p. 889).

vamente la cuestión.[337] La tutela cautelar tiene su propia lógica, que no debe pervertirse desbordando sus efectos necesariamente provisionales, para convertirse en una resolución definitiva o cuasidefinitiva. Esto 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.[338]

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

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

Esta solución tiene sentido 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.

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

338 Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría, *op. cit.,* p. 539.

2.3. La ponderación de los intereses de terceros y del interés público

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

Algo un poco diferente sucede con el art. 41 LM, que no distingue entre procedimientos iniciados de oficio o a instancia de parte, y que exige en todo caso que "la suspensión no cause perjuicio al interés general ni sea contraria a otras disposiciones de orden público".

A pesar de ello, no se puede negar la necesidad de dicho juicio, pues difícilmente se puede eludir la valoración de los intereses de las distintas partes actuantes en el proceso[339] y del interés público[340] a la hora de decidir sobre la adopción de la medida cautelar.

A partir de aquí la cuestión se torna más compleja, pues la doctrina no ha dado un dictamen uniforme con 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.[341] 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

339 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* p. 35.

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

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

público, pues sólo puede encontrar límite en derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.[342]

Siguiendo esta segunda tesis, consideramos que es preciso que los intereses que se tomen en cuenta para dicho juicio tengan relevancia constitucional. Más concretamente, entendemos que esto 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 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, aunque la LJ exija sólo que se trate de perjuicios al interés general.

2.4. 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 incertidumbre. Así lo impone la propia naturaleza de esta medida, puesto que constituye una decisión provisional, que se basa en 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.[343] La potestad discrecional implica una libertad de opción entre distintas soluciones jurídicas igualmente validas, que se presentan como indiferentes jurídicos, en cuanto

342 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" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 650).

343 Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 156-157.

todas son igualmente válidas para el derecho. No se puede afirmar que ocurra así cuando se trata de otorgar o no tutela cautelar, lo que no es ni mucho menos un ámbito que se deje a la libre decisión del operador jurídico.

Los requisitos a los que se somete la tutela cautelar no deben ser formulas abiertas, en las que el órgano judicial tenga un marco lo suficientemente amplio como para encontrar siempre cabida para sus propias opiniones, sino elementos objetivos de los que se extraiga un juicio fundado en cada momento. El ciudadano que está inmerso en un proceso debe tener una cierta seguridad sobre sus posibilidades de recibir esa tutela. Esta afirmación, clara e irrefutable desde el punto de vista teórico, encuentra, sin embargo, en el reino de los hechos grandes obstáculos. La materia cautelar se ha revelado en la práctica como una cuestión extremadamente casuística, en la que es frecuente encontrarse con contradicciones, cuando no auténticos bandazos y bruscos cambios de dirección, en la interpretación y práctica judicial.

Resulta claro que estas dificultades nunca podrán reducirse totalmente, pues se trata de 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, al quedar 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 se mueve en el mundo del caso concreto, de la circunstancia particular, y sólo una jurisprudencia sólida y consolidada puede dar respuesta a dichas situaciones. Por ello, se convierte en una necesidad primaria la adecuada motivación por parte de los tribunales de sus decisiones sobre esta materia. La elaboración de un dictamen claro, en el que se haga 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,* y permitiría al ciudadano inmerso en un proceso, sobre la base del precedente, tener un alto grado de previsibilidad sobre el sentido de la decisión cautelar.

2.5. La constitución de fianza como requisito para la efectividad de la medida cautelar

Como ya se ha señalado, 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 de terceros. De aquí surge la necesidad de una prestación de garantía, que asegure que se podrá hacer frente a esos posibles daños y perjuicios,[344] operando como una condición para la efectividad de la medida cautelar.[345]

Así lo exige claramente la LJ, ya desde el momento en que se formula la petición de suspensión, en la que se deberá hacer constar el "ofrecimiento de garantizar los eventuales perjuicios que dicha suspensión pueda causarle a la administración o a terceros" (art. 62 LJ). El art. 65 LJ ratifica esa posición, cuando establece que al "decretarse la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada, el tribunal fijará, en su caso, la situación en que habrán de quedar las cosas y establecerá las medidas pertinentes y necesarias para conservar la materia objeto de la demanda hasta la culminación del respectivo proceso y su procedimiento".

En la legislación municipal, el art. 41 LM exige que "el recurrente otorgue garantía suficiente para reparar el daño o indemnizar los perjuicios que la suspensión pudiese causar a terceros, si el recurso administrativo fuese declarado sin lugar".

Sin negar la adecuación general de esta regla, resulta irrefutable que la exigencia de esta contracautela puede dejar fuera del beneficio de la protección cautelar a amplios colectivos, incapaces de hacer frente a los costes que ésta implica.[346] Esta solución resulta inaceptable, una vez que hemos admitido la inclusión de la facultad de exigir medidas cautelares dentro del derecho a la tutela judicial efectiva,

344 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* pp. 47-48.

345 Rodríguez-Arana Muñoz, *La suspensión..., op. cit. 1999,* p. 130.

346 Como indica Peces Morate, las "medidas cautelares, salvo las de mera publicidad [...] suelen requerir contracautelas, lo que supone un gravamen, que no siempre puede soportar al solicitante, quedando en desventaja quienes, aun estando cargados de razón, carecen de medios para afianzar o prestar caución" (*Tutela cautelar* y ejecución provisional de sentencias", en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, M. Campos Sánchez-Bordona (dir.), Madrid, CGPJ, 1999, p. 147).

pues supone tanto como privar de un derecho fundamental a quien no tiene para pagárselo.

El problema resulta de nuevo especialmente problemático en un país como Nicaragua, con un elevado porcentaje de su población en situación económica de especial debilidad, que quedaría dramáticamente excluido de dicha tutela si no se adoptan medidas específicas al respecto. Por ello, la Ley Jurisdiccional acierta plenamente al dejar fuera de esa exigencia "a quienes gozaren del beneficio de pobreza" (art. 67 LJ). A este supuesto se añade el de "los casos en que la suspensión fuere decretada de oficio (art. 67 LJ).

La garantía que se deberá tomar dependerá de las características concretas de cada supuesto, por lo que no es posible realizar una determinación previa de ésta.[347] La Ley nicaragüense lo tiene en cuenta, y establece que ésta podrá ser presentada "de forma directa por las partes o por medio de una fianza solidaria o hipotecaria, o bien a través de cualquier otra modalidad convenida entre las partes de la litis" (art. 67 LJ). La precisión concreta 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".

2. 6. *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,[348] perspectiva en la que continúa anclada la legislación contencioso-administrativa ni-

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

348 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.,* p. 882).

caragüense, 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,[349] para reconocer la existencia de un número ilimitado de medidas cautelares, también en dicho ámbito, equiparando así al juez del contencioso con los demás órganos judiciales.[350] 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.[351]

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 senten-

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

350 Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M., y J. J. González Rivas, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 370. Como apunta Brewer-Carías, se ha planteado "la necesidad de la reconquista por parte del juez administrativo de los poderes de ordenar, que en general, tiene del juez judicial, y no sólo de carácter suspensivo" (*Nuevas tendencias..., op. cit.,* p. 196).

351 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.,* p. 524).

cia, pues, en ocasiones, cumplen una función anticipatoria del fallo, a fin de garantizar la correcta tutela de la pretensión.[352] 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;[353] 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.[354]

Esto no impide que existan algunas restricciones en cuanto al tipo de medidas que se pueden 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.[355] 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.[356] En consecuencia, debe existir una adecuación entre medida cautelar y pretensión, similar a la que debe existir entre pretensión y sentencia.[357]

352 Fernández-Fontecha Torres y Martínez Santamaría apuntan que 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' " (*ibid.,* p. 527).

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

354 Bacigalupo, *op. cit.,* p. 135.

355 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* p. 176.

356 Ruiz Piñeiro, *op. cit.,* p. 327.

357 Conde Martín De Hijas, *op. cit.,* p. 579.

En tercer lugar, es preciso que la medida adoptada esté dentro de lo jurídicamente posible, lo que impide tomar decisiones que queden fuera del campo de las atribuciones de los tribunales.[358] Podemos encontrar un ejemplo claro en el caso de la impugnación de un reglamento, supuesto en el que el juez al dictar sentencia no podrá hacer otra cosa que validarlo o invalidarlo, pero en ningún caso cuenta con capacidad para darle una nueva redacción, lo que determina que la única medida aplicable sea la suspensión.[359]

2. 7. Procedimiento para la adopción de medidas cautelares

Cuando se deduce una pretensión cautelar se hace necesario realizar una serie de tramites procedimentales con el fin de determinar si concurren los requisitos para su adopción.[360] Esta tramitación, que se considera un incidente,[361] no tiene, como tal, sustantividad propia, sino que asume un carácter estrictamente instrumental respecto del proceso en el que se ventila la pretensión principal. De aquí se deriva que el presupuesto para la tramitación de ese incidente cautelar sea que se halle pendiente el proceso principal en el que se está dirimiendo la cuestión jurídica a la que se refiere la pretensión cautelar.[362]

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

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

358 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* p. 175.

359 Bacigalupo, *op. cit.,* pp. 158-159.

360 González Pérez, *Manual de Derecho..., op. cit.,* p. 588; González-Varas Ibáñez, *Comentarios..., op. cit.,* p. 569.

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

362 Trillo Torres, *op. cit.,* p. 879.

nal competente, se notifique a las partes en un determinado plazo. Concretamente, la "sala respectiva del tribunal competente [...] deberá efectuar la respectiva notificación en un plazo de tres días hábiles por medio de cedula judicial o de cualquier otro medio o vía que contenga los elementos esenciales de la notificación y que dejare constancia por escrito para el cumplimiento inmediato" (art. 63 LJ).

Cuando se inicia a instancia de parte, la ley fija un momento para realizar dicha actuación: la presentación de la demanda. Así se deduce del art. 62 LJ, que establece que en "su escrito de demanda el actor podrá solicitar la suspensión del acto o sus efectos, de la resolución, disposición, omisión o simple vía de hecho que le agravia". El artículo no es muy claro con respecto a la posibilidad de presentar dicha solicitud en otro momento del proceso, pues utiliza el término "podrá".

Sin embargo, esta interpretación no parece muy adecuada, porque el art. 50 LJ, al regular el escrito de demanda y sus requisitos establece que el "escrito de demanda podrá ser presentado en papel común y debe contener los siguiente: [...] *8)* Solicitud, según sea el caso, de la suspensión del acto o de sus efectos, disposiciones, omisiones y vías de hecho objeto de la demanda". Parece, por ello, que la utilización del término "podrá" en el art. 63 LJ responde a la no obligatoriedad de la solicitud de medidas cautelares, que es, por supuesto, una posibilidad de la que goza el demandante, y en ningún caso una obligación. De tal forma que, por exigencia de la LJ, si el administrado hace uso de esa posibilidad debe hacerlo al presentar la demanda.

Nada impide, en cualquier caso, que si lo considera oportuno, el demandante pueda pedir al órgano judicial que adopte la decisión de oficio, cuando se halle en otro momento del proceso.

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

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

La decisión judicial acerca de la suspensión, bien se produzca de oficio o a instancia de parte, adoptará la forma de auto (art. 65 LJ). En éste se indicará, en caso de acordarse la suspensión, como ya vimos

en su momento, las medidas que deben adoptarse para garantizar los daños que se puedan derivar de la misma (art. 65 LJ).

2.8. Medidas cautelares y proceso en que se ventila la pretensión principal: accesoriedad e instrumentalidad de la medida cautelar

La relación de la medida cautelar con el proceso en el que se dirime la pretensión principal a cuya atención se adopta está determinada por la instrumentalidad y accesoriedad de la medida respecto de dicho proceso. 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, la medida cautelar sólo tiene sentido dentro del desarrollo del procedimiento o proceso en el que se adopta, por lo que está subordinada a dicho desarrollo[363] y sigue, en todo momento, la suerte de la pretensión principal.[364]

De esta forma, la medida cautelar persistirá sólo en la medida en que sigan perdurando los motivos que llevaron a su adopción,[365] lo que determina que pueda ser modificada en cualquier momento del proceso, si hay una alteración de las circunstancias concurrentes que así lo aconseje.[366] Así lo establece claramente la normativa nicaragüense, que en su art. 68 señala que el "decreto de suspensión será modificable en cualquier etapa del proceso, sea de oficio o a petición de parte, cuando se justificare que han sobrevenido hechos o circunstancias que lo hicieren procedente. [...] El Tribunal que estuviere conociendo de la demanda dispondrá de inmediato la cancelación y devolución de las garantías presentadas".

A esto se añade, por último, que la medida cautelar sólo perdura, como es lógico, hasta que se dicte la sentencia o resolución que resuelva el procedimiento o proceso en que se adoptó.[367] En ese momento la decisión provisional en que consiste aquélla es resuelta por el juicio definitivo con el que el órgano judicial pone fin al proceso.

363 Rodríguez-Arana Muñoz, *Las medidas cautelares..., op. cit.,* p. 48; González Pérez, *Manual de Derecho..., op. cit.,* p. 587.

364 Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* pp. 32-33.

365 Rodríguez-Arana Muñoz, *Las medidas cautelares..., op. cit.,* p. 48; Chinchilla Marín, *La tutela..., op. cit.,* pp. 33-34.

366 Álvarez-Cienfuegos Suárez y González Rivas, *op. cit.,* pp. 366-367.

367 Rodríguez-Arana Muñoz, *Las medidas cautelares..., op. cit.,* p. 48.

2.9. 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 considerable obstáculo para lograr una correcta tutela cautelar.

A esta falta de tradición se añade, por otro lado, una deficiente regulación normativa, basada 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 posturas superadas, incompatibles con la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva a la que Nicaragua debe aspirar.

En tanto llega una reforma legal, que adecue la norma nicaragüense a los nuevos tiempos, la vía para solucionar estas deficiencias es una jurisprudencia decidida y valiente, que extraiga todas las consecuencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata de un tarea fundamental, pues de la protección cautelar dependerá en numerosas ocasiones que se pueda dar auténtica respuesta a los derechos y necesidades de los ciudadanos.

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. Introducción

La falta de una ley reguladora del procedimiento administrativo en Nicaragua

Una de las más marcadas deficiencias del ordenamiento jurídico-administrativo nicaragüense es, sin duda, la carencia de una norma que regule de forma general el procedimiento administrativo.[368] Así lo viene poniendo de manifiesto ya desde hace tiempo la doctrina administrativa, que ha destacado la necesidad de que se apruebe un texto legal que cumpla esa función,[369] necesidad tanto más evidente cuando se ha aprobado ya una ley reguladora de la jurisdicción

368 Sheffer Tuñón ha destacado que la falta de una ley de procedimiento administrativo es una circunstancia "claramente desventajosa, al ocasionar graves inconvenientes, sobre todo por la lesión a la seguridad jurídica y a la legalidad a la que está sometida la Administración en su conjunto" (*Estudios de derecho público*, Panamá, Cultural Portobello, 2006, p. 138).

369 En tal sentido, ya señalaba Rizo Oyanguren que en "Nicaragua carecemos de una Ley de Procedimiento Administrativo. [...] Creemos que es tiempo de dictar una ley de ese tipo en Nicaragua" (*Manual elemental de derecho administrativo,* León, Nicaragua, Editorial Universitaria, 1992, p. 87). Más recientemente se ha pronunciado en ese sentido Arríen Somarriba, según el cual, hay "que seguir apostando en Nicaragua por la aprobación de una Ley de Procedimiento Administrativo Común, que establezca la regulación de los recursos administrativos y sus lineamientos generales [...]. Además de esta materia (la de los recursos administrativos) debe regularse en esta ley todas las materias que son propias del procedimiento administrativo en general" ("Los recursos administrativos en España y Nicaragua", *Clase de derecho contencioso-administrativo* [folleto], Universidad Centroamericana, p. 40).

contenciosa, de la que la ley de procedimiento administrativo parece complemento imprescindible.[370]

Existen referencias fragmentarias en algunas leyes, particularmente la LJ, además de la normativa específica que regula cada uno de los procedimientos administrativos concretos. Estos materiales, junto con las aportaciones de la doctrina científica, han servido de base para la elaboración de este tema, pero es una situación claramente deficiente, que requiere una rápida solución. Dado el constante incremento de las tareas administrativas, se hace cada vez más necesaria una norma general que colme las lagunas que contienen en materia de procedimiento administrativo las leyes reguladoras de los procedimientos específicos.[371]

2. Definición de procedimiento administrativo

Denominamos *procedimiento administrativo* a la serie ordenada de actos que sirve de cauce formal a la actividad administrativa.[372] En di-

370 En tal sentido, López, C. M., quien apunta que el procedimiento administrativo "es previo a lo contencioso, tanto en un orden lógico como y real y que por lo tanto, si se pretende juridizar la actividad administrativa es conveniente proceder por etapas. Antes de una Ley de lo Contencioso-administrativo debe de existir una Ley de procedimiento administrativo. Lo lógico y lo razonable es que así sea. La experiencia de otros países así a lo aconseja y los ejemplos en el derecho comparado son múltiples y profundamente aleccionadores" (*Concepto y naturaleza del procedimiento administrativo,* p. 29).

371 Señala Rizo Oyanguren que, con "la rápida multiplicación de las intervenciones estatales se viene acentuando la necesidad de un ordenamiento general que, sin excluir algunos procedimientos especiales, sirva también como legislación supletoria en materia de personalidad, de notificaciones, forma de computar los términos legales, audiencia de las partes, medios de prueba y de impugnación, silencio administrativo, etc." (*Manual elemental..., op. cit.,* p. 87).

372 Delpiazzo considera que el "procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos jurídicos y operaciones materiales que constituye el elemento ordenador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa" ("Panorama general del derecho administrativo uruguayo", en *El derecho administrativo iberoamericano,* S. González-Varas Ibáñez (dir.), Granada, INAP/UIM, 2005, p. 706). Para Serra Rojas, procedimiento administrativo "es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa" (*Derecho administrativo,* México, Porrúa, 1988, p. 266). Morelli, por su parte, lo de-

cho sentido se ha pronunciado el derecho positivo de Nicaragua, que define el procedimiento administrativo como "el cauce formal de la serie de actos en que se debe concretar la actuación administrativa sujeta al derecho administrativo para la consecución de un fin" (art. 2.13 LJ).

Nótese que se trata de una pluralidad de actos dotados de un sentido unitario, puesto que se dirigen a la resolución de un determinado asunto; pero sin que cada uno de tales actos pierda su sustantividad propia.[373] El procedimiento se presenta, por ello como una

---

fine como el "conjunto de instancias, actos, conceptos y operaciones —tales como notificaciones— que se adelantan por uno o varios funcionarios y que están estructural y funcionalmente ligados para lograr un fin determinado" ("El procedimiento administrativo y el proceso contencioso-administrativo", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías",* Caracas, FUNEDA/ Editorial Jurídica Venezolana, 1995, pp. 177-178). Fanlo Loras apunta que procedimiento "hace referencia a ordenación de una serie de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados entre sí para la producción de una decisión administrativa. El procedimiento administrativo resulta así el cauce formal de la función administrativa" ("Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos, iniciación, ordenación e instrucción", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, Tecnos, 1993, p. 214). Morell Ocaña define el procedimiento como "un conjunto ordenado de actos o actuaciones materiales a través de los cuales se va formando o ejercitando una declaración de voluntad. El procedimiento administrativo será, pues, el cauce propio de las declaraciones de voluntad (conocimiento, deseo o juicio) de una Administración Pública, o de su ejecución" (*Curso de derecho administrativo,* t. II, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 213). Según Santofimio Gamboa, "entendemos por procedimiento administrativo el sendero preestablecido legalmente, y que consiste en trámites y formalidades, a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que éstos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de los derechos de los interesados y de la comunidad en general" (*Acto administrativo. Procedimiento, eficacia y validez,* 2ª. ed., p. 124).

373 Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, el procedimiento administrativo es "un complejo de actos, del administrado y de la Administración, de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final" (*Curso de derecho administrativo II,* 8ª. ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 448).

unidad, pero ésta se compone de elementos múltiples susceptibles de ser individualizados.[374]

El procedimiento administrativo debe ser diferenciado del expediente administrativo, pues aunque es frecuente que ambos términos se utilicen como sinónimos,[375] hacen referencia a dos realidades distintas y claramente diferenciables.[376] Si el procedimiento es, como acabamos de ver, una serie ordenada de actos, el expediente administrativo es otra cosa bien distinta: la constancia documental de esa serie de actos.[377] Así lo establece claramente la normativa nicaragüense,

374 Apunta Delgadillo que "el procedimiento administrativo se manifiesta como una ordenación unitaria de una pluralidad de actos de trámite de diversa heterogeneidad realizadas por varios sujetos u órganos, pero todos encaminados a la producción de un acto decisorio final, producto de la función administrativa" (*Elementos de derecho administrativo*, 2ª. ed., México, Limusa, 2003, p. 202).

375 Es, de hecho, muy frecuente en la práctica que se confundan uno y otro. Puede observarse esta confusión en la definición de expediente de contratación que ofrece Fernández Astudillo, para el que debe entenderse como tal "el conjunto de actuaciones procedimentales mediante las cuales la Administración forma su voluntad contractual a través de la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos, actos que van a tener una importancia trascendental no únicamente para la elaboración y la adjudicación del contrato sino también durante la vigencia de éste" (*Contratación administrativa,* Barcelona, Bosch, 2000, p. 148).

376 Como señala González Navarro, "las voces 'procedimiento' y 'expediente' deben ser diferenciadas técnicamente" (en la obra escrita conjuntamente con J. González Pérez, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común,* 2ª. ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 33).

377 Gráficamente señala González Navarro que "el expediente no es otra cosa que la materialización del procedimiento, el procedimiento 'hecho papel' " (*idem*). E. Vicente define el expediente como "el soporte documental del procedimiento administrativo" (en la obra colectiva *Introducción a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 89). Fernández Fontecha lo define como "la materialización documental del procedimiento" (*Derecho de los contratos públicos*, B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1995, p. 47). Para Fernández Ramos, expediente es "la plasmación documental [...] del procedimiento administrativo" (*El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 430). Boquera Oliver apunta que los "trámites de un procedimiento suelen formalizarse por escrito y la suma de los documentos en que se recogen los trámites se denomina

que define el expediente como "el conjunto de documentos debidamente identificados y foliados, o registros de cualquier naturaleza, con inclusión de los informes y resoluciones en que se materializa el procedimiento administrativo de manera cronológica" (art. 2.9 LJ).

En el ámbito municipal, el art. 112 RM define el expediente como "el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a las resoluciones administrativas municipales, así como las diligencias encaminadas a ejecutarlas. Éstos se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos deban integrarlos y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas de manera contigua, consecutiva y consiguiente por los funcionarios encargados de su tramitación".

Una vez establecido que el procedimiento administrativo es el cauce formal que debe seguir la Administración para desarrollar la actividad que le es propia, la cuestión es, entonces, por qué se le obliga a ésta a seguir esa vía procedimental. La respuesta tiene que ver con la propia esencia de la Administración pública, que no es un sujeto dotado de voluntad y deseos propios, sino un aparato instrumental al servicio del interés público y de los ciudadanos, lo que en último término supone que la Administración no gestiona un conjunto de intereses propios, como hacen los sujetos privados, sino de intereses ajenos (intereses públicos y de los ciudadanos). Esto marca una radical diferencia a la hora de actuar, entre la Administración y los particulares. Éstos últimos actúan desde la autonomía de su voluntad, lo que implica libertad para gestionar correcta y diligentemente sus asuntos, propios o no. En cambio, ese margen de libertad no lo tiene la Administración, que debe realizar una gestión eficaz y adecuada a los intereses que orientan su acción, que son indisponibles para ella.

Esta importante diferencia entre el sujeto privado y el público tiene también, como no podía ser de otra manera, su vertiente procedimental. El sujeto privado cuenta con absoluta libertad a la hora de fijar su cauce de actuación, cuestión que sólo a él le incumbe, pues si sigue una vía inadecuada de acción sólo perjudica sus intereses propios.[378] Sin embargo, la Administración debe estar condicionada

expediente administrativo. Expediente es el conjunto de documentos que recogen los trámites que constituyen el procedimiento" (*Estudios sobre el acto administrativo*, 6ª. ed., Madrid, Civitas, 1990, p. 192).

378 Apunta Santamaría Pastor que seguir un procedimiento "distingue a la Administración de las personas privadas, cuya actuación es, en principio, informal; es cierto que las grandes organizaciones privadas tienden

a seguir un cauce adecuado para dar satisfacción a los intereses que sirve,[379] lo que, en consecuencia, limita su libertad para actuar, que deberá desarrollarse según el camino procedimental previamente diseñado para garantizar el acierto de su actuación.[380]

Más concretamente, con el establecimiento de este condicionante se trata de lograr que en la actuación administrativa queden garantizadas tres importantes finalidades: *a)* el respeto de los derechos de los ciudadanos; *b)* la adecuada satisfacción del interés público; *c)* la participación de los ciudadanos en el ejercicio de las potestades administrativas.[381]

Como puede verse, se trata de un conjunto de objetivos que están incluso más allá de los intereses de los sujetos implicados en una cuestión debatida. Ello determina la indisponibilidad del procedimiento, que deberá seguirse en todo caso, sin que pueda eludirse su realización por acuerdo entre la Administración y los interesados.[382]

a establecer, cada vez de manera más acusada, pautas formales en la actuación de sus integrantes; pero la eficacia de dichos procedimientos es una cuestión puramente interna y ajena al derecho, de tal modo que su incumplimiento puede determinar, a lo sumo, la responsabilidad laboral de un empleado, pero no tiene por qué afectar, en principio, a la validez de la decisión que toma" (*Principios de derecho administrativo,* vol. II, 2ª, ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 55).

379 Como señala Delpiazzo, en "la medida que el derecho le fija a la administración tareas a cumplir y fines a perseguir, sus órganos deben seguir un determinado cauce o camino para hacerlo" (*op. cit.,* p. 706).

380 Como señala Serra Rojas, los "actos administrativos no deben improvisarse, ni quedar subordinados a las arbitrariedades del poder público, ya que necesariamente deben recorrer un camino legal, que es la preparación para que puedan manifestarse con eficacia" (*op. cit.,* p. 267).

381 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 442-447; Flavio Escorcia, *Derecho administrativo*, Nicaragua, León, 2002, p. 199; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 214; Parejo Alfonso, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez, *Manual de derecho administrativo,* 5ª. ed., 1998, pp. 440-441.

382 Como señala Entrena Cuesta, aun "en la hipótesis de que se pusieran de acuerdo la Administración y los interesados en un expediente, no podría eludirse el cumplimiento de las normas que lo regulan, toda vez que aunque no sufriese merma la seguridad de dichos interesados podría ser entorpecida la eficacia administrativa" (*Curso de derecho administrativo I/1*, 9ª. ed., Madrid, 1992, p. 271).

3. Los principios que rigen el procedimiento

Los principios del procedimiento administrativo son un conjunto de reglas básicas que conforman un sustrato axiológico esencial en el que se basan las reglas reguladoras del procedimiento y sirven como criterios interpretativos de las mismas.[383]

Se ha resaltado, con razón, la importancia que tienen estas reglas en cuanto constituyen un elemento uniformador y ordenador de la muy variada normativa reguladora del procedimiento, que permite generar un sustento uniforme que facilita la aplicación e interpretación coherente de la multiplicidad de normas generales y particulares que regulan los procedimientos administrativos.[384] Dicha importancia es especialmente notoria en un país como Nicaragua, donde falta una regulación general del procedimiento administrativo, con todo lo que ello implica. Esto dota a estos principios generales de un valor inusitado en este ordenamiento jurídico, pues sólo con base en ellos se puede dar unidad y sentido a las normas que rigen los procedimientos administrativos.

383 Destaca Sheffer Tuñón que los principios del procedimiento sirven "de fundamento porque orientan y marcan las pautas en cuanto al trámite administrativo se refiere [...]; colaboran con la interpretación porque el aplicador o intérprete, además del particular que acude a una entidad oficial por un asunto de su interés, debido a la hermenéutica que identifica y da sentido a los principios, puede encontrar soluciones en ellos para la adecuada aplicación de las normas del procedimiento; y no hay duda de que están en la base de la integración normativa, ya que, ante cualquier vacio legal, suplen o 'llenan' esa 'ausencia de normas' procedimentales, mediante su utilización supletoria, en pro de la plenitud del procedimiento administrativo" (*op. cit.,* p. 141).

384 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que "la utilidad —aún más, la auténtica necesidad— de un intento dirigido a aislar los grandes principios que constituyen el entramado básico y la estructura esencial de esta institución jurídica que es el procedimiento administrativo. Son estos principios, rectamente entendidos, el único medio de asegurar ese mínimo de unidad que se viene resistiendo desde hace un siglo a los preceptos con que, de un modo u otro, ha pretendido el legislador reducir la tendencia a la dispersión y el particularismo" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 462).

3.1. Principio de impulso de oficio u oficialidad

El contenido de este principio se refiere a la necesidad de que la propia Administración desarrolle por sí misma toda la actuación precisa para la conclusión del procedimiento, con la resolución de las cuestiones planteadas en éste, sin necesidad de ser instada a ello por los interesados.[385]

Esta regla encuentra su fundamento en la existencia en todo procedimiento administrativo de un interés público, más o menos intenso, que demanda satisfacción con independencia de la actividad que desarrollen los sujetos privados, lo que impide que se deje en manos de éstos la posibilidad de tutela del mismo, que en consecuencia deberá ser asumida por la propia Administración.[386]

3.2. Principio de eficacia procesal

Este principio se tiene que compatibilizar con la necesidad de otorgar tutela suficiente a los derechos de los administrados.[387]

385 Danós Ordóñez, "Panorama general del derecho administrativo en el Perú", en *El derecho administrativo iberoamericano*, S. González-Varas Ibáñez (dir.), Granada, 2005, p. 553; Delgadillo, *op. cit.,* pp. 208-209; Escuin Palop, *Curso de derecho administrativo*, 3ª. ed., Valencia, Tirant lo blanch, pp. 221-222; Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 200; López Olvera, "Los principios del procedimiento administrativo", en *Estudios en Homenaje a D. Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo,* D. Cienfuegos Salgado y M. A. López Olvera (coords.), pp. 185-186. Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que "la Administración está específicamente obligada a desarrollar la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los particulares, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la jurisdicción civil donde, por regir el principio dispositivo, se entiende que el proceso es cosa de las partes, de quienes depende, en consecuencia, su progresión" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 467).

386 Señala Danós Ordóñez que este principio "se justifica porque la actuación administrativa debe estar orientada a satisfacer los intereses públicos y por ende la simple inacción de los administrados no debe determinar normalmente la paralización del procedimiento" (*Panorama..., op. cit.,* p. 553).

387 Señala Táboas Bentanachs que "el procedimiento administrativo no puede ceñirse y limitarse a meras consideraciones basadas simplemente en pactos de economía, celeridad y eficacia administrativas, garantizando una actuación común en el funcionamiento interno de la Ad-

3.3. *PRINCIPIO ANTIFORMALISTA O* PRO ACTIONE

Este principio postula que el cumplimiento de los requisitos formales debe examinarse de forma flexible, dando preferencia a las cuestiones de fondo con respecto a las puramente procedimentales, que tienen un carácter secundario; aunque se entiende que dicha regla debe aplicarse exclusivamente a favor del administrado, pues nada justifica que la Administración quede eximida del cumplimiento de las formalidades exigidas por el ordenamiento jurídico.[388]

Con ello se trata de obtener la debida resolución del procedimiento mediante un acto definitivo que responda a las cuestiones de fondo planteadas en el mismo, evitando que los requisitos y trámites formales se conviertan en un obstáculo para dicho propósito.[389] Pero

---

ministración a fe de lograr una más acertada y valida formación y exteriorización de una determinada voluntad administrativa. Más allá de tal fundamentación, profundamente interrelacionada con el estricto actuar administrativo y el funcionamiento íntegro de las Administraciones públicas, se debe resaltar que el procedimiento administrativo debe constituirse en adecuada garantía para conseguir el acierto de la correspondiente decisión y para dar cumplida observancia a los derechos e intereses de los particulares a la luz de los indeclinables intereses públicos" ("Finalización del procedimiento y ejecución forzosa de los actos administrativos", en *Administraciones públicas y ciudadanos,* B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1993, 575).

388 López Olvera, *Los principios..., op. cit.,* p. 185; Sheffer Tuñón, *op. cit.,* p. 158.

389 Danós Ordóñez, *Panorama..., op. cit.,* p. 553. García de Enterría y Fernández Rodríguez mencionan "el principio *pro actione* que postula a favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por lo tanto, en sentido de asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. [...] El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el acierto de aquélla dentro del más absoluto respeto de los derechos de los particulares. Pertenece, pues, a la esencia misma de la institución la tendencia a la prosecución del camino en que el procedimiento consiste hasta llegar a esa decisión final, eficaz y justa, que constituye el objetivo al que se ordenan todos los requisitos y trámites intermedios. Esto supuesto, no puede considerarse sorprendente, sino, por el contrario, ajustado a la propia naturaleza de la institución, el que, en caso de duda, deba resolverse ésta en el sentido más

sin que esto suponga, obviamente, la desaparición de las formas en el procedimiento administrativo, que el administrado deberá cumplir; sino más bien su valoración como elementos puramente instrumentales, que han de ser exigidos de forma flexible.[390]

3.4. Principio contradictorio

El principio de contradicción determina la necesidad de que puedan acceder al procedimiento todos los intereses afectados por el mismo, dándose a sus titulares la posibilidad de defenderlos en condiciones de igualdad.[391] Es inherente, por tanto, a este principio que la Administración encargada de tramitar y resolver el procedimiento opere desde una posición de imparcialidad, que asegure un trato no discriminatorio a todos los sujetos interesados.

Obviamente, esa imparcialidad de la Administración no puede alcanzar el grado que se demanda de un tribunal de justicia, pues al mismo tiempo que órgano que sustancia el procedimiento es también parte implicada, juez y parte, por tanto, a un mismo tiempo. Esto no entraña una ruptura del principio que nos ocupa, pues para cumplir con el mismo bastará con que el órgano administrativo sirva objetivamente los intereses públicos, valorando de forma adecuada y suficiente todos los intereses que accedan al procedimiento, no cerran-

---

favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 467-468).

390 Como señala López Olvera, "es mejor denominar a este principio como de 'formalismo moderado' ya que la denominación de 'informalismo a favor del administrado' está alejada de la realidad, pues la ley que regula el procedimiento administrativo establece un mínimo de formalidades que debe cumplir el administrado al dirigirse a la administración pública" (*Los principios..., op. cit.,* p. 185).

391 García Pérez, en *Derecho administrativo español,* J. Rodríguez-Arana Muñoz (dir.), México, Porrúa/UNAM, 2005, p. 174; Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 200. Consideran García de Enterría y Fernández Rodríguez que "es de esencia a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, es decir, la posibilidad de que se hagan valer los distintos intereses en juego y de que esos intereses sean adecuadamente confrontados en presencia de sus respectivos titulares antes de adoptar una decisión definitiva" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 463).

do el paso a ninguno de ellos, y ofreciendo a todos ellos las mismas posibilidades de defensa, sin discriminación alguna.[392]

No debe olvidarse nunca que la Administración es un sujeto destinado a la satisfacción de los intereses públicos, ni que el procedimiento es la vía para dar cumplimiento a esta exigencia. La legitima e imprescindible necesidad de no vulnerar los derechos de los administrados al cumplir esta labor no autoriza a perturbar la lógica propia del procedimiento administrativo, pretendiendo su plena judicialización.[393]

Los efectos de esta regla básica deben perdurar a lo largo de todo el procedimiento.[394]

4. Los sujetos del procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo se nos presentan dos sujetos, por un lado el activo, es decir el órgano administrativo que produce

392 Como apunta Morelli, la "imparcialidad no llega hasta el punto de pretender que la administración claudique de su interés de parte, parte que en principio detenta el monopolio legítimo del interés general, entendido éste en su más genuino significado francés. Lo que no significa que la administración actúe de manera parcial y arbitraria; significa que la imparcialidad que le es exigible a la administración tiene un significado distinto. El norte de su comportamiento, durante el procedimiento administrativo, ha de ser el cumplimiento de los cometidos estatales, obviamente sin que esto implique discriminación alguna entre los administrados" (*op. cit.,* p. 184).

393 Señalan Parejo Alfonso *et al.* que la "Administración es un poder público caracterizado por la actuación con eficacia al servicio del interés general, es decir, de la satisfacción real de las necesidades colectivas. El procedimiento no es sino el cauce formal para el desarrollo de aquella actuación (cuando debe tener relevancia jurídica directa), de suerte que no es legítimo intentar alterar la economía y la lógica de la actividad administrativa a través de una sustantivación total de la dimensión garantística, de su conversión en fin absorbente o único de aquel" (*op. cit.,* p. 444).

394 Como indican García de Enterría y Fernández Rodríguez, el "principio de contradicción ilumina [...] todas las fases del procedimiento administrativo y es a su luz como deben interpretarse todas y cada una de sus normas reguladoras y como deben valorarse todas y cada una de las actuaciones que lo integran" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 465).

o producirá el acto administrativo, después de haber realizado los trámites correspondientes, por otro lado el sujeto pasivo, en otras palabras el ciudadano o administrado, al cual se le conoce con el término técnico de "interesado" siendo quien recibirá los efectos del acto administrativo.

4.1. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL

No existiendo una regulación específica del procedimiento administrativo y, por tanto, faltando una normativa propia para el procedimiento administrativo de la capacidad de las partes, debe acudirse a las reglas generales que regulan la capacidad en el proceso contencioso, que en su momento examinaremos.

Únicamente merece la pena destacar que es aplicable la ampliación de la capacidad procesal que el art. 26.2 LJ proclama para los menores de edad que hayan cumplido los 15 años. Esta ampliación no parece que deba encontrar ningún obstáculo para su vigencia también en el procedimiento administrativo.[395]

4.2. LEGITIMACIÓN

La capacidad para participar activamente en un procedimiento, adquiriendo la condición de interesado, equivalente a la condición de parte en el proceso, exige cumplir con el requisito de la legitimación. Esto supone que sólo pueden participar en el procedimiento aquellas personas que están en una especial relación con el objeto del procedimiento,[396] lo que se traduce, como regla general, en ostentar un interés propio en el mismo.[397]

395 J. L. Piñar Mañas y J. A. Moreno Molina consideran que este tipo de medidas de ampliación de la capacidad de los menores "es coherente con la naturaleza misma del derecho administrativo y con su carácter antiformalista" ("Interesados", en *Administraciones públicas y ciudadanos,* B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1993, p. 279).

396 Señalan Piñar Mañas y Moreno Molina que por "legitimación se puede entender la especifica situación jurídica material en que se encuentra un sujeto o una pluralidad de sujetos, en relación a lo que constituye el objeto de un determinado procedimiento" (*idem*).

397 Por ello, como indica Morell Ocaña, interesado "es el portador o titular de una situación jurídica que puede quedar afectada por la resolución que se adopte" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 224).

Excepcionalmente, el ordenamiento jurídico puede reconocer acción pública, otorgando legitimación a cualquier persona, con independencia de que le afecte personalmente o no la cuestión que se discute en el procedimiento.[398] Así, por ejemplo, el art. 28 LSC establece que la "acción para impugnar la convocatoria y el nombramiento de los trabajadores estatales es pública".

Fuera de los supuestos excepcionales de acción pública, para que se dé esa especial relación es preciso ser titular ya sea de un *derecho subjetivo* o bien de un *interés legítimo,* que vaya a verse afectado por la resolución que se dicte en el procedimiento en cuestión. Aunque un sector de la doctrina ha negado la importancia de esta distinción, considerando que son dos categorías confusas, difícilmente deslindables, y que deberían ser equiparadas por exigencias de la tutela judicial efectiva,[399] nosotros consideramos que la diferenciación entre uno y otro sigue siendo importante, en cuanto deben anudarse consecuencias jurídicas diferentes según se sea titular de uno u otro.

El concepto de derecho subjetivo, para los fines que nos ocupan, es el mismo que rige con carácter general en la teoría del derecho: el

398 Como señala J. M. Benítez de Lugo, la acción popular otorga al ciudadano la posibilidad de "accionar en defensa del orden jurídico violado aunque no afectase a la esfera de sus intereses" ("La acción popular", en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario,* Barcelona, Bosch, 2003, p. 483). Santamaría Pastor señala que la "*acción popular* puede describirse más gráfica y precisamente como un régimen de no exigencia de legitimación alguna: en hipótesis excepcionales, la ley habilita a cualquier persona, física o jurídica, para impugnar los actos referidos a materias determinadas, por entender que el interés público implicado en tales actos es tan intenso que llega a afectar singularmente a todos y cada uno de los miembros de la comunidad" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 665).

399 En tal sentido J. M. Baño León, que considera que "la distinción carece de sentido. [...] tras la Constitución es inaceptable. No sólo es que existe una dificultad en distinguir entre los derechos subjetivos y los intereses legítimos (la distinción prácticamente se volatiliza, si se considera a los intereses legítimos como derechos reaccionales), sino que es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva" ("Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, Tecnos, 1993, p. 93).

poder para exigir el cumplimiento de una prestación con independencia de su contenido y de su título.[400]

El interés legítimo es la existencia de una posición propia de cualquier naturaleza que se puede ver afectada, ya sea positiva o negativamente, por la resolución que se dicte en el procedimiento. Dicha situación de interés autoriza para participar en éste defendiendo esa posición propia, esto es, otorga la aptitud para reaccionar contra una posible alteración de la legalidad que perjudique esos intereses propios.[401]

La concurrencia o no de interés legítimo debe ser examinada de forma amplia, comprendiendo la posibilidad de obtener cualquier beneficio o de evitar cualquier perjuicio. Pero no basta con el simple interés en la defensa de la legalidad.[402] Esto ha servido a una parte de la doctrina para defender que se ostentan en estos casos auténticos derechos subjetivos que, para diferenciarlos de los derechos subje-

400 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 33-36; Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I,* 11ª. ed., Marcial Pons, 1999, p. 225. Parejo Alfonso *et al.* apuntan que por "derecho subjetivo debe entenderse toda posición jurídica individualizada y activa traducible en pretensiones frente a la Administración de realización de prestaciones a las que esté obligada (con independencia del título constitutivo de la obligación), de reconocimiento o protección de situaciones jurídicas reconocidas normativamente o por la propia Administración o de respeto de ámbitos de libertad establecidos por el ordenamiento jurídico" (*Manual..., op. cit.,* p. 449). Señalan Piñar Mañas y Moreno Molina que por "derecho subjetivo se entiende el ámbito de poder conferido por el ordenamiento a un determinado sujeto, que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición" ("Interesados...", *op. cit.,* p. 280).

401 Parejo Alfonso *et al.* consideran que por "interés legítimo [...] debe tenerse toda situación jurídica individualizada, caracterizada por singularizar una o más personas concretas (sus respectivas esferas jurídicas) respecto a la generalidad de los ciudadanos y dotada de consistencia y lógica jurídico-administrativa propias, independientes —en todo caso— de su apoyatura, derivación o conexión con verdaderos derechos subjetivos; situación que, desde el punto de vista procedimental, supone una específica relación de la misma con el objeto del procedimiento" (*Manual..., op. cit.,* pp. 449-450).

402 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 663.

tivos típicos, califican como derechos subjetivos reaccionales.[403] Sin embargo, esta tesis no es pacífica, pues una parte de la doctrina niega que se pueda reducir el concepto de interés legítimo a un contenido estrictamente reaccional.[404]

403 En tal sentido García de Enterría y Fernández Rodríguez, que consideran que, cuando "ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al reestablecimiento de la integridad de sus intereses; a estos derechos subjetivos podemos llamar reaccionales o impugnatorios. [...] De este modo la Ley objetiva puede [...] descomponerse, [...] en un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, lo cual se explica del modo siguiente. Cuando un ciudadano se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente. Que del ejercicio de esta acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, puedan derivarse consecuencias (beneficiosas o perjudiciales) para terceros [...], como consecuencia de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, resulta accidental. La acción y, consiguientemente, el derecho, no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino la defensa de los propios intereses. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la ley; la Administración también es parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; el recurso es, pues, subjetivo y no objetivo; lo que se hace valer en el proceso es, pues, un verdadero derecho subjetivo y no un simple interés, más o menos cualificado" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 53 y 51). De acuerdo con esta tesis: González Navarro, *Derecho Administrativo Español III. El acto y el procedimiento administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 638.

404 En tal sentido Morell Ocaña, que considera "que la noción de interés cualificado —llámese legítimo o directo— tiene una consistencia jurídica que desborda un contenido estrictamente reaccional. En la esfera patrimonial tiene un indudable contenido económico; es un valor que se añade a lo que estrictamente pueda considerarse como contenido de un derecho subjetivo. [...] Se trata, pues, de bienes que forman parte del patrimonio de la persona: añadidos, consecuencias, del modo de ser de cada derecho concreto, como puede ser el de propiedad (si es de

Téngase en cuenta que ese interés legítimo no tiene porque ser necesariamente individual, pues otorga también la legitimación la titularidad de un interés colectivo, lo que permite obtener la condición de interesado a las entidades que representan intereses no individualizables en un sujeto o sujetos determinados, sino que afectan a una pluralidad de personas.[405]

Los titulares de derechos subjetivos ostentan la legitimación en su máximo nivel de intensidad y son, en consecuencia, siempre interesados, con independencia de su actitud hacia el procedimiento.[406] Es una consecuencia lógica de la preexistencia de estos derechos al procedimiento, que obliga al menos a que la Administración observe un cierto respeto hacia éstos,[407] que se traduce en el necesario ofrecimiento a sus titulares de la posibilidad de tutelarlos.

---

un establecimiento mercantil, será el caso de la clientela: nadie tiene un derecho sobre ella, pero el establecimiento tiene un valor económico distinto si es poca o mucha). Así individualizado jurídicamente, el interés legítimo no es un derecho reaccional. Es que, lo mismo que el derecho subjetivo, es el fundamento o causa del otorgamiento de la *legitimación*. Es decir —y en lo que aquí importa—, del reconocimiento, de que la norma realiza la posibilidad concreta de constituirse en parte, en una relación jurídica procedimental determinada" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 225).

405 Señala Brewer-Carías que la noción de interés legítimo "no sólo se refiere a las situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los sujetos de derecho como personas individualizadas, sino también las entidades representativas de intereses colectivos legalmente establecidas y reconocidas, y que como intereses supraindividuales han venido siendo tutelados por el ordenamiento jurídico. En a cuanto a los intereses colectivos, éstos se concretan en comunidades compuestas por sujetos de derecho más o menos determinables, siendo en definitiva, intereses de grupo que se persiguen en forma unificada, al tener el grupo características y aspiraciones comunes" (*Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, p. 96).

406 Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 225.

407 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que "la condición de interesado se sustenta por sí sola en la titularidad del derecho subjetivo, que por tal ser y existir con anterioridad a la iniciación misma del procedimiento de que se trate, comporta una relativa obligación (de respeto al menos) por parte de la Administración que hace innecesaria la adopción por el particular de iniciativa alguna a estos efectos. La adquisición de la condición de interesado no depende, pues en este

En cambio, es distinta la situación de los titulares de intereses legítimos. Éstos constituyen posiciones jurídicas que se hacen patentes con la acción que motiva la iniciación del procedimiento, pero no tienen individualidad propia sin la misma, lo que provoca que su tutela en el procedimiento dependa de la actitud de su titular, que si inicia el procedimiento o se persona en el mismo se convertirá en interesado, pero no lo será en caso contrario.

En la actualidad, la tendencia es a ofrecer al administrado una tutela efectiva, sea cual sea su situación, lo que difumina en gran medida esta diferenciación, pues se debe tratar de facilitar el acceso al procedimiento a todo posible interesado. De aquí se puede deducir una obligación de la Administración de informar de la iniciación del proceso a todo interesado del que tenga conocimiento. Ahora bien, a nuestro juicio, esto no elimina la necesaria distinción entre estos dos tipos de interesados, pues no se puede obligar a la Administración a indagar toda posible persona que pueda estar interesada en un asunto, tarea, por otra parte, de todo punto imposible. Por ello, las meras situaciones de interés, en cuanto situaciones no discernibles con independencia de la actuación de que se trate, sólo serán tutelables en la medida en que sean conocidas por la Administración o el interesado persiga activamente su defensa iniciando o personándose en el procedimiento.

Cuando lo que se discuta en el procedimiento administrativo sea la titularidad del propio derecho subjetivo invocado para justificar la legitimación, bastará para estar legitimado con ser la persona a la que correspondería la titularidad del derecho subjetivo si triunfase su pretensión.[408]

En caso de que la relación jurídica que otorga la legitimación sea transmisible y se produzca su transmisión durante el procedimiento, éste continuará con los derechohabientes.[409]

---

supuesto, ni de la promoción del procedimiento por el titular del derecho, ni de su comparecencia *motu propio* en un procedimiento ya iniciado. Tienen esa condición *per se* en todo caso" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 482).

408 González Pérez, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa I,* 3ª. ed., Civitas, 1998, p. 870.

409 *Ibid.,* p. 891.

4.3. Postulación

Se suele designar con el término *postulación* a la aptitud para invocar tutela jurídica ante un órgano judicial o administrativo. Esta idoneidad se suele conceder conforme a dos sistemas básicos: *a)* otorgándosela directamente a la parte legitimada; *b)* exigiendo que la intervención en el proceso tenga lugar a través de un técnico en derecho.[410]

En el procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso, la regla general es que no se exija la participación de un técnico en derecho para poder presentar y defender una pretensión. De esta forma, el administrado puede por sí solo, sin necesidad de asistencia jurídica alguna, iniciar y participar en un procedimiento administrativo. Todo ello no le impide, obviamente, obtener la asesoría de un técnico en derecho cuando lo estime oportuno.

5. Fases del procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo se suelen distinguir tres fases principales: iniciación, desarrollo o instrucción, y terminación.[411]

5.1. Iniciación del procedimiento administrativo

Un procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio, a instancia de parte o bien indistintamente de oficio o a instancia de parte.

Hablamos de iniciación a instancia de parte cuando el procedimiento se pone en marcha como consecuencia de la presentación de una solicitud por parte de persona interesada. No obstante, comenzará de forma efectiva mediante la adopción de un acuerdo de iniciación dictado por la Administración, que será el primer acto del procedimiento.

410 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 639.

411 Como señala González Navarro, sin "forzar gravemente la naturaleza de las cosas, puede decirse que el procedimiento administrativo —que tiene por definición un sentido dinámico— se ofrece ante nosotros como un fenómeno de pura biología: nace, se desarrolla y muere. De aquí que se venga separando en él tres fases o periodos: de iniciación, de desarrollo y terminación" (*ibid.,* p. 665).

El concepto de *solicitud* debe distinguirse del de *petición*. Aunque hay quien niega esta distinción, equiparando una y otra,[412] entendemos que son dos nociones netamente diferentes que pueden y deben ser diferenciadas: mediante la primera se presenta una pretensión amparada en derecho, esto es, no hay una petición en sentido propio, pues lo que se hace es exigir la aplicación del ordenamiento jurídico; mientras que a través de la segunda se formula una petición en el sentido más estricto, es decir, se pretende de la Administración un acto graciable o la adopción de una norma. Esta diferencia determina, a su vez, que la primera exigirá una respuesta que resuelva acerca de dicha pretensión, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico; mientras que la segunda tan sólo exige una respuesta de la Administración, que no tiene que estar necesariamente fundada en derecho, sino que puede basarse en simples criterios de oportunidad.[413]

Se debe entender, por tanto, que la petición encuentra su fundamento en el art. 52 CN, según el cual, los "ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los Poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca". En cambio, la solicitud encuentra su fundamento en el principio de legalidad, que obliga a la Administración al cumplimiento de la ley y el derecho.

La iniciación de oficio tendrá lugar mediante la adopción de un acuerdo de iniciación por parte de la Administración. Esto no sirve para diferenciar este procedimiento del que se pone en marcha a instancia de parte, pues, como vimos, éste también comienza mediante un

412 Señala R. Parada Vázquez que la instancia o solicitud "es una petición fundada. [...] Tratándose de una petición fundada, poco importa que el fundamento sea estrictamente jurídico y que la petición se relacione con la reclamación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. [...] Por ello, la solicitud es también el vehículo formal, un escrito portador de variadas mercancías que van desde el ejercicio de derechos o intereses, de denuncias de infracciones al ordenamiento, al derecho de simple petición de lo que no es jurídicamente admisible aunque sí lícito impetrar" (*Régimen Jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 281).

413 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 95; Fernández Pastrana y Garrido Falla, *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*, Madrid, Civitas, 1993, p. 264; Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo, 13º ed...* pp. 288-289; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 227).

acuerdo de este tipo.[414] La diferencia reside más bien en la causa que excita su adopción. Si en el iniciado a instancia de parte es la presentación de una solicitud por el interesado, en el que se inicia de oficio esa decisión tiene su origen en alguno de los motivos siguientes: una decisión adoptada *motu propio* por el órgano competente, la solicitud de otro órgano público o la denuncia o petición del administrado.

Como puede verse, el procedimiento de oficio siempre es fruto de una opción tomada por la propia Administración (bien por el órgano competente o por su superior o inferior jerárquico) o de una decisión que adopta luego de que el administrado realiza un acto de impulso que carece de fuerza suficiente para poner en marcha por sí solo el procedimiento.[415] Nótese la clara diferencia que existe entre este último supuesto y la iniciación a instancia de parte, pues esta última tiene su origen en la solicitud del administrado, con fuerza suficiente para poner en marcha el procedimiento, haciendo que el acuerdo de iniciación sea una consecuencia necesaria de ésta; mientras que en aquél la acción del administrado carece de la fuerza suficiente para obligar a la Administración a poner en marcha el mismo.

En esta situación se encuentra, sin duda, la denuncia, en la que conviene que nos detengamos un momento, para aclarar su papel. Consiste en un acto de comunicación, mediante el cual se pone de manifiesto un hecho a la autoridad competente, a fin de que ésta ponga en marcha un procedimiento administrativo.[416] Como puede verse,

414 Fernández Montalvo, R. "De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos", en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, Madrid, 1993, p. 283.

415 Como señala Santofimio Gamboa, se "presenta la iniciación oficiosa de una actuación administrativa, en todos aquellos eventos en que sólo por voluntad de la misma administración se da inicio al procedimiento administrativo. Esta actitud de la administración depende del incentivo que obtenga de elementos externos o internos y que le llevan al convencimiento de que se hace necesaria una decisión de su competencia para resolver algún conflicto, sancionar alguna infracción o adoptar cualquiera otra medida con efectos jurídicos. La voluntad del administrado no es decisiva para el inicio de una actuación oficiosa, aunque sí puede ser tenida en como antecedente para iniciar la misma" (*op. cit.*, p. 168).

416 González Navarro, define la denuncia como "aquel acto por el que un particular o un funcionario público, espontáneamente o en cumplimiento de una obligación legal, pone en conocimiento del órgano administrativo competente, la existencia de un determinado hecho, sanciona-

a diferencia de la solicitud, que determina por sí misma la iniciación del procedimiento, la denuncia es un mera transmisión de datos a quien tiene la potestad de acordar esa iniciación, pero carente por si misma de fuerza para obligar a tomar dicha decisión.[417]

En algunas ocasiones denunciar puede ser una obligación legal. Podemos encontrar varios ejemplos en el derecho de Nicaragua. Así, el art. 56.1 LSC señala que, cuando

> un servidor público incurre en una acción tipificada como falta grave o muy grave conforme lo establecido en los artículos precedentes, el jefe inmediato donde labore el servidor público afectado, deberá, dentro de los 10 días hábiles siguientes de haber tenido conocimiento del hecho, enviar a la Instancia de Recursos Humanos de la institución un informe escrito que denuncie los hechos acontecidos indicando los medios de prueba y el criterio que se usó para determinar que el hecho constituye falta y por lo tanto solicita el inicio de un proceso disciplinario enviando copia al servidor público.

Tenemos otro ejemplo en el art. 123 LCAM,[418] QUE ESTABLECE QUE EL "SUPERIOR INMEDIATO DEL FUNCIONARIO O EMPLEADO CUANDO CONO-

---

ble o no, a fin de que se acuerde la iniciación de un determinado procedimiento" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 667). Para Fernández Montalvo la "denuncia es un acto de colaboración del particular, en sus dos modalidades de denuncia-deber y de denuncia-facultad, por el que se pone en conocimiento de la Administración determinados hechos que pueden dar lugar a la incoación de un procedimiento administrativo" ("De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos", en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Carperi, 1993, p. 284). Santamaría Pastor entiende por denuncia el "acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento del órgano competente la existencia de un determinado hecho que, a su juicio, debiera dar lugar a la iniciación del procedimiento" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 75). Considera Morell Ocaña que la "denuncia es el acto del particular mediante el que se pone en conocimiento del órgano la existencia de un hecho o situación, que constituya causa bastante para el acuerdo de iniciación" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 226).

417 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 668.

418 Ley de Carrera Municipal, Ley nº 502, aprobada el 20 de octubre de 2004.

ciera de hechos que en la presente Ley están tipificados como faltas graves, solicitará por escrito la conformación de la Comisión Bipartita Municipal como primera instancia; si el caso lo requiere, a la Comisión de Carrera Municipal para la debida tramitación expresando las causales que lo motivaron".

La denuncia no tiene por sí misma virtualidad para convertir a la persona que la realiza en interesado.[419] El denunciante será interesado únicamente en la medida en que cumpla los requisitos que se exigen en general para tener tal carácter.

En cualquier caso, el acuerdo de iniciación, que es en ambos supuestos el primer acto administrativo del procedimiento, es un acto de trámite no susceptible de impugnación separada, salvo en los casos excepcionales en que concurren causas específicas que lo dotan de una especial importancia y lo transforman en un acto de trámite cualificado.[420] El ejemplo típico de esto último es la convocatoria de los procedimientos de selección de funcionarios públicos, que pese a ser un acto de trámite es susceptible de impugnación separada. Así, el art. 55 LCAM declara el derecho de los optantes a impugnar la convocatoria.

No se puede determinar en abstracto el modo de iniciación del procedimiento, pues la solución variará según el caso concreto. No obstante, por regla general, los procedimientos susceptibles de producir efectos negativos para el administrado suelen iniciarse de oficio, mientras que aquellos que tienen efectos beneficiosos suelen ponerse en marcha a instancia de parte.[421]

419 Jiménez Cruz, J. M., "Iniciación, ordenación e instrucción", en *Administraciones públicas y ciudadanos*, B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1993, p. 531; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 226; Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.*, pp. 279-280.

420 Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.*, p. 235; Fernández Montalvo, Fernández Montalvo, *op. cit.*, p. 285.

421 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 75. Señala Fanlo Loras que desde "la posición abstracta de la ley no es posible concretar en qué casos puede iniciarse de oficio y en qué casos a solicitud de parte, cuestión que depende de la tipología de los procedimientos y de la naturaleza de los efectos de los actos resultantes del procedimiento. Así, los que restringen derechos de los ciudadanos se inician siempre de oficio, si bien ha podido mediar un estímulo exterior (petición o denuncia); los declarativos y ampliatorios de la esfera de los derechos de los ciudadanos, por regla general, a petición de par-

El art. 113 RM establece, al respecto, que "los expedientes se iniciarán: *a)* De oficio, cuando se trate de necesidades del servicio público o de exigir responsabilidades civiles a los miembros o funcionarios de las municipalidades. *b)* A instancia de parte, cuando se promuevan para resolver pretensiones deducidas por los particulares".

5.2. Instrucción

La fase de instrucción del procedimiento comprende un conjunto de trámites dirigidos a una de las dos finalidades siguientes: *a)* la aportación de datos, y *b)* la comprobación de esos datos.[422]

5.3. Alegaciones

Son declaraciones de conocimiento que los interesados llevan a cabo con la finalidad de aportar datos útiles a la resolución del procedimiento, ya sea referidas a los hechos o a los criterios jurídicos aplicables a los mismos.[423] Cabe señalar que el término está reservado

---

te —principio de rogación—, aunque excepcionalmente, también de oficio" (*op. cit.*, p. 224).

422 Fanlo Loras, *op. cit.*, p. 234. Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que son "actos de instrucción todos aquellos dirigidos a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos necesarios para la resolución del procedimiento" (*Principios de Derecho administrativo*, t. II, Madrid, Universidad Complutense, p. 135).

423 Parada Vázquez considera que las "alegaciones son afirmaciones de conocimiento de hechos y razonamientos jurídicos, en su caso, no declaraciones de voluntad [...], que formulan los interesados" (*Derecho Administrativo I, op. cit.*, p. 238). Señala Fanlo Loras que las "alegaciones constituyen el instrumento propio que tienen los interesados para aportar datos fácticos o jurídicos al expediente, que sirvan de fundamento a la resolución" (*op. cit.*, p. 235). Para Santamaría Pastor, alegaciones son actuaciones de los interesados "mediante los cuales éstos aportan al expediente datos de hecho (adverados o no por los correspondientes documentos) y valoraciones de orden jurídico o técnico sobre las cuestiones que en él se debaten" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 85). Para Boquera Oliver, las "alegaciones son las razones y datos que los interesados presentan a la Administración en apoyo de sus pretensiones" (*Estudios..., op. cit.*, p. 208). Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden que "son los datos de hecho o de derecho aportados por los particulares interesados en el procedimiento" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 136).

para las operaciones de introducción de datos realizadas por los interesados, la aportación de éstos por parte de la Administración seguirá otras vías (prueba e informes).[424]

Su forma no está prefijada, lo normal es que se hagan por escrito, pero nada impide que se realicen de forma oral mediante comparecencia o entrevista ante el órgano competente.[425]

Se debe permitir su realización en cualquier momento del procedimiento. Así lo establece el art. 120 RM, según el cual, cualquier "tercero sea persona natural o jurídica afectada que invoque un interés por la sustanciación por el procedimiento, podrá comparecer mientras no haya recaído resolución definitiva para formular las alegaciones que estime conveniente".

La eficacia de las alegaciones dependerá del grado de convicción que sean capaces de generar en el órgano competente para resolver el procedimiento, pues, en definitiva, su finalidad es influir en la resolución de éste. En cualquier caso, deberán ser valoradas por dicho órgano, que está obligado a tenerlas en cuenta al tomar su decisión.[426]

5.4. Informes

Los informes y dictámenes son declaraciones de juicio emitidas por un órgano dotado de especiales conocimientos en la materia sobre la que se emite, que tienen como finalidad asesorar al órgano decisor al respecto, contribuyendo al acierto de su decisión.[427]

424 Fanlo Loras, *op. cit.,* p. 235.

425 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 85.

426 *Ibid.,* pp. 85-86.

427 En tal sentido García de Enterría y Fernández Rodríguez, quienes señalan que los informes son "declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acuerdo" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.* p. 493). En la misma línea, Parada Vázquez los define como "actuaciones administrativas a cargo, normalmente, de órganos especializados que sirven para ilustrar al órgano decisor" (*Derecho administrativo II,* 14ª. ed., Marcial Pons, 2000, p. 240). González Navarro entiende que informe es el "acto de la Administración pública consistente en una declaración de juicio emitida por un órgano distinto de aquél a quien corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento, y que sirve para aportar nuevos datos al expediente o

Pueden desarrollar dos funciones diferentes en el procedimiento administrativo: por un lado, son una vía para la introducción de datos en el procedimiento; por otra, pueden ser un medio de comprobación de los datos obrantes en el expediente.[428] Entendemos, por tanto, que no tiene sentido distinguir entre los conceptos de *informe* y *dictamen*, que consideramos términos sinónimos.[429]

Una parte de la doctrina les niega el carácter de acto administrativo, en cuanto no constituyen elementos de juicio.[430]

---

comprobar los ya existentes en el mismo" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 789). Para Fanlo Loras, los "informes y dictámenes son aquellos actos de instrucción por los que se recaba de un órgano consultivo o activo una declaración de juicio en relación con los distintos aspectos jurídicos o técnicos que plantea un procedimiento que permita al órgano responsable del procedimiento dictar una resolución con garantías de acierto" (*op. cit.,* p. 241). Fernández Montalvo considera que los "informes son actos administrativos procedentes de órganos cualificados que tienden a ilustrar al órgano decisor con elementos de juicio necesarios para adoptar la pertinente resolución" ("De las disposiciones...", *op. cit.,* p. 296). Boquera Oliver entiende que los "informes son manifestaciones de conocimiento o de juicio que tienen por finalidad dar a conocer hechos, argumentos o pareceres a la autoridad que debe adoptar una decisión administrativa" (*Estudios..., op. cit.,* p. 208). Morell Ocaña considera que los informes son "actos administrativos mediante los que un órgano aporta hechos o razonamientos en torno al objeto del procedimiento" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 231). Entrena Cuesta considera que los "informes son los pareceres que emiten autoridades, funcionarios u organismos distintos de aquéllos a quienes corresponde dictar la resolución o propuesta de resolución, respecto de las pretensiones, los hechos o los derechos que sean objeto del expediente y sirvan para proporcionar los elementos de juicio necesarios para la adecuada resolución" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 290).

428 Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 138.

429 Como señala González Navarro, "distinguir entre informe y dictamen carece de auténtico interés. Y lo cierto es que, en la práctica, esas voces son sinónimos" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 790).

430 Parada Vázquez señala que se "trata, sustancialmente, de manifestaciones de juicio, de juicios jurídicos o técnicos, pero nunca de voluntad, y, por ello, no se consideran actos administrativos" (*Derecho Administrativo II, op. cit.,* p. 240).

A efectos prácticos, pueden resultar de utilidad las siguientes dos formas de clasificar los informes. La primera de ellas distingue entre informes facultativos y preceptivos. Los primeros son aquellos no exigidos por norma alguna, por lo que queda al libre criterio del órgano que tramita el procedimiento pedirlos o no; mientras que los segundos son aquellos que, al venir su solicitud prevista en una norma obligatoriamente, tienen que ser solicitados.[431]

La segunda clasificación distingue entre informes vinculantes y no vinculantes, dependiendo de si el contenido del informe obliga al órgano decisor, que en consecuencia tendrá que seguir lo que en él se diga al resolver, en cuyo caso será vinculante; o si el contenido del mismo puede ser obviado por el órgano encargado de resolver, en cuyo caso será no vinculante.[432]

Ahora bien, dentro de los informes vinculantes se debe diferenciar con más precisión entre los vinculantes en sentido estricto, que son aquellos que vinculan al órgano decisor en todos sus elementos, y los denominados obstativos, que lo obligan únicamente en que se formule en ellos oposición a la toma de la medida de que se trate, viniendo a funcionar como la interposición de un veto.[433] Así, los informes vinculantes se constituyen en una suerte de codecisión o decisión compartida entre el órgano que emite el informe o dictamen y el que ostenta la competencia activa.[434]

Los informes no son impugnables por separado, sólo podrán serlo conjuntamente con la resolución que pone fin al procedimiento.[435]

431 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 493-494; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 89; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 232.

432 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 494; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 90-91.

433 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 90.

434 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 494; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 91; Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II, op. cit.,* p. 240.

435 Como señala Parada Vázquez, "los informes como tales no son judicialmente impugnables; únicamente podrán ser valorados como uno más de los presupuestos de la resolución final del procedimiento, que

Las consecuencias de la falta de petición de los informes dependerán del concreto tipo de informe de que se trate. Tratándose de informes facultativos, su falta no tendrá eficacia invalidatoria alguna, únicamente se ha señalado la posibilidad de que el informe tuviera un carácter tan evidentemente aconsejable que su negación pudiera considerarse una arbitrariedad.[436]

Si son informes preceptivos, sin embargo, parece que se debe considerar que se trata de un vicio de forma con transcendencia anulatoria.[437] Es un vicio que no se podrá subsanar, además, mediante la mera incorporación posterior del informe al procedimiento, pues poco sentido tiene incluir un informe una vez que se ha adoptado ya la decisión sobre la que pretendía asesorar.[438]

Tratándose de informes vinculantes pocas dudas puede plantear que se debe sancionar en todo caso su omisión con la invalidez del acto.[439]

5. 5. Prueba

Denominamos prueba a la actividad de instrucción dirigida a comprobar la veracidad de los hechos que han sido introducidos en el procedimiento y que van a servir, en consecuencia, de base para la resolución del mismo.[440]

es la manifestación de voluntad del órgano administrativo y el verdadero y único objeto del proceso contencioso" (*idem*).

436 En tal sentido Santamaría Pastor, que considera que, dada "su diversa naturaleza, la falta de solicitud de unos y otros informes posee efectos diversos. La de los informes facultativos es normalmente irrelevante, a menos de que, por tratarse de un informe aconsejable desde todos los puntos de vista, su omisión pudiera ser considerada como un indicio de arbitrariedad" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 90).

437 *Idem*.

438 Señala Santamaría Pastor que "no puede considerarse como un mero trámite cuya falta puede convalidarse mediante una solicitud y emisión *ex post facto* [...]: la única virtualidad del informe es su emisión y consideración con anterioridad a la toma de la decisión; un informe a toro pasado es una simple burla" (*idem*).

439 En tal sentido, Santamaría Pastor, que considera que es un vicio de nulidad por defecto de la competencia para decidir (*ibid.,* p. 91).

440 Fanlo Loras considera que la "prueba es la actividad de instrucción que tiene por objeto demostrar la exactitud de los hechos aportados que sirven de fundamento a la resolución final" (*op. cit.,* p. 235). Boquera

La finalidad última de la tramitación de un procedimiento administrativo es, como ya sabemos, que en un determinado momento el órgano competente pueda tomar una decisión que resuelva la cuestión planteada en el mismo. Toda la fase de instrucción tiene, en consecuencia, un carácter puramente instrumental, en cuanto no tiene otro sentido que traer al procedimiento los datos necesarios para adoptar esa decisión. Ahora bien, no se puede dar satisfacción a esa funcionalidad mediante la simple introducción de datos al procedimiento, pues es preciso, además, comprobar la veracidad de éstos. A dicha tarea se da cumplimiento mediante la prueba.[441]

Deberán ser objeto de prueba los hechos determinantes de la resolución que se vaya a dictar en el procedimiento. En cambio, no deberán serlo, en principio, las normas jurídicas, cuyo conocimiento por el funcionario actuante se presume; si bien deberán probarse aquellas normas a las que no alcanza esta presunción, como las normas consuetudinarias y las extranjeras.[442]

Existen también algunos hechos que excepcionalmente no necesitan ser probados, como, por ejemplo, los denominados hechos notorios (esto es, aquellos que por su general divulgación están incorporados a la cultura media del grupo social) o aquellos que son presumidos por la ley.[443]

Oliver entiende que prueba "es el medio empleado para demostrar la existencia de los hechos que el órgano competente para decidir tendrá en cuenta al configurar el contenido de su decisión" (*Estudios..., op. cit.,* p. 212). Entrena Cuesta señala que consiste "la prueba en el acto o la serie de actos encaminados a demostrar la existencia o inexistencia de los datos que han de tenerse en cuenta al resolver" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 293).

441 Como señala González Navarro, el "órgano decisor ha de pronunciarse sobre unos determinados datos obrantes en el expediente. Pero no basta, naturalmente, con que estos datos hayan sido aportados al procedimiento, sino que es preciso que esos datos hayan sido comprobados. [...] Esa actividad complementaria de la puramente alegatoria recibe el nombre de prueba, y puede definirse como *acto o serie de actos con los que se trata de averiguar la realidad o certeza de los datos que han de ser valorados en el acto terminal*" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 725).

442 Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II, op. cit.,* p. 241; González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* pp. 742-744.

443 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* pp. 744-747.

En el procedimiento administrativo, como sabemos, no están en juego meros intereses privados, pues junto a éstos va a estar siempre presente el interés público. Por ello, en él rige el principio de oficialidad de la prueba, que determina que el órgano administrativo está obligado a desarrollar la actividad probatoria necesaria para su esclarecimiento y resolución, sin necesidad de que ésta sea excitada por los interesados.[444] Esto no impide, obviamente, que los interesados puedan proponer también la práctica de cuantas pruebas estimen precisas, que deberán ser practicadas siempre que sean relevantes y pertinentes, pues en caso contrario puede darse lugar a una indefensión determinante de la invalidez del procedimiento.[445]

La falta de una ley general de procedimiento administrativo determina la carencia de un plazo general para la práctica de la prueba. Sí existen algunas disposiciones al respecto en la legislación especial. Así, el art. 62 LSC prevé para el periodo de prueba del procedimiento disciplinario un término de ocho días hábiles, que podrá ser prorrogado a solicitud de parte por cuatro días más. Por su parte, el art. 125 LCAM establece, respecto al procedimiento disciplinario recogido en dicha norma, que la "Comisión abrirá a pruebas por el término de 10 días".

444 Señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez que en "el proceso civil el juez es, como regla, un simple espectador, una instancia neutral que aplica la ley a los hechos que le presentan —y le prueban— las partes litigantes *(da mihi factum, dato tibi ius);* en el procedimiento administrativo, en cambio, el planteamiento es radicalmente diverso, supuesto que, cualesquiera que sean los intereses privados en presencia, la Administración está obligada siempre a orientar su actividad en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general que todo procedimiento de esta clase pone en juego. Rige, pues, con carácter general en el procedimiento administrativo el principio de oficialidad de la prueba, según el cual el órgano administrativo está específicamente obligado a desarrollar, incluso de oficio, es decir, sin que medie petición al respecto de los interesados, todos los actos de instrucción (y, por consiguiente, todas las actividades probatorias) que se consideren adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 495-496). Véase también, en el mismo sentido, Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 93.

445 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 496-497.

Como consecuencia irrenunciable del principio de contradicción, debe entenderse que el interesado tiene derecho a asistir a la práctica de la prueba. Alguna legislación específica ratifica esta opinión, declarando expresamente dicho derecho. Así, el art. 126 LCAM establece que a la "práctica de las pruebas tiene derecho de asistir el funcionario o empleado inculpado". Además, como es lógico, nada impide que el interesado pueda hacer uso de este derecho mediante representante. En este sentido se pronuncia el art. 125 LCAM, que establece que se podrá hacer uso de este derecho "personalmente o por medio de representante legal o sindical".

La valoración de la prueba que realice el órgano administrativo producirá efectos únicamente dentro de éste, sin vincular, como es lógico, a los tribunales de lo contencioso.[446]

5.6. TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA

Este trámite se articula para recabar la opinión de la generalidad del público acerca del objeto del procedimiento o sobre alguna cuestión que forme parte de mismo.[447] Su finalidad no es, por tanto, la tutela de los intereses particulares de los interesados, sino permitir la ac-

446 Parejo Alfonso *et al., Manual..., op. cit.,* p. 462.

447 Parada Vázquez apunta que es el "trámite a través del cual se llama públicamente a opinar sobre cuestiones de hecho, de ciencia o de derecho a cualquier persona, sea o no interesada en el procedimiento" (*Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 239). Señala Jiménez Cruz que la "información pública es un acto [...] mediante el cual el órgano decisor hace saber a los administrados la existencia de un procedimiento concreto, con la finalidad de que, si así lo desean, se personen y aleguen cuanto estimen por conveniente" ("Iniciación, ordenación...", *op. cit.,* p. 562). Fernández Montalvo señala que la "información pública es un acto de instrucción que permite la incorporación al procedimiento administrativo de alegaciones por cualquier tipo de personas o colectivos" ("De las disposiciones...", *op. cit.,* p. 302). Para Santamaría Pastor, la "información pública consiste, dicho lisa y llanamente, en la exposición al público, en general (no sólo a los interesados, pues), del contenido de un expediente, al objeto de que pueda ser consultado por cualquier persona; y de que las normas, si lo estiman oportuno, expresen su parecer sobre el objeto del mismo, tanto desde el punto de vista jurídico como de pura y simple oportunidad y preferencia personal" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 87).

cesibilidad de todos los posibles datos que puedan ser de utilidad a la hora de resolver el procedimiento.[448]

No obstante lo anterior, no deja de constituir una medida que garantiza el derecho de la ciudadanía a defender su posición, permitiéndole hacer llegar su voz a la Administración.[449] Tiene además el valor añadido de poder conseguir que la Administración conozca por anticipado, y por tanto cuando aún es posible impedir el daño o el conflicto, los intereses que pueden verse eventualmente perjudicados o vulnerados por una determinada actuación administrativa.[450]

Nótese que este trámite va dirigido a cualesquiera sujetos que quieran acudir a él, con independencia de que sean o no interesados en ese procedimiento.[451] De ello se deriva su total intranscendencia con respecto a la asignación de la condición de interesado; esto es, ni el hecho de presentarse al mismo otorga tal condición; ni la no presentación por parte de quien ya tiene la condición de interesado le priva de ésta.[452]

Su naturaleza es la de un acto administrativo de trámite, no constituye un procedimiento independiente.[453]

448 Señala Fernández Montalvo que representa "no una actuación de los interesados fundada en título jurídico singular, sino una manifestación de la participación administrativa funcional a los ciudadanos. Su finalidad no es la de garantizar ningún interés concreto o específico, sino la de proporcionar una decisión más justa y objetiva, mediante una consulta previa y abierta a toda clase de alegaciones y sugerencias" ("De las disposiciones...", *op. cit.,* p. 302).

449 Campo Cabal, J. M., en "Otro ejemplo del carácter de gravamen de la vía gubernativa para los administrados", en *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez,* t. I ... p. 278.

450 Danós Ordóñez, "La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas del Perú", en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política,* D. Cienfuegos Salgado y M. A. López Olvera (coords.), p. 159.

451 Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 239; Jiménez Cruz, "Iniciación, ordenación...", *op. cit.,* p. 562; Fanlo Loras, *op. cit.,* p. 243; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 303.

452 Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo, 13ª ed,* pp. 294-295; Jiménez Cruz, "Iniciación, ordenación...", *op. cit.,* p. 565.

453 Jiménez Cruz, "Iniciación, ordenación...", *op. cit.,* p. 562; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 303.

No se trata de un acto imprescindible en todo procedimiento, sino que dependerá de la naturaleza de cada procedimiento concreto. Se debe entender como necesario en aquellos procedimientos en los que existe un conjunto indeterminado de interesados que sea preciso escuchar y en aquellos en que, por su transcendencia social o la importancia de los intereses públicos en juego, merezca la pena escuchar cualquier posible opinión que se pueda formular.[454]

En cuanto a su contenido, se trata de dar a los comparecientes la posibilidad de consultar el expediente, ya sea todo o una parte del mismo, y de formular las alegaciones que consideren oportunas.[455]

En caso de que se presenten alegaciones, obviamente la Administración no está obligada a seguirlas, pero sí lo está a considerarlas al adoptar la resolución que ponga fin al procedimiento y a dar una respuesta motivada a la persona que las presentó.[456]

Siendo la información pública un acto de trámite, la respuesta que la Administración dé a las alegaciones formuladas por los comparecientes al trámite no será impugnable ni en vía administrativa, ni en vía contencioso-administrativa.[457]

Se trata de una facultad, por lo que no comporta efecto perjudicial alguno el hecho de la no comparecencia. En particular, no cierra la posibilidad de recurrir en su momento la resolución que ponga fin al procedimiento.[458]

454 Jiménez Cruz, "Iniciación, ordenación...", *op. cit.,* p. 563; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* pp. 202-203.

455 Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 303.

456 Jiménez Cruz, "Iniciación, ordenación...", *op. cit.,* p. 567; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 303.

457 Meseguer Yebra, J., *El trámite de información pública en el procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 21.

458 Fernández Montalvo señala que "la intervención en la información pública se concibe como una facultad que la ley concede, y a la no utilización o no ejercicio de ésta no puede anudarse consecuencia perjudicial alguna". La no participación, por otra parte, no comporta, añade, la perdida de la posibilidad de recurrir. "Las alegaciones en periodo de información pública y la facultad de impugnar concretos actos administrativos, aunque cumplan una común y genérica función de defensa de los derechos e intereses del administrado responden en su respectiva individualidad a fines diferentes, toda vez que las primeras constituyen un dato del expediente producido por el interesado, que es ga-

La realización de este trámite no suple la necesidad de realizar el trámite de audiencia al que inmediatamente nos vamos a referir. Aunque, si se asiste al trámite de información pública, formulándose las mismas alegaciones que se hubieran podido formular en el de audiencia al interesado, la omisión de este último se convierte en una irregularidad no invalidante.[459]

5.7. TRÁMITE DE AUDIENCIA AL INTERESADO

El trámite de audiencia al interesado aparece definido en el art. 2.13 LJ como "el trámite esencial que debe realizarse en todo procedimiento administrativo o contencioso-administrativo y que consiste en dar intervención y tener como parte al Interesado, permitiéndole revisar y examinar lo actuado por la autoridad y que estuviere reflejado en el expediente, para que pueda formular por escrito las peticiones, reclamaciones o recursos que estime pertinentes".

Como puede verse, este trámite está caracterizado por dos grandes notas. En primer lugar, porque permite al interesado tomar conocimiento de lo actuado, revisando el expediente. En segundo lugar, porque le permite reaccionar o defender su posición respecto a lo que conste en éste. En realidad, se trata de dos elementos estrictamente unidos: mediante este trámite el interesado puede revisar lo actuado, tomando conciencia de aquello que beneficie o perjudique su decisión y, desde esta posición de conocimiento, puede realizar las actuaciones que considere pertinentes para defender su posición.

Sin embargo, en nuestra opinión, falta un dato esencial en la definición de la LJ: la referencia al momento temporal en que ese trámite

---

rantía de acierto para la decisión, mientras que la facultad de impugnar requiere de acto administrativo precedente o específica actuación positiva o negativa, previamente reflejada en el trámite" (*De las disposiciones..., op. cit.,* pp. 303-304).

459 Señala Entrena Cuesta que "cuando la información pública se efectúe, independientemente de que tenga carácter preceptivo o facultativo, la práctica de aquélla tampoco puede utilizarse como medio para eludir el deber de dar audiencia a los interesados, si este trámite tiene carácter obligatorio. Salvo que aquellos a quienes hubiere de darse vista del expediente en el trámite de audiencia formulen en el de información pública las mismas alegaciones que en definitiva habrían invocado si aquél se hubiese cumplido. En tal caso, nos encontraríamos con una mera irregularidad, irrelevante en cuanto a la validez de la resolución que se dictase" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 292).

debe tener lugar. Ese momento no es otro que cuando haya concluido la tramitación del procedimiento y justo antes de que se dicte la propuesta de resolución. Esto es, cuando ya no hay más datos que aportar al proceso, pero aún no se ha decidido éste.

La audiencia al interesado en este preciso momento otorga un beneficio extra a las posibilidades de defensa por parte del administrado, pues le permite tutelar su posición, con capacidad efectiva de influencia, puesto que aún no se ha decidido el procedimiento, en un momento en que ya se ha concluido la tramitación de éste, lo que le permite, en consecuencia, saber todo aquello que va a influir en su favor o en su contra.[460]

Ejemplar en este sentido es la regulación que de dicho trámite realiza el art. 125 LCAM, que establece que finalizado "el periodo de pruebas, se le dará vista del expediente al funcionario durante tres días, para que dentro del término de otros tres días, exprese sus alegatos de conclusión". A lo que añade el art. 126 LCAM que, agotado "el trámite anterior, la Comisión dictará en el plazo de 10 días, una resolución". Se puede ver fácilmente que éste es el último trámite de la instrucción del procedimiento, tras el cual se dictará resolución.

Es este factor el que determina el carácter imprescindible del citado trámite. El art. 2.3 LJ es clarísimo al respecto, pues establece que es "tramite esencial que debe realizarse en todo procedimiento administrativo o contencioso-administrativo". Conviene, sin embargo, excluir de dicha exigencia aquellos supuestos en los que la Administración va a resolver el procedimiento sin tener en cuenta ningún elemento distinto a los presentados por el propio interesado. En dicho caso no tendría sentido dar audiencia, pues el administrado no va a conocer nada que ya no supiera, ni tiene, por ello, necesidad de

460 Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, la "funcionalidad del trámite de audiencia [...] no se limita a ese asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá, en la medida en que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle, consiguientemente, realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses en base a lo actuado en el procedimiento" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 501). En la misma línea, señala Fanlo Loras que cuestión "importante es la del momento en el que se debe producir el trámite de audiencia, puesto que el carácter garantizador de este trámite quedaría menoscabado si el mismo tuviera lugar en el momento en que todavía quedaran trámites por cumplir, lo que supondría sustraer la documentación que generen" (*op. cit.,* p. 245). Véase también en el mismo sentido, Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 244.

defensa alguna, pues los elementos objetos de valoración son únicamente los que el mismo ha presentado.

Por lo demás, deberá darse audiencia a todos los interesados en el procedimiento.[461] Éstos podrán disponer del trámite, es decir, podrán poner en conocimiento del órgano competente su deseo de no hacer uso del mismo, en cuyo caso se tendrá éste por realizado.[462]

5.8. Propuesta de resolución

La propuesta de resolución es un trámite que cobra sentido en los procedimientos en los que el órgano encargado de resolver es distinto de aquel que se ocupa de la instrucción del procedimiento. En tales supuestos, la actividad de este último concluye con la remisión de la propuesta al primero.[463]

Se trata de un proyecto de resolución que el órgano instructor sugiere al competente, con los oportunos argumentos jurídicos y fácticos que justifican esa opción.[464] Como regla general, el órgano encargado de decidir es libre de seguir el sentido de la propuesta o de apartarse de ella total o parcialmente. Pero nada impide que se pueda establecer su carácter vinculante, en cuyo caso deberá adoptar la solución ofrecida en la misma.[465]

Tenemos un ejemplo en el art. 58 LM, que establece que corresponde "al Concejo a propuesta del Alcalde, aprobar la constitución de empresas municipales".

461 Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 301.

462 *Ibid.,* pp. 301-302.

463 Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 235.

464 Boquera Oliver considera que la "propuesta es el proyecto de decisión que prepara quien ha instruido el expediente y eleva a la autoridad que debe decidir. En ella se formaliza [...] la causa y se propone el contenido del acto administrativo" (*Estudios..., op. cit.,* p. 215). Para Morell Ocaña, la "propuesta es un acto del procedimiento en el que el instructor razona sobre los hechos y fundamentos de derecho que, a su entender, deben constituir el contenido de la resolución, así como la decisión que debe adoptarse" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 235).

465 Boquera Oliver, *Estudios..., op. cit.,* p. 216.

5.9. Terminación

Lo lógico sería que el procedimiento administrativo terminase siempre con una resolución que solucionara las cuestiones planteadas en el mismo. Sin embargo, no va a ser así en la práctica. En primer lugar, porque nos vamos a encontrar con supuestos en los que la Administración hace dejación de sus funciones propias, no resolviendo el procedimiento, lo que provoca, transcurrido un tiempo, que se ponga fin al procedimiento por silencio administrativo. Esto nos permite distinguir entre una finalización real y una terminación ficticia del procedimiento.[466]

En segundo lugar, aun suponiendo la resolución real del procedimiento, ésta no se manifiesta siempre en una resolución sobre el fondo, ya que, en ocasiones, concurren determinadas circunstancias que impiden que se pueda dar solución a esas cuestiones que plantea el expediente, lo que determina que se llegue a la conclusión sin darles respuesta. Se distingue, por ello, aunque hay quien se manifiesta en contra,[467] entre un modo normal de terminación el procedimiento (mediante resolución sobre el fondo) y uno anormal (sin que se dicte esa resolución).

Hay también, no obstante, quien de forma más puntillosa ha matizado que en estos últimos casos no estamos propiamente ante una forma o modo de terminación del procedimiento, sino ante una causa de finalización del mismo, pues la falta de respuesta a dichas cuestiones no supone por sí la terminación del procedimiento, sino que motiva la adopción de una resolución en la que se declare tal circunstancia, que será la que verdaderamente ponga fin al procedimiento.[468]

466 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.*, p. 824; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 235.

467 En tal sentido Santamaría Pastor, que señala que no "es casi necesario resaltar lo asimétrico de esta clasificación (un supuesto frente a seis) y lo sesgado de la misma, si se tiene en cuenta que, en muchos casos, lo anormal sólo puede ser formalmente calificado como tal" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 99).

468 En tal sentido A. Menéndez Rexach, que señala que estas circunstancias "no son *formas* de terminación [...], sino, más bien, *causas* de que el mismo finalice. El procedimiento concluye *porque* la Administración decide sobre el fondo de la cuestión planteada —porque el particular desiste de la instancia o la renuncia a su derecho o su inactividad impide la continuación—. Pero, en los tres últimos casos citados, la causa de la terminación debe formalizarse mediante la correspondiente resolución (aceptando el desistimiento o la renuncia o declarando la

5.10. RESOLUCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

Lo normal es que el procedimiento termine con la emisión de una resolución o acto definitivo. Debe aclararse, no obstante, que el término *resolución* puede utilizarse en un doble sentido, pues de forma estricta designa a la que viene a resolver las cuestiones planteadas en ese procedimiento;[469] pero, en un sentido más amplio, puede utilizarse para designar al acto formal por el que se pone fin al procedimiento, comprendiendo no sólo las resoluciones en sentido estricto, sino también aquellas que no resuelven la problemática que se ventila en el procedimiento por existir motivos que lo impiden (renuncia, desistimiento, caducidad, etcétera).[470]

Si no existe causa que impida dictar sobre el fondo del asunto —ya sea que dicte una resolución de inadmisibilidad o que dé por terminado el procedimiento de modo anormal—, es preciso que se dicte resolución que resuelva la cuestión planteada en el expediente, sin que la Administración pueda eludir dar esa respuesta alegando si-

---

caducidad o la imposibilidad de continuar), de modo que la forma de terminación sería en todos ellos la 'resolución', en el segundo de los sentidos antes reseñados" ("Procedimientos administrativos: finalización y ejecución", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (dirs.), Madrid, Tecnos, 1993, p. 249).

469 En tal sentido, señala Táboas Bentanachs que resolución es "aquel acto administrativo que termina normalmente el procedimiento administrativo y decide todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo" (*op. cit.*, p. 583). Por su parte, Meseguer Yebra señala que en "su sentido más estricto, la resolución encarna, da soporte o materializa la voluntad de la Administración sobre aquellas cuestiones que se han sometido a su decisión o se han suscitado en el transcurso del procedimiento administrativo" (*La resolución y otras formas de terminación del procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 9). Fernández Montalvo define la resolución como la "decisión de las cuestiones en él planteadas o que derivan del mismo" (*De las disposiciones..., op. cit.*, p. 304). Morell Ocaña considera que la resolución es "la decisión que pone fin al procedimiento e incluye el acto administrativo elaborado (o revocado)" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 235). Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden por tal "el acto definitivo que pone fin al procedimiento, conteniendo el pronunciamiento de la Administración" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 142).

470 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 503.

lencio, oscuridad o insuficiencia del ordenamiento jurídico. En definitiva, en el procedimiento administrativo rige, al igual que en el proceso, el clásico principio *non liquet*.[471]

La resolución debe ser respetuosa con el principio de congruencia, que rige también en el procedimiento administrativo, si bien con algunas peculiaridades. En este ámbito debemos considerar que la resolución para ser congruente debe tener en cuenta las alegaciones realizadas por las partes y responder todas las pretensiones planteadas por éstas. Sin embargo, el conocimiento del órgano administrativo no se limita a las cuestiones suscitadas por los interesados, dado que en todo procedimiento administrativo está en juego el interés público, lo que exige que se resuelvan también todas aquéllas, distintas a las planteadas por las partes, que se deriven del expediente.[472]

No obstante, cuando el órgano administrativo vaya a pronunciarse sobre cuestiones no introducidas por las partes, por exigencia del principio de contradicción, deberá dar audiencia a éstas para que puedan pronunciarse acerca de dicho punto.[473]

Cuando se trate de procedimientos iniciados a instancia de parte, la resolución no podrá agravar la situación inicial del recurrente. En caso contrario se produciría una *refomatio in pejus,* que operaría como un modo indirecto de desanimar al administrado a recurrir y que sería, en consecuencia, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.[474]

471 Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo, 13ª ed...* p. 295.

472 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 504-505; Boquera Oliver, *Estudios..., op. cit.,* p. 219. Señala Táboas Bentanachs: "Principio de congruencia en materia de procedimiento administrativo y de la resolución que le ponga fin que ineludiblemente debe quedar justificado desde la perspectiva de la adecuada y pertinente satisfacción de los intereses públicos en juego, que no deben ser ceñidos, limitados, ni subordinados a los meros intereses privados ni a la simple actividad de los interesados correspondientes" (*op. cit.,* p. 585). Por lo que, como indica Santamaría Pastor, la resolución deberá resolver "las peticiones concretas formulada por el interesado en la solicitud [...], pero también todos aquellos tema sustantivos que el mismo o la Administración pudieran plantear con posterioridad al acto de iniciación, en todo tipo de procedimientos, y que puedan ser objeto de decisión" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 103).

473 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 103.

474 *Ibid.,* p. 104.

5.11. Desistimiento y renuncia

En realidad, desistimiento y renuncia son dos formas diferentes de terminación del procedimiento, que tienen algunos puntos en común, pero también otros que lo diferencian. En principio, uno y otra se asimilan en cuanto constituyen un apartamiento voluntario de la acción por parte del interesado. La diferencia es que con el desistimiento el administrado deja de lado tan sólo el procedimiento concreto en que se está ejercitando esa acción, reservándose, por tanto, el derecho a ejercitarla en otro procedimiento diferente con posterioridad, si aún es posible; en cambio, con la renuncia el administrado abandona el derecho mismo que sirve de base a la acción, haciendo imposible así su ejercicio posterior.[475]

En muchos casos, sin embargo, esta diferencia se diluye. Así, tratándose de recursos administrativos, sujetos, como veremos, a rigurosos plazos de caducidad, cuyo transcurso hace irrecurrible la resolución, el desistimiento implica de hecho la pérdida de la situación jurídica que se trata de hacer valer en la acción, pues el acto administrativo que se pretende atacar deviene inatacable.[476]

Cosa parecida, aunque a la inversa, ocurre en aquellos procedimientos en los que se pretende el nacimiento de un derecho. En tales casos, la renuncia difícilmente puede ir más allá de la pérdida del procedimiento de que se trate, ya que, por lógica, no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido.[477]

Otro punto que los diferencia es que el desistimiento es posible en toda relación jurídica, mientras que la renuncia sólo será admisible cuando el ordenamiento jurídico lo permita, puesto que no podrá operar respecto de derechos irrenunciables.[478]

En el ámbito del procedimiento administrativo, al estar presente el interés público, el juego de ambas instituciones estará subordinado siempre a las exigencias de éste. De tal modo que, si el interés ge-

475 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 505-506; Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 245; González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* pp. 842-857; Táboas Bentanchas, *op. cit.,* p. 589.

476 Táboas Bentanchas, *op. cit.,* p. 589.

477 *Idem.*

478 Menéndez Rexach, *op. cit.,* p. 256; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 104.

neral exige el esclarecimiento del procedimiento, éste deberá seguir adelante hasta su final, limitándose los efectos del desistimiento o renuncia al interesado que lo formula.[479] Entendemos aplicable para este supuesto analógicamente la solución dispuesta para el desistimiento en el proceso contencioso-administrativo por la LJ, que exige que la decisión de no aceptarlo por entender que esté implicado el interés público sea motivada (art. 100 LJ). Esta solución es extensible, obviamente, también a la renuncia.

También continuará adelante el procedimiento cuando haya otros interesados que insten a su continuidad.[480]

Fuera de estos casos, una vez formulada la renuncia o desistimiento por el interesado, la Administración deberá aceptarla de plano, poniendo fin al procedimiento mediante resolución en la que se declare dicha circunstancia.[481]

En cuanto al modo de llevarse a cabo, se debe entender, por su propia naturaleza, que se podrá realizar en cualquier momento del procedimiento, antes de que se dicte la resolución que ponga fin al mismo.

Dada la trascendencia que reviste, debe realizarse de forma explícita e inequívoca, de manera que no deje duda acerca de que ésa es la voluntad del interesado, pues no podrá ni presumirse ni entenderse implícita en la conducta de éste.[482] Por lo demás, siempre que se cumpla este último requisito, será indiferente la forma en que se lleve a cabo, bastando para su formulación con la presentación de un escrito o incluso con la indicación oral ante el órgano administrativo competente, que deberá dejar constancia de la misma. En caso de que se realice a través de representante, será aplicable analógicamente, tanto para el desistimiento como para la renuncia, la exigencia, contenida en el art. 100 LJ, de que ese representante esté autorizado especialmente para ello.

479 Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo, 13ª ed...* p. 296; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 308.

480 Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 308.

481 *Idem.*

482 Meseguer Yebra, *La resolución..., op. cit.,* pp. 17 y 19; Menéndez Rexach, *op. cit.,* p. 255; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 308.

5.12. CADUCIDAD

Aunque una parte de la doctrina utiliza el término, probablemente más correcto técnicamente, de *perención,*[483] se suele designar como *caducidad* a una forma de terminación del procedimiento que tiene su origen en la inactividad imputable al interesado, que no realiza un trámite imprescindible para la continuación del procedimiento. Así, transcurrido un tiempo desde la intimación por parte de la Administración en la que se le indica la necesidad de llevar a cabo ese trámite, con la advertencia de los efectos que se derivarán de su inacción, se da por terminado el procedimiento.[484]

Como puede verse, es una medida que tiene una cierta connotación sancionadora: se castiga al interesado por su pasividad, que está bloqueando el procedimiento, con la pérdida de éste. Debe ser, por ello, una medida que se adopte exclusivamente en aquellos expedientes susceptibles de producir efectos beneficiosos para el administrado y nunca en aquellos en los que puede haber beneficios para terceros interesados o para el interés público, que no podrán verse nunca perjudicados por la falta de diligencia de otro.[485]

Por la misma razón, la caducidad afectará sólo a la persona causante de la paralización del procedimiento, pero no podrá perjudicar, si existen, a los terceros interesados que deseen continuar con el procedimiento.[486]

Esto reduce notablemente su campo de acción en el ámbito del procedimiento administrativo, donde está siempre en juego, como hemos reiterado en diversas ocasiones, el interés público, lo que en numerosos supuestos va a impedir que la simple inactividad del interesado ponga fin al proceso, pues puede que el interés público exija su finalización y esclarecimiento.[487]

483 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* pp. 862-863.

484 Entrena Cuesta señala que la "*caducidad* del procedimiento es la consecuencia del incumplimiento por los interesados de la carga que sobre ellos pesa de efectuar determinadas actuaciones sin las cuales aquél no se puede tramitar" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 298).

485 Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* p . 245.

486 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 877.

487 Meseguer Yebra, *La resolución..., op. cit.,* p. 23. Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, "el ámbito que la caducidad tiene en el procedimiento administrativo es bastante limitado, ya que, al entrar en juego consideraciones de interés público, la actitud que los intere-

Dada la gravedad de la consecuencia que se deriva de la declaración de caducidad —la pérdida del propio procedimiento—, su ámbito de actuación está limitado a las inactividades de gravedad cualificada, que impiden la tramitación del procedimiento. Cuando se trate de trámites ordinarios, que no imposibilitan que el procedimiento continúe adelante, tan sólo traerán como consecuencia la pérdida de ese trámite concreto, no la caducidad.[488]

La paralización deberá ser imputable a la inactividad del administrado, no podrá decretarse cuando responda a la acción o inacción de la Administración, de un tercero o de circunstancias externas.[489]

No podrá declararse la caducidad sin haberse producido un previo requerimiento al administrado para que realice el trámite de que se trate, indicándole que en caso contrario se producirá dicho efecto. Esta advertencia al interesado es un requisito esencial e imprescindible, pues en caso contrario se generaría una indefensión, que viciaría la declaración de nulidad, determinando su invalidez.[490]

sados puedan adoptar en orden a la impulsión de aquél queda en segundo plano. La Administración está legalmente obligada a resolver y lo está igualmente a impulsar el procedimiento en todos sus trámites a fin de llegar a esa resolución, lo cual reduce las posibilidades reales de que la caducidad se produzca a aquellos procedimientos, iniciados a instancia de parte interesada, en los que el único interés visiblemente afectado es el interés particular del sujeto privado causante de la paralización" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 507).

488 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 507; Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* pp. 245-246; Martín Mateo, *Manual de derecho administrativo, 13ª ed.*. p. 297; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 309; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 106.

489 Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 309; Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 106; Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 298.

490 Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 309; Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* p. 298. Como señala Meseguer Yebra, la "caducidad no se produce con carácter automático al correr el plazo previsto en la ley, sino que es requisito necesario que la Administración advierta previamente al interesado que, transcurrido dicho plazo sin que se realicen las actividades necesarias para reanudar la tramitación del procedimiento, se declarará la caducidad y el archivo de las actuaciones [...]. La advertencia administrativa es un requisito formal de estricta observancia cuya omisión lleva, además, consigo la

Los efectos de la caducidad, por lo demás, se traducen estrictamente en la pérdida del procedimiento concreto que se está ejercitando, sin afectar, en ningún caso, al derecho material que se ejercitaba en el mismo, que se podrá ejercitar, por tanto, en un procedimiento posterior, siempre que aún se den las condiciones procesales para ello.[491] Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el procedimiento caducado no interrumpe los plazos de prescripción, manifestándose a tales efectos como un procedimiento inexistente.[492]

La declaración de caducidad es impugnable, en cuanto constituye un acto de trámite cualificado, que impide la continuación del procedimiento. Hay, no obstante, una parte de la doctrina que disiente parcialmente de esta afirmación, pues sin negar la impugnabilidad de este acto, considera que el motivo no es que constituya un acto de trámite cualificado, sino que se trata de una auténtica resolución.[493]

---

consabida indefensión del interesado afectando de raíz a la resolución que declare la caducidad" (*La resolución..., op. cit.,* p. 22).

491 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 508; Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 246; Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 145. Señala González Navarro que "la llamada caducidad del procedimiento administrativo deja incólume los derechos, a menos que otros institutos, como el de la prescripción, los hayan extinguido [...]. Ni siquiera puede decirse que haya muerto la acción y subsista el derecho material, pues nada se opone a que si éste no ha prescrito, pueda hacerse valer en un nuevo procedimiento. Es decir, que ni la acción ni el derecho material se extinguen por la caducidad. Lo único que muere es el procedimiento" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 861).

492 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 879; Meseguer Yebra, *La resolución..., op. cit.,* p. 23; Fernández Montalvo, *De las disposiciones..., op. cit.,* p. 309; Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* pp. 298-299.

493 En tal sentido González Navarro, que apunta lo siguiente: "me parece difícil admitir que el acto que declara la caducidad de un procedimiento es un acto de trámite y no terminal, al menos como se entienden estos conceptos en la doctrina más generalizada". Por ello considera impugnable la caducidad por constituir ésta un "acto terminal que no entra a considerar el fondo del asunto" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 877).

5.13. Caducidad en los procedimientos iniciados de oficio

En la actualidad se ha considerado la necesidad de que se produzca la caducidad del procedimiento por la inactividad de la Administración. De forma que transcurrido el plazo máximo que tiene ésta para resolver, el procedimiento se extingue. El supuesto se refiere a aquellos expedientes susceptibles de generar efectos exclusivamente negativos para los interesados (en caso contrario se produciría el silencio administrativo, que se examina posteriormente). Con ello, se fortalece la seguridad jurídica, evitando una perpetua pendencia que, como una espada de Damocles, pese eternamente sobre el administrado, obligándole a vivir con la constante amenaza de sufrir en cualquier momento ese perjuicio.[494]

Declarada la caducidad, debe entenderse que el procedimiento termina de modo irreversible, por lo que cualquier actuación realizada con posterioridad y, en su caso, la eventual resolución que pudiera dictarse, debe reputarse inválida.[495]

5.14. Imposibilidad material de continuación del procedimiento

Éste es un supuesto residual, que incluye todos los supuestos distintos de los anteriores en los que se haga imposible la continuación del procedimiento o ésta devenga carente de sentido.[496]

6. La obligación de resolver y el silencio administrativo

La Administración está obligada a resolver los procedimientos administrativos, consecuencia que se deriva ineludiblemente de las exi-

494 Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, este "régimen se justifica en la necesidad de liberar a los ciudadanos de la pendencia indefinida e ilimitada de un riesgo de gravamen, de sanción o de perdida o limitación de derechos anunciada por al Administración, al haber iniciado un procedimiento al efecto" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 508).

495 Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 108.

496 García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 509.

gencias de eficacia, sometimiento al derecho y respeto a los derechos de los administrados, que rigen su actuación.[497] Así lo establece claramente el art. 115 RM, según el cual, iniciado "un expediente, las entidades municipales están obligadas a resolverlo".

Dicho deber sólo encuentra excepción en aquellos supuestos en que el procedimiento debe terminar de modo anormal, por existir circunstancias que determinan la conclusión del procedimiento sin que éste alcance su fin (desistimiento, renuncia, caducidad o desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento), en cuyo caso bastará con que se dicte y notifique una resolución en la que se declare la concurrencia de tal circunstancia.[498]

El incumplimiento de esta obligación pone en marcha el silencio administrativo, que es la medida articulada por el derecho administrativo para dar respuesta a los supuestos en los que la Administración vulnera los derechos de los administrados mediante su simple inacción.[499] Más concretamente, viene a tutelar aquellos supuestos en los que, presentada una solicitud por parte del administrado, el ór-

497 Señala Bocanegra Sierra que el fundamento de "esta obligación se encuentra en el principio de eficacia, [...] en el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho [...], y en el derecho a la tutela judicial efectiva [...]. Parece razonable esta fundamentación [...]. Resultaría imposible, desde luego, cumplir con la tarea de satisfacer los intereses públicos que la Constitución encomienda a las Administraciones Públicas, si se permitiese el alargamiento indefinido del trámite de los procedimientos sin dar respuesta a las solicitudes de los particulares. El sometimiento de la Administración a la ley y el derecho quedaría también seriamente comprometido si pudieran aplazarse sin término las decisiones administrativas, manteniendo así, *de facto*, una situación contraria a los mandatos legales [...], al tiempo que, por último, los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensión podrían quedar literalmente volatilizados, aun en un sistema jurisdiccional que hubiera superado por completo el principio revisor [...], si la Administración pudiera decidir a su gusto no resolver los procedimientos: los ciudadanos deberían construir su defensa sin el conocimiento de los datos del expediente y de la fundamentación jurídica de la resolución, no pudiendo siempre los tribunales [...] sustituir en las sentencias las decisiones de la Administración" (*Lecciones sobre el acto administrativo,* 2ª. ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pp. 84-85).

498 Parejo Alfonso *et al., Manual..., op. cit.,* pp. 464-465.

499 Señala Santofimio Gamboa que el "silencio administrativo es el trascurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapso que vencido hace presumir, a manera

gano administrativo competente no da respuesta a dicha instancia, ni en sentido afirmativo ni negativo, con lo que deja al ciudadano en absoluta situación de indefensión, pues al no tener una resolución que impugnar, tampoco puede iniciar un recurso administrativo o judicial para obtener respuesta a su pretensión. Ante tal situación, para proteger al administrado, el ordenamiento jurídico crea una ficción jurídica, entendiendo que existe un acto administrativo que realmente no se ha producido como tal.[500]

Nótese que se trata de un supuesto diferente al de la inactividad material de la Administración, que en su momento examinamos; en este último supuesto lo que hace la Administración es no realizar materialmente aquello que el ciudadano ya tiene reconocido jurídicamente. En cambio, en el caso del silencio administrativo se da tutela a situaciones en las que aún hay incertidumbre acerca del derecho del administrado al reconocimiento de su pretensión.

Aunque hay doctrina que considera que la naturaleza jurídica del silencio administrativo es la de una presunción,[501] debe entenderse que no constituye propiamente tal, sino una ficción. La presunción determina que se considere como cierto algo que es aún dudoso. Sin embargo, en el caso del silencio administrativo se parte de una situación cierta (la Administración no resuelve) para derivar de ella

de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada" (*op. cit.*, p. 184).

500 Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.*, p. 117. González Navarro define el silencio administrativo como "una ficción que la ley establece en beneficio del interesado, y en virtud del cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos en la ley" (*Derecho administrativo español III, op. cit.*, p. 894).

501 En tal sentido Morell Ocaña, que considera que el silencio administrativo es "una presunción establecida por la ley, referida al procedimiento administrativo, en cuya virtud la inactividad de la Administración equivale a la resolución, estimatoria o desestimatoria, de la pretensión del interesado" (*Curso de derecho administrativo II, op. cit.*, p. 203). También en esta línea, Entrena Cuesta, que entiende que hay silencio administrativo "*cuando el ordenamiento jurídico, ante la falta, dentro del plazo para ello establecido, de un pronunciamiento que la Administración tiene el deber de efectuar, presume* [...] *la existencia de un acto* [...] *como medio para salvaguardar los derecho o intereses de quienes formulan las peticiones, reclamaciones o recursos no resueltos, o en aras de la celeridad y eficacia administrativa*" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.*, pp. 236-237).

algo que realmente no se ha producido (se considera que se ha dictado una resolución, estimatoria o desestimatoria, que no ha existido en la realidad), por lo que consideramos que debe concluirse que se trata de una ficción y no de una presunción.[502]

Yendo un poco más allá, y centrándonos en el resultado que el silencio produce, podemos observar una notable diferencia entre los supuestos de silencio negativo y silencio positivo. En el primer caso, de esa ficción que es el silencio no se deriva una auténtica resolución, pues tiene el único efecto de abrir la vía de recurso; mientras que el silencio positivo da origen a una auténtica resolución de efectos estimatorios, en cuanto ese acto fingido va a tener el mismo valor y eficacia que el acto expreso.[503] Sin embargo, existe la opinión contraria a esta tesis, que considera también el acto presunto negativo como un auténtico acto administrativo.[504]

En tal sentido se sitúa claramente el derecho nicaragüense, que define el silencio administrativo como "el efecto que se produce en los casos en que la Administración Pública omitiere su obligación de resolver" (art. 2.19 LJ). Como puede verse, este artículo se refiere exclusivamente a la obligación de resolver, y no hace referencia alguna a la notificación de esa resolución. Cabe cuestionarse, entonces, si sólo se va a producir silencio administrativo cuando la Administración no resuelve en el plazo de que se trate, o si también se produce cuando no se notifica la resolución dentro del mismo.

La Corte Suprema ha resuelto lo anterior adoptando la primera solución, de tal forma que basta con que se resuelva el procedimiento dentro de plazo, aunque no se haya realizado dentro de él la notificación, para entender cumplida la obligación de resolver. Concretamente, ha señalado que

> el silencio administrativo opera cuando la Administración no resuelve en el plazo indicado, en ningún momento, preceptúa que hay que incluir en dicho plazo el acto de notificación [...]; por otra parte debemos tener presente que los plazos del silencio positivo son cortos,

502 González Navarro, *Derecho administrativo español III, op. cit.,* pp. 896-898; Parada Vázquez, *Derecho Administrativo I, op. cit.,* p. 117.

503 Táboas Bentanachs, *op. cit.,* p. 584; García Pérez, *op. cit.,* pp. 179-180; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 206; Bocanegra Sierra, *Lecciones..., op. cit.,* p. 96.

504 Parejo Alfonso *et al., Manual..., op. cit.,* pp. 467.

> no siendo congruente que además se le reste a la administración competente el plazo que tiene para resolver con el acto de la notificación.[505]

La solución no nos parece, desde el punto de vista técnico la más adecuada, pues sería más correcto considerar incluido dentro del plazo también la obligación de notificar. La razón es evidente: al ser la notificación un presupuesto de la eficacia del acto, se genera un efecto similar a la falta de resolución si la Administración resuelve en plazo, pero deja eternamente pendiente la notificación de la misma.

Sin embargo, la argumentación de la sentencia es irrefutable, pues la brevedad de los plazos, a los que inmediatamente nos vamos a referir, impide otra respuesta. En nuestra opinión, la Corte ha resuelto con adecuado criterio práctico una difícil situación —que, por otra parte, requiere pronta solución—, como lo es la inadecuación de los plazos máximos para resolver el procedimiento, claramente insuficientes.

En cualquier caso, esta tesis se debe entender adecuada únicamente para aquellos casos, como el enjuiciado por la Corte, en los que la Administración resuelve dentro de los plazos y notifica fuera de ellos con una cierta diligencia. Pero se deja sin una clara solución los supuestos en que la Administración resuelva y demore de forma injustificada la notificación de la resolución. En tales casos debería entenderse que se han producido los efectos del silencio, pero el problema es cuándo considerar que se han sobrepasado los límites permitidos.

La inseguridad jurídica que genera esta situación es evidente, por lo que entendemos que debería reformularse la regulación actual del silencio, para incluir en ella la obligación de resolver y notificar dentro del plazo máximo, de modo que el incumplimiento de cualquiera de ambas exigencias genere silencio administrativo. Esta reforma debe venir necesariamente acompañada de una considerable ampliación de los plazos, como resulta claro si se considera que el plazo máximo con el que cuenta la Administración para resolver es de 30 días (art. 2.19 LJ), previsión difícilmente comprensible, pues en la práctica la Administración se verá incapacitada para tramitar y resolver el procedimiento en tan exiguo plazo cuando se trate de asuntos de una cierta complejidad.

Esta regulación es aún más criticable si se tiene en cuenta que, transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dictado ninguna

505 SCSJ núm.2, de 1 de marzo de 2005, dictada a las ocho y treinta nueve minutos de la mañana. Cdo. III.

resolución, se presume que existe una aceptación de lo pedido a favor del interesado (art. 2. 19 LJ). Esto supone que se consagra, con carácter general, el silencio positivo, es decir, la concesión de aquello que se solicitaba a la Administración, una vez transcurridos los plazos previstos en la norma.

Tradicionalmente, en la figura del silencio administrativo la regla ha sido la contraria: se consideraba que transcurrido el tiempo máximo que la Administración tenía para resolver, el silencio era negativo; esto es, se podía entender denegado aquello que se había solicitado. No obstante, esta solución constituía una medida de tutela de los derechos de los administrados, pues les permitía acudir a la vía de recursos, bien administrativos o judiciales, e impedía así que la Administración mantuviera la resolución eternamente pendiente mediante su inacción.[506]

En cualquier caso, y con independencia del mayor o menor acierto de la regulación del silencio administrativo en el derecho nicaragüense, debe recordarse que esta figura no deja de ser una respuesta a una situación patológica: la falta de resolución expresa por parte de la Administración. Lo cierto es que por más que venga a dar tutela a los derechos del administrado, lo hace tan sólo como una mínima solución para tapar una previa violación de los mismos. Por ello, debe postularse ante todo que esta figura no tiene que operar en la práctica y que la Administración debe resolver los procedimientos, como es su obligación,[507] y evitar así que esta técnica acabe convir-

506 Como señala González Navarro, no "siempre se tiene en cuenta, desvirtuándose con ello la esencia misma del silencio administrativo, que éste se establece en garantía, en beneficio del particular. [...] En el silencio positivo, la evidencia de esta característica resulta incontestable, ya que supone la estimación de la petición, deducida ante la Administración. En el silencio negativo, también resulta palmario la atribución de este carácter, ya que por su medio se evita la indefensión del particular [...] facilitándole el ejercicio de su derecho [...] a una tutela judicial efectiva" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 899).

507 Apunta García-Trevijano Garnica que "lo correcto es [...] que la ley se dirija a conseguir que la Administración resuelva de manera expresa. A veces se desvían indebidamente las críticas hacia la institución del silencio administrativo, siendo así que en realidad tal crítica debería ir dirigida no tanto contra dicha institución misma [...] como contra el incumplimiento de la Administración de su deber de contestar. No debe perderse de vista que el silencio administrativo constituye 'un mal necesario', 'mal' porque opera ante un previo incumplimiento de la Administración en su deber de resolver y 'necesario' por cuanto su

tiéndose en una forma más de terminación del procedimiento a disposición de la Administración, que le permita desligarse del deber de resolver aquellos expedientes que, por el motivo que sea, le resultan molestos o difíciles.[508]

En los últimos tiempos, se ha abierto paso la consideración de que el silencio debe ser positivo, si bien no es ni mucho menos una técnica unánimemente aceptada, pues hay una parte de la doctrina que advierte de sus riesgos. Así, hay quien considera que puede determinar la concesión de derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico, que perjudiquen los intereses públicos o de terceros; que genera un alto de grado de inseguridad jurídica; y que puede provocar el efecto de alterar las reglas de competencia, al impedir el órgano instructor que la cuestión llegue al competente para resolver.[509]

En nuestra opinión, más que un rechazo general a la técnica del silencio positivo, se debe tener en cuenta que éste y el silencio negativo son dos aspectos diferentes de una misma institución, que persiguen distintas finalidades y deben ser aplicados a situaciones dife-

---

inexistencia daría lugar a situaciones hoy inaceptables" ("Silencio administrativo. Términos y plazos", en *Administraciones públicas y ciudadanos,* B. Pendás García (coord.), Barcelona, Praxis, 1993, p. 353).

508 Señala González Navarro que "en muchas ocasiones —y por un mal entendimiento de lo que constituye la médula de la técnica del silencio administrativo— *se ha invocado el silencio administrativo como coartada para no resolver* los expedientes molestos o complicados. La Administración no resuelve y el tiempo lo sanará todo. En ocasiones, la ignorancia ha sido tal que incluso por escrito se ha dejado constancia en el expediente de la sugerencia de que 'se resuelva por silencio administrativo' [*sic*], o de que 'se guarde silencio administrativo en el caso' " (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 903).

509 En tal sentido Parada Vázquez, que destaca el "evidente riesgo que la técnica del silencio positivo supone, al posibilitar sin el debido control el otorgamiento de autorizaciones o licencias u otros derechos contrarios a los intereses generales o de terceros pero favorables siempre al solicitante, y que como actos declaratorios de derechos no pueden ser revocados *a posteriori* sin seguir los complejos procedimientos establecidos". Además considera que la técnica del silencio positivo y las medidas correctoras de la misma "crean una dosis de inseguridad jurídica". Añade, por último, que "la técnica del silencio positivo deja en manos de los instructores de los procedimientos y de su desidia la posibilidad de 'vampirizar' la competencia resolutoria del órgano al que corresponde la resolución expresa" (*Derecho Administrativo I, op. cit.,* pp. 118-119).

rentes, por lo que, más que tomar partido a favor de uno u otro, se deberían combinar ambos de forma adecuada.

Así, tendría que circunscribirse el silencio positivo a las actividades autorizatorias en el ejercicio de la actividad de policía, ámbito en el que ejercería un efecto simplificador de los trámites formales para poder hacer efectivo un derecho que ya se posee, lo que obligaría a la Administración a denegar la solicitud expresamente, en caso de entender que existan motivos para ello.[510] A estos supuestos se debe añadir los que se dan en el ámbito de las relaciones de jerarquía (aprobaciones y autorizaciones), dado que la emisión de esos actos es, en realidad, competencia del órgano que los dicta, no del que los aprueba o autoriza.[511]

510 González Navarro señala que el silencio administrativo "cumple una finalidad distinta según que estemos ante un caso de silencio negativo o ante un supuesto de silencio positivo". "El *silencio negativo*, en efecto, tiene la finalidad de facilitar al interesado el acceso a una vía revisora ulterior [...] evitando que la combinación del privilegio administrativo del acto previo con la inactividad formal de la Administración volatice su derecho a una tutela judicial efectiva. [...] La finalidad del *silencio positivo* es muy diferente. Esta forma de silencio opera en el ámbito de las intervenciones policiales o de tutela, facilitando la obtención de autorizaciones o aprobaciones administrativas previas. En cierto modo viene a ser [...] una sustitución de la técnica de la autorización o aprobación previas por la de la carga de la comunicación del proyecto a la Administración con facultad de ésta de dictar una orden prohibitiva durante un plazo preclusivo" (*Derecho administrativo español III, op. cit.,* p. 899). También en esta línea Entrena Cuesta, que considera que "la atribución de un valor negativo al silencio carecería de sentido cuando se postula simplemente el ejercicio de una situación de poder de que ya era titular el peticionario. Es decir, al solicitar un permiso o licencia: en tal caso, quiebran los argumentos que acabamos de recoger y la lógica exige que se presuma la existencia de un acto positivo. De esta forma se abre paso la idea de atribuir, *excepcionalmente*, al silencio un valor positivo" (*Curso de derecho administrativo I/1, op. cit.,* pp. 238-239).

511 Señala Entrena Cuesta que, en "orden al logro de la celeridad y la eficacia de la Administración se aplicará también a las relaciones interorgánicas e intersubjetivas, de jerarquía o tutela. A tal efecto, se atribuye un valor positivo a las autorizaciones o aprobaciones, que deban otorgarse en el desarrollo de tales relaciones. Se trata, por tanto, ahora, de conseguir la agilidad de la Administración, y las razones en favor del valor positivo del silencio son [...]: los actos sujetos a autorización o aprobación son competencia del órgano o ente que los dicta, no del que autoriza o aprueba. No hay entonces por qué asignar al silencio un valor negativo" (*ibid.,* p. 239).

En cualquier caso, debe tenerse presente que no existe silencio administrativo en contra de la ley, lo que supone que no se podrá adquirir mediante éste aquello que no se podría haber adquirido mediante una resolución expresa por el hecho de ser contrario al ordenamiento jurídico.[512]

Ahora bien, lo anterior no significa que la Administración deba dejar sin efecto el acto cuando se presume contrario a la legalidad un procedimiento de revisión de oficio, pues parece injustificado que sea el propio administrado el que se vea obligado a demostrar la legalidad de un acto obtenido por silencio debido a la propia negligencia de la Administración, que queda obligada, por ello, a demostrar la ilegalidad del mismo.[513] Esta posibilidad de revisar lo concedido por silencio deberá entenderse limitada exclusivamente a la falta de los requisitos esenciales que vimos determinaban la nulidad de pleno derecho del acto; esto es, a aquellos supuestos en que se concede algo al administrado cuando carece manifiestamente de las cualidades imprescindibles para obtenerlo.

No será posible en ningún caso, obviamente, dejar sin efecto lo obtenido por silencio administrativo alegando motivos de pura oportunidad.[514]

512 Señalan Villar Palasí y Villar Ezcurra que "resulta aberrante y contrario al principio de legalidad que puedan existir actos sin una cobertura normativa que los ampare. Lo único que autoriza la doctrina del silencio positivo es a que el particular se subrogue en la posición del operador jurídico, que normalmente corresponde a la Administración, cuando ésta por negligencia actúe dentro de los plazos establecidos. Pero de aquí no puede seguirse, en forma alguna, la posibilidad de reputar como existente un acto contrario al ordenamiento jurídico" (*Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* pp. 108-109). Véase también, Flavio Escorcia, *op. cit.,* p. 172; Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 205.

513 Como señala Bocanegra Sierra, parece "evidentemente contrario a la seguridad jurídica, [...] imponer la carga de la prueba de la legalidad del acto presunto al interesado que no ha obtenido respuesta, obligada, a su pretensión, y al que ninguna razón de peso permite hacerle responsable del incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, incursa en la prohibición implícita en el principio general del derecho de que nadie puede beneficiarse de su propia torpeza" (*Lecciones..., op. cit.,* p. 97).

514 Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo II, op. cit.,* p. 109.

Tampoco cabrá ampararse en una decisión discrecional para dejar sin efecto el acto presunto; esto es, si la norma otorgase a la Administración un margen de apreciación para la concesión de lo solicitado por el administrado, no podrá revisar la Administración la decisión presunta utilizando esa discrecionalidad para eliminar ésta. Ya sabemos que la discrecionalidad es la posibilidad de elegir entre un conjunto de opciones igualmente válidas para el derecho. Siendo todas esas opciones legítimas, la Administración no podrá elegir una distinta a la que se deriva del acto presunto y dejar éste sin valor. La revisión del acto presunto permite acabar con éste cuando lo obtenido es contrario al ordenamiento jurídico, pero no cuando éste es conforme al mismo pero se considere más adecuada otra opción. Si lo ganado por silencio es una de las soluciones que legítimamente podría haber tomado la Administración dentro de su margen de discrecionalidad, no puede ser cuestionado.

En cualquier caso, esta opción general por el silencio positivo no parece impedir que el ordenamiento jurídico pueda establecer en determinados supuestos que éste tenga sentido negativo. Si bien, al venir consagrado el silencio estimatorio en norma con rango de ley, debe entenderse que no cabe arbitrar solución contraria mediante un simple reglamento; esto es, sólo podrá establecerse que tenga sentido negativo mediante ley formal.

Los efectos que produce el silencio positivo no se reducen a la estimación de la petición, pues, en cuanto dan lugar a un acto que, por más que sea ficticio, está dotado de plena eficacia jurídica, abren la posibilidad de recurrir. En el derecho nicaragüense los actos que son fruto del silencio administrativo agotan la vía administrativa (art. 46 LJ), por lo que serán directamente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de presentar el recurso administrativo correspondiente para agotar dicha vía.

CAPÍTULO IV

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. Concepto de recurso administrativo

Como ya sabemos, cuando no estamos de acuerdo con un acto administrativo podemos impugnarlo solicitando su anulación. A dicha actuación, que va a dar lugar a un procedimiento de revisión del acto por parte de órgano competente para ello, es a lo que denominamos recurso.[1] Esa impugnación se puede realizar tanto en vía administrativa como en vía judicial, esto es, presentando un recurso ante la propia Administración (vía administrativa, mediante la presentación de un recurso administrativo); o ante un órgano judicial (vía contencioso-administrativa, presentando un recurso contencioso-administrativo).

El recurso administrativo se puede definir, en consecuencia, como una vía para la impugnación de los actos administrativos ante la propia Administración a instancia del interesado, que se traduce en la tramitación de un procedimiento administrativo de revisión de la legalidad de la actuación implicada.[2]

1 Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González señalan que "el recurso puede definirse como una pretensión deducida por quien esté legitimado para ello ante un Organismo competente y destinado a obtener la revisión, por motivos de legalidad, de un acto administrativo determinado". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, *Op. Cit.*, nota 435, p. 30.

2 Cassagne define el recurso administrativo como "toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a obtener del órgano emisor del acto, de su superior jerárquico o de quien ejerce el control llamado de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado". Cassagne Op. Cit., nota 351, p. 59. González Navarro entiende por tal "un procedimiento administrativo autónomo iniciado dentro del plazo legal preclusivo por uno o varios interesados debidamente legitimados en solicitud de revisión de un acto administrativo por considerarlo no ajustado a derecho". González Navarro,

Nótese que en el proceso contencioso-administrativo se puede dis-

---

Francisco, Op. Cit., nota 448, p. 1175. Delpiazzo lo define los recursos como los "medios que el Derecho objetivo establece, en virtud de los cuales los afectados en su derecho o interés por un acto administrativo, mediante la interposición de un acto de petición, ejercen el derecho de principio de obtener que la Administración lo revise en vía administrativa dictando un nuevo acto administrativo". Delpiazzo, *Op. Cit*., nota 375, p. 713. González Pérez considera que los "recursos administrativos son actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de este carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión". González Pérez y González Navarro, *Op. Cit*., nota 373, p. 2282 II. Escuin Palop apunta que el "recurso administrativo puede definirse como el procedimiento en el que un sujeto legitimado, dentro del plazo hábil, pide a la Administración que revise la legalidad de una resolución administrativa o, excepcionalmente, de un acto de trámite". Escuin Palop, *Op. Cit*., nota 410, p. 311. M. Sánchez Morón considera que "los recursos administrativos pueden definirse como actos de los interesados impugnatorios de decisiones previas de la Administración pública sometidas a Derecho administrativo y que ponen fin a un procedimiento, o, al menos, impiden continuarlo o producen indefensión, que se deducen ante la Administración misma, ya sea la autora del acto impugnado o excepcionalmente otra distinta y que se resuelven por ella". Sánchez Morón, "Recursos administrativos", en Leguina Villa y Sánchez Morón (dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 329. Santamaría Pastor señala que "con el nombre de recursos administrativos se hace referencia a los procedimientos administrativos de carácter impugnatorio mediante los que los interesados o afectados por un acto administrativo instan de la Administración autora su anulación por razones de legalidad". Santamaría Pastor, *Op. Cit*., nota 446, p. 598. Para Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González el "recurso en vía administrativa puede definirse como una pretensión deducida ante un órgano administrativo, por quien está legitimado para ello, con la finalidad de obtener la anulación o modificación de un acto administrativo dictado por ese mismo órgano o por su inferior jerárquico". Falla, Palomar Olmeda y Losada González, *Op. Cit*., nota 435, p. 65. Entrena Cuesta considera que el "recurso administrativo puede definirse como un acto con el que un sujeto legitimado pide a la Administración que revise una resolución administrativa, o, excepcionalmente, un acto de trámite, dentro de los plazos y con arreglo a las formalidades pertinentes". Entrena Cuesta, Rafael, *Op. Cit*., nota 404, p. 306. Villar Palasí y Villar Ezcurra entienden que recurso administrativo "es el procedimiento especial de impugnación por el que el destinatario, directo o indirecto, de un acto (...) solicita su modificación o privación de efectos". Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Op. Cit*., nota 810, p. 220.

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

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

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

El recurso administrativo es un mecanismo de revisión que se puede poner en marcha únicamente a instancia de parte, nunca de oficio por parte de la propia Administración, lo que diferencia esta figura de la denominada revisión de oficio, en la que por su propia voluntad la Administración decide revisar su actividad.[3]

Es un mecanismo de revisión, pero incardinado en el seno de la función administrativa, no en el ámbito de la función jurisdiccional. Se diferencia claramente de ésta en cuanto el órgano que realiza el enjuiciamiento no es, en puridad, una instancia independiente, como ocurre en el proceso, sino una de las partes implicadas, la Administración, convertida de este modo al mismo tiempo en juez y parte; a lo que se añade, por otra parte, que las resoluciones dictadas en el procedimiento no generan eficacia de cosa juzgada, pudiendo ser

3 González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 2282. De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 627. Arrien Somarriba, Op. Cit., nota 870, p. 3. Como apunta Santofimio Gamboa, "la prórroga de la actuación administrativa a una segunda etapa, o de la vía gubernativa, depende exclusivamente del sujeto pasivo del acto. No se inicia por imperativo legal, sino por decisión unilateral del interesado que se considera afectado en sus derechos". Santofimio Gamboa, Op. Cit., nota 487, p. 208.

siempre impugnadas, con sujeción a los plazos oportunos, ante un órgano judicial.[4]

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.[5]

El recurso administrativo va a dar lugar a un procedimiento administrativo distinto de aquel de que trae causa,[6] con el que no se confunde, pues a pesar de estar vinculado a éste, es independiente del mismo y goza de su individualidad propia.[7] Ciertamente por su función revisora, tiende a asimilarse en algunos aspectos al proceso, pero sin llegar nunca a equipararse con éste, ni dejar de ser lo que es: un procedimiento administrativo.[8]

4 Apunta Cassagne que la "sustancia o naturaleza de los recursos administrativos es propia de la función administrativa y nunca es actividad jurisdiccional ya que técnicamente no puede hablarse de estricta controversia (la Administración actúa como parte y autoridad decisoria) ni tampoco la decisión posee los atributos de verdad legal (cosa juzgada formal y material)". Cassagne Op. Cit., nota 351, p. 59.

5 Como señala Fernández Ruiz, en "la labor de corregir, perfeccionar y, en su caso, revocar, el acto administrativo se inscribe el recurso administrativo que conlleva el animo de la Administración de hacerlo sin intervención de otros órganos del poder público y lo identifica como un instrumento de autocontrol de la misma, para mantener su actuación dentro de los límites de la normativa aplicable; lo que no impide considerar el recurso administrativo como un instrumento de defensa del interesado contra los excesos de la Administración Pública cometidos en su perjuicio, por la violación de sus derechos subjetivos". Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., nota 455, P. 451.

6 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 628.

7 Apunta González Navarro que el "procedimiento de recurso constituye un procedimiento autónomo, un procedimiento independiente de la instancia administrativa que le precede. La impugnación en que el recurso consiste no constituye una continuación del procedimiento cuyo acto final se combate, sino que es un procedimiento independiente con su peculiar régimen jurídico. El procedimiento anterior no es simplemente continuado, sino que deja su puesto a otro procedimiento distinto, aunque ligado al anterior". Navarro, Francisco, *Op. Cit*., nota 448, p. 1177

8 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, "la acusada <<procesalización>> del procedimiento de resolución de los recursos no puede hacer olvidar que éste es, y no puede dejar de ser, un proce-

La doctrina mantiene posiciones divergentes acerca del alcance del control que se puede realizar vía recurso administrativo. Así, para algunos, en cuanto mecanismo de control de la legalidad de los actos administrativos, sólo puede basarse en motivos estrictamente jurídicos, debiendo desecharse en la resolución de los mismos los criterios de mera oportunidad.[9] 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.[10]

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.[11]

dimiento 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". García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, Op. Cit., nota 113, p. 517.

9 Como señala De Asís Roig, el recurso administrativo es "un instrumento de control de la legalidad de los actos de la Administración (....). Cualesquiera razones de carácter no jurídico sólo pueden ser alegadas en la medida en que sean recogidas por el Derecho en forma de valores, objetivos, directrices, etc.". De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 631. La misma opinión, Arrien Somarriba, *Op. Cit*., nota 370, p. 6. Santofimio Gamboa, *Op. Cit*., nota 487, p. 208.

10 En tal sentido, Brewer Carías, que considera que los "recursos administrativos permiten a los interesados exigir el control de la legalidad de los actos dentro de la propia Administración, además de que les permite exigir un control y revisión de la oportunidad de los actos cuestionados. Es decir, en el ámbito administrativo puede decirse que además de la garantía de la legalidad, existe la garantía del control de la oportunidad o inoportunidad de una actuación administrativa". Brewer-Carías, Allan Randolph, *Op. Cit*., nota 485, pp. 758.

11 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, la "acusada <<procedimentalización>> del debate, (...) no puede impedir que junto a los motivos de estricta legalidad aparezcan de alguna manera razones de simple oportunidad. Es la propia Administración quien resuelve, en definitiva, y la misión de la Administración no es la de decir el Derecho, sino la de dar pronta y eficaz satisfacción a los intereses

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.[12]

En cualquier caso, independientemente de las posibilidades de control en base a criterios de oportunidad, el recurso, dado su carácter revisor en base a criterios de legalidad, se separa claramente de la presentación de escritos de petición: cuando se presenta un recurso se está pidiendo la aplicación del ordenamiento jurídico, obligando

---

generales que tiene confiados. Es, pues, profundamente equívoco tratar de identificar ambas funciones. Todo lo más que puede concederse en este punto es que al resolver recursos la Administración está más estrechamente ligada al Derecho y a los planteamientos estrictamente jurídicos que cuando desarrolla una actividad de gestión". García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, *Op. Cit.*, nota 113, p. 518.

12 Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González señalan que "la vía de recurso tiene por finalidad la revisión de la *legalidad* de los actos administrativos". "Pero no debe olvidarse que cuando la Administración resuelve un recurso dispone, paralelamente a los específicos poderes jurisdiccionales que a tal efecto le son concedidos, de sus facultades usuales de oficio, entre las que, obviamente, se encuentra la de revocar por inoportunos sus propios actos. Ocurre entonces que la Administración puede decretar una tal revocación por razones de oportunidad con motivo del recurso, pero no como su consecuencia obligada. La situación del recurrente cambia entonces radicalmente, ya que su pretensión va a ser examinada discrecionalmente, y sobre una materia de suyo discrecional.

Por otro lado, supuesto que la Administración decida aceptar la pretensión del recurrente (por razones de oportunidad) se encuentra también sujeta por ciertos límites; así, si del acto surgieron derechos a favor de tercero la revocación será imposible a no ser que la inoportunidad se sumen motivos de ilegalidad". Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, *Op. Cit.,* nota 435, p. 71.

a la Administración a resolver en base a éste, por lo que no estamos, en ningún caso, ante una petición graciable.[13]

Tratándose de motivos de legalidad, no hay duda de que serán oponibles, en principio, cualquier tipo de motivos que determinen la invalidez, bien sean de nulidad de pleno derecho o anulabilidad. Nada impide, no obstante, que el ordenamiento jurídico pueda establecer que un determinado recurso sólo podrá basarse en determinados motivos, lo que permite distinguir entre recursos ordinarios (esto es, aquellos que no tienen tasados los motivos de impugnación) y extraordinarios (esto es, aquellos en los que sólo se pueden alegar determinados vicios fijados por el ordenamiento jurídico).[14]

No obstante, el recurrente no podrá basar la impugnación en aquellos vicios o defectos que el mismo haya causado.[15]

2. Fundamento de los recursos administrativos

El recurso administrativo es una institución con la que se persigue una triple finalidad. En primer lugar, es una garantía para la defensa de los derechos de los ciudadanos, en cuanto va a permitir a éstos reaccionar contra aquellos actos administrativos con los que estén disconformes. En segundo lugar, son un mecanismo de control de la actividad de la Administración, pues a través de ellos se opera una revisión de la legalidad de la misma. Por último, en tercer lugar, operan como un privilegio procesal de la Administración, pues van a permitir que ésta, antes de verse demandada, cuente con una posibilidad de reconsiderar sus actuaciones.[16]

13 Como señala Martín Mateo, los "recursos deberán basarse, con carácter general, en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad (...). No se trata, pues, de solicitar decisiones graciables, sino de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en las leyes. Por ello se diferencia netamente del ejercicio del denominado derecho de petición". Martín Mateo, Op. Cit., nota 125, p. 311.

14 Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Op. Cit*., nota 810, p. 224.

15 Morell Ocaña, Op. Cit., nota 495, p. 421. Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Op. Cit*., nota 810, p. 222.

16 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 628. Arrien Somarriba, *Op. Cit*., nota 370, pp. 5-6.

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.[17]

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,[18] que tiende más a defender con terquedad sus posi-

17 García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, *Op. Cit*., nota 113, p. 515. Parada Vázquez, José Ramón, *Op. Cit*., nota 240, p. 696.

18 Como señalan García De Enterría y Fernández Rodríguez, "los recursos administrativos se interponen ante y se resuelven por la propia Administración, que reúne por ello en este caso la doble condición de juez y parte". "*Nemo iudex in causa sua*. Nadie puede ser juez en sus propios asuntos, o dicho de otro modo, a nadie puede reconocerse la condición de verdadero juez cuando decide sobre su propia causa. Es cierto que la resolución de sus recursos administrativos se realiza a través de unos trámites y de unas formas con figura de juicio, es cierto, también que, en ocasiones, la semejanza externa entre el procedimiento de ciertos recursos administrativos y el proceso es muy notable (...); es cierto, en fin, que cada vez es más acusada la <<procesalización>> de la normativa aplicable a los recursos administrativos; pero por mucha que sea la semejanza externa de los procedimientos, siempre faltará un elemento decisivo a la hora de definir y configurar una jurisdicción verdadera y propia: la neutralidad e independencia del órgano llamado a decidir la controversia". García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez,

ciones, que a indagar si se ha llevado a cabo una aplicación correcta y adecuada del ordenamiento jurídico.[19]

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.[20]

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.[21]

Op. Cit., nota 113, p. 517. En la misma línea, señala Santamaría Pastor que "la utilidad de los recursos para los ciudadanos es muy escasa, dado el mínimo porcentaje de los mismos que terminan dando satisfacción a sus pretensiones: no se trata sólo del hecho de que, en ellos, la Administración ostente simultáneamente la condición de juez y parte, por lo común, el estudio y la preparación de la resolución de los recursos se encuentra confiado a órganos y funcionarios carentes de autonomía funcional alguna, estrechamente dependientes de las autoridades cuyos actos se fiscalizan, lo que lleva, de modo inevitable, a la desestimación de la inmensa mayoría de las impugnaciones". Santamaría Pastor, *Op. Cit.*, nota 446, p. 601.

19 De Asís Roig, *Op. Cit.*, nota 517, p. 632.

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

21 Señala al respecto Santamaría Pastor que "un sistema de este tipo se encuentra justificado en la medida en que sea ejercido por órganos independientes, que actúen de manera eficaz y sistemática, de forma que los autores de los actos impugnados se sientan realmente controlados en su cumplimiento de la legalidad"; "sin embargo, (...) los órganos que resuelven efectivamente los recursos no gozan de independencia real, lo que lleva a que las resoluciones normalmente confirmen los actos

Aunque no han faltado tampoco voces en su defensa,[22] la combinación de estos factores ha determinado una auténtica crisis del recurso administrativo, en el que apenas puede percibirse su carácter garantizador y de control de la legalidad, para convertirse en un privilegio procedimental, cuyo único efecto es en la mayor parte de los casos dificultar el acceso a la verdadera tutela judicial, que es la que ofrecen los tribunales de lo contencioso-administrativo.[23]

La doctrina demanda, por ello, 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 re-

---

impugnados; y, por lo demás, la extrema abundancia de recursos que se plantean, muy superior a los medios humanos de que la Administración dispone para resolverlos, hace que un importante porcentaje de recursos no se resuelvan expresamente, con lo que su fin institucional de autocontrol queda totalmente obviado". Ibídem, Págs. 601-602.

22 Así, Arozamena Laso considera que "esta situación no debe llevar a una consideración de la vía administrativa de los recursos como una simple limitación o restricción del acceso a los tribunales ni, mucho menos, a proponer su desaparición. Se trata de una garantía limitada quizás pero que sobre todo en determinados ámbitos, y a falta de estudios rigurosos en este campo, no deja de ofrecer supuestos de respuestas favorables –e indudablemente más rápidas y menos complicadas y costosas que las jurisdiccionales- a las pretensiones de los administrados. Creo que hoy no es acertado ni exacto atribuir a la Administración, en sus distintas vertientes, una cerrazón absoluta a resolver los recursos administrativos y que las respuestas total o al menos parcialmente estimatorias de los recursos administrativos no son extrañas, inencontrables y, en cualquier caso, al resolver los recursos –otra cosa son los supuestos en que la Administración ni siquiera resuelve- la hace facilitando al administrado justificación del acto y, en su caso, al órgano judicial que haya de conocer el posterior recurso contencioso-administrativo, una argumentación jurídica más allá de la pura presunción de legalidad de la actuación administrativa y también algo más explícita que el simple acto administrativo". Arozamena Laso, "Recursos administrativos", en Pendás García (Coord.), *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Barcelona, Praxis, 1993, p. 710.

23 Señala De Asís Roig que el recurso administrativo aparece "más como un mero retraso de la verdadera tutela jurídica, que es la judicial, que refuerza de forma injustificada la posición de privilegio de la Administración". De Asís Roig, *Op. Cit*., nota 517, p. 633.

curso administrativo, o si prescindiendo de éste, acude directamente a la Jurisdicción contenciosa en tutela de sus derechos.[24]

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,

24 En tal sentido, García De Enterría y Fernández Rodríguez que consideran que la "utilización de la vía administrativa de recurso debería ser opcional para los afectados por el acto administrativo (...) a los cuales correspondería valorar en exclusiva la conveniencia o no de agotar las posibilidades de arreglo de sus diferencias antes de acudir a la vía, indudablemente más costosa, del proceso. Nuestra opinión fue siempre netamente favorable a la eliminación del carácter de carga que los recursos administrativos tenían (...), de forma que su configuración respondiera exclusivamente a la idea de garantía, susceptible de ser utilizada a voluntad por los interesados, a los que debería dejarse resueltamente expedito el acceso a los Tribunales en el caso de que estuvieran dispuestos a impetrar directamente esta garantía, única objetiva, sin privarles tampoco de apurar las posibilidades de obtener una solución de la propia Administración recurriendo primero ante ésta, si estimaban esta alternativa más conveniente a sus intereses". García De Enterría, Eduardo, y Fernández Rodríguez, *Op. Cit*., nota 113, p. 520. También González Navarro, que destaca que "<<la necesaria revisión en vía administrativa>> se ha convertido en una trampa para el interesado y en un medio de retrasar su acceso a esa <<justicia judicial plenaria>> a la que tiene derecho y que resume la esencia del Estado de derecho". "Y, como esto no es bueno de ninguna manera, porque comportamientos de esta jaez hacen perder la fe en el Estado de derecho, somos muchos los que pensamos que hay que abreviar al máximo la vía administrativa, para lo cual el recurso administrativo debería ser configurado siempre como un remedio puramente potestativo". González Navarro, *Op. Cit*., nota 448, p. 1181, nota 1. González Pérez considera que la "configuración del recurso administrativo como presupuesto procesal carece de sentido. Bien está que se admita la posibilidad de acudir al recurso administrativo cuando exista alguna esperanza de que, a través de él, las Administraciones públicas abandonen su terquedad tradicional; pero no obligan en todo caso a la interposición". González Pérez y González Navarro, *Op. Cit*., nota 373, p. 2283. Santamaría Pastor solicita "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". Santamaría Pastor, *Op. Cit*., nota 446, p. 602.

de las que no se puede prescindir sin más (control interno, descarga de la jurisdicción contenciosa...).[25]

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 indirectamente, mediante el nombramiento de peritos.[26]

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.[27]

Por último, en tercer lugar, es una vía esencialmente gratuita, en la que no se necesita de asistencia letrada, frente a la onerosidad de la siempre más costosa vía judicial. Eso lo hace mucho más adecuado para la tutela de muchas pretensiones, e imprescindible en otras,

25 En tal sentido Sánchez Morón, que se muestra contrario a convertir en todo caso los recursos administrativos en facultativos, "pues, aparte de su función de garantía, pueden jugar un papel en el control interno de la Administración o de unas Administraciones sobre otras (en el caso de las llamadas alzadas impropias) sin contar con los beneficios indirectos que pueden reportar al buen funcionamiento de la garantía jurisdiccional, en cuanto que contribuyan a reducir la saturación de procesos en esta sede". Sánchez Morón, *Op. Cit.*, nota 1029, p. 323.

26 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 630. Arrien Somarriba, *Op. Cit.*, nota 370, pp. 5-6.

27 De Asís Roig, Op. Cit., nota 517, p. 630. Arrien Somarriba, *Op. Cit.*, nota 370, p. 5

como las cuestiones de menor cuantía, que difícilmente van a plantearse en vía judicial dado los costes que ocasiona.[28]

Esta importante funcionalidad que deben cumplir los recursos administrativos demanda su rehabilitación, para lo que es preciso remover los obstáculos que impiden su efectividad.[29]

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.[30]

3. Suspensión

La interposición de los recursos administrativos no suspende la ejecución del acto, pero la autoridad que conoce del recurso podrá acordarla de oficio o a petición de parte, cuando la misma pudiera causar perjuicios irreparables al recurrente (art. 42 LPE).

Esta breve y restrictiva referencia a la suspensión, que deja además un margen excesivo al juzgador,[31] es la única regulación que se establece en el ámbito de los recursos administrativos en orden a la posibilidad de adoptar medidas cautelares. Dicha medida debe ser in-

28 Como señala De Asís Roig, ello "hace del recurso administrativo un elemento a veces interesante, otras veces imprescindible – como es el caso de resoluciones de escasa cuantía–, para que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos sin el riesgo y los costes económicos que tiene la impugnación jurisdiccional". De Asís Roig, *Op. Cit.*, nota 517, p. 630. En la misma línea, Arrien Somarriba, *Op. Cit.*, nota 370, p. 5.

29 De Asís Roig, *Op. Cit.*, nota 517, p. 634.

30 En la misma línea Santamaría Pastor, que solicita "un reforzamiento de la eficacia e independencia de criterio de los órganos encargados de su resolución, que los haría efectivamente útiles tanto para los ciudadanos como para la Administración". Santamaría Pastor, *Op. Cit.*, nota 446, p. 602.

31 En tal sentido, Arrien Somarriba critica "la alta discreción que se le otorga al órgano responsable para apreciar el perjuicio irreparable que podría sufrir el recurrente, es decir que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado que se agrava al ser el mismo funcionario que emitió el acto administrativo el facultado para suspenderlo". Arrien Somarriba, *Op. Cit.*, nota 370, p. 37.

terpretada de forma amplia, con base en el derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos que vimos en su momento.

4. Clases de *recursos administrativos*

Existen dos tipos de recursos administrativos: Recurso de Revisión en Vía Administrativa y Recurso de Apelación en Vía Administrativa.

Recurso de Revisión en Vía Administrativa es, según establece el art. 2. 15 LJ, "el reclamo que se interpone ante el propio órgano que hubiere dictado el acto administrativo para que lo revise y resuelva él mismo".

Nótese que se trate de un tipo de recurso que va a resolver el mismo órgano que dictó la resolución que impugnamos. Eso va a hacer difícil, como es fácilmente deducible, su apreciación, pues supone volver a presentar a una misma persona la misma cuestión que antes resolvió de forma negativa. No obstante, sirve como una vía que permite reconsiderar sus decisiones al órgano que las dictó, lo que puede resultar especialmente útil en los casos en que no tuvo presente determinados datos o cometió un error de apreciación del que puede apercibirse al enjuiciar el recurso.

Se puede encontrar ejemplos de recurso de revisión en el art. 40 LM.

Al recurso de revisión se deben asimilar los supuestos en los que la legislación específica contempla recursos que deben ser interpuestos y resueltos ante el mismo órgano que dictó la resolución, aunque se les de otra denominación. Así, el art. 126 LCAM habla de recurso de reposición.[32]

Recurso de Apelación en Vía Administrativa es "el reclamo que se interpone en contra del acto administrativo ante el órgano que lo dicto, con el objeto de que la impugnación sea resuelto por la autoridad superior de dicho órgano" (art. 2. 16 LJ).

32 Establece el art. 127 LCAM que la "resolución íntegra y su notificación deberán prevenir a la persona notificada que en caso de no estar de acuerdo con la resolución, tendrá el término de diez días calendario, después de notificarlo, para interponer el recurso de reposición ante la misma Comisión".

En este caso, aunque el recurso lo interponemos ante el mismo órgano que nos dictó el acto, no lo resuelve éste, sino su superior.[33] Esto da en principio mayores posibilidades de apreciación, pues es un órgano diferente al que dictó la resolución. Si bien, no debe olvidarse que no deja de ser su superior y, por tanto, un órgano vinculado al que dictó la resolución, por lo que tampoco suele ser muy frecuente la apreciación de este tipo de recursos.

No existe disposición alguna que limite las causas de impugnación, por lo que debemos entender que ambos recursos (Recurso de Revisión en Vía Administrativa y Recurso de Apelación en Vía Administrativa) son recursos ordinarios, en los que podrá hacerse valer cualquier causa con fuerza invalidante, bien sea determinante de la nulidad de pleno Derecho o de la anulabilidad.

Podemos encontrar ejemplos de recursos de apelación en el art. 64 LSC y en el art. 40 LM.

5. Procedimiento

Faltando en su mayor parte la regulación del procedimiento administrativo en vía de recurso, apenas si podemos hacer un breve esbozo, basándonos en las pocas referencias legales existentes y en criterios de lógica jurídica, que nos permiten fijar un conjunto de trámites que deben o pueden tener cabida a lo largo del mismo.

En sustancia, se aplicarán las reglas generales de tramitación que hemos visto al estudiar el procedimiento administrativo en general, pues, en último término, un recurso administrativo no es otra cosa que un determinado tipo de procedimiento administrativo.[34]

33 Así, por ejemplo, contra las resoluciones dictadas por la Comisión Disciplinaria prevista en el art. 48 LSC, cabe Recurso de Apelación ante el Comité de Conciliación institucional (art. 52 LSC).

34 Como señala Sánchez Morón, "los recursos administrativos son procedimientos administrativos de segundo grado o de tipo impugnatorio. Esta precisión es importante porque, al fin y al cabo procedimientos administrativos (y no cuasijurisdiccionales como se consideran en épocas ya lejanas), se les aplica supletoriamente el régimen general del procedimiento, a falta de preceptos específicos que regulen sus diferentes trámites". Sánchez Morón, *Op. Cit.*, nota 1029, p. 331.

A. *Iniciación*

El recurso de Revisión en Vía Administrativa deberá interponerse en el término de quince días hábiles a partir del siguiente al de la notificación del acto (art. 39 LPE), mediante un escrito en el que se deberá expresar el nombre y domicilio del recurrente, el acto contra el que se recurre, los motivos de la impugnación y el lugar para notificaciones (art. 40 LPE). Junto con dicho escrito es conveniente adjuntar una copia para el recibido que acredite su interposición.[35]

El Recurso de Apelación en Vía Administrativa se interpondrá en un término de seis días desde la notificación del acto ante el órgano que lo dictó, que lo deberá de remitir junto con su informe al superior jerárquico en un término de diez días (art. 44 LPE).

No establece la LPE los requisitos que debe cumplir el escrito de interposición, por lo que parece que será aplicable a este recurso lo que el art. 39 LPE dispone para el Recurso de Apelación, lo que incluye la conveniencia, como ya apuntamos para este recurso, de aportar una copia para el recibido.

Algunas normativas específicas establecen plazos diferentes. Así, en lo que se refiere al recurso de revisión, el art. 40 LM establece que el recurso de revisión contra los actos del Alcalde se deberá interponer en el plazo de cinco días hábiles más el cómputo de la distancia.

También se establecen, en ocasiones plazos específicos para algunos recursos de apelación. Así, el art. 64 LSC establece para el recurso de apelación en él regulado un término de tres días hábiles. El art. 40 LM establece que el plazo para interponer recurso de apelación contra los actos del alcalde ante el Concejo Municipal será de cinco días hábiles más el cómputo de la distancia.

Parece que debe entenderse que prevalecen estos plazos respecto a los generales recogidos en la LJ, en cuanto constituyen norma especial que no queda derogada por la norma general. Se trata, no obstante, de otro efecto nocivo derivado de la falta de una norma general de procedimiento administrativo, que debería uniformar en los aspectos esenciales las normas reguladoras de los procedimientos administrativos, lo que comprende, sin duda, los plazos para la interposición de los recursos administrativos.

En cualquier caso, parece que de momento debemos entender que los plazos establecidos en la LJ deben considerarse como meramen-

35 Arrien Somarriba, *Op. Cit.*, nota 370, p. 37.

te subsidiarios y aplicables, por tanto, sólo en defecto de norma específica al respecto.

En cuanto al cómputo de dichos plazos, debe entenderse que comienza desde la notificación o publicación del acto, pues entender otra cosa sería gravemente lesivo para los derechos de los ciudadanos, que no podrán por motivos obvios interponer el recurso hasta que tengan noticia de la existencia del acto, mediante la oportuna notificación o publicación. Solución que ratifica el art. 40 LM, que se pronuncia en dicho sentido.

Estos plazos nos parecen excesivamente exiguos. Una parte de la doctrina crítica, además, la mayor amplitud que se otorga a la Administración para emitir su informe, que sitúa al administrado en una desventaja comparativa,[36] que se ve agravada por el hecho de que la Administración pueda formular su informe a la vista del recurso del administrado, mientras que éste no podrá ver el expediente. Compartimos esta argumentación y, como el autor que la formula, entendemos que dicha solución debería resolverse mediante la articulación de un trámite de audiencia que permita al administrado defenderse desde el conocimiento de lo alegado por la Administración en el informe.[37]

Entendemos que debe considerarse, aunque la ley no lo diga, que junto al informe se deberá remitir al órgano encargado de resolver el expediente administrativo, pues en caso contrario no tendría más criterio para resolver que aquello que el administrado le indique en

36 Arrien Somarriba señala que "se otorga nuevamente un privilegio de la Administración Pública, ya que mientras el administrado sólo tiene seis días para recurrir, el órgano administrativo tiene díez días para rendir su Informe. Considero que se debería de ampliar el primer término y disminuir el segundo, debido a que el funcionario público ha podido acompañar el trabajo de elaboración del informe junto a la concreción de la resolución administrativa". Arrien Somarriba, *Op. Cit.*, nota 370, p. 39.

37 En tal sentido Arrien Somarriba, que destaca "la disparidad en la que se coloca al administrado respecto al órgano administrativo, ya que mientras el administrado interpone su recurso de apelación en base a la resolución administrativa del recurso de revisión, no lo hace en base al razonamiento, motivación o pretensiones jurídicas que podría tener el informe del órgano inferior. Y es que la ley 290 no hace ninguna referencia a una posible ampliación de recurso de apelación en base al informe del inferior. En este punto surge un interrogante: ¿Por qué no pensar en regular un trámite de audiencia de las partes dentro del procedimiento del recurso administrativo de apelación?". Ibídem, p. 39.

su recurso y lo que le indique el órgano que dictó el acto en el informe. Conclusión inaceptable, pues es al superior jerárquico al que le corresponde resolver el recurso, lo que requiere indefectiblemente un análisis propio y personal de los elementos en base a los que se va a tomar la resolución, que sólo puede tomarse mediante la consulta directa del expediente.

B. *Legitimación*

No presenta particularidades, debiéndose aplicar las reglas generales y entender que la tienen los titulares de derechos subjetivos y de intereses legítimos que se vean afectados por la resolución que se va a dictar en el mismo.

Únicamente debe precisarse que no es preciso haber sido interesado en el procedimiento administrativo en que se dictó el acto impugnado para tener esa legitimación, basta con el simple hecho de ser titular de derechos subjetivos o intereses legítimos afectados, con independencia de la actitud que se tuviera respecto a ese procedimiento administrativo previo.[38]

Si se conoce la existencia de terceros interesados distintos del recurrente, deberán ser avisados de la interposición del recurso, dándoles la oportunidad de personarse en el mismo para defender su posición.[39]

C. *Instrucción*

Debe notarse que el recurso trae causa de un procedimiento administrativo previo, en el que se dictó el acto que se impugna, lo que determina que la actividad de instrucción sea normalmente bastante reducida, pues se operará sobre la base de los datos existentes en el procedimiento administrativo.[40]

38 González Pérez y González Navarro, *Op. Cit.*, nota 373, p. 2290.

39 Santamaría Pastor, *Op. Cit.*, nota 446, p. 604.

40 Como señala González Pérez, en "el procedimiento de recurso la actividad de instrucción suele ser mínima. Presuponiendo un acto que se impugna, que ha sido dictado en un procedimiento en el que, a su vez, ha existido una instrucción, en el que se han aportado los datos necesarios para la decisión, al revisarse el acto se operará sobre los datos del expediente en que se dictó". González Pérez y González Navarro, *Op. Cit.*, nota 373, pp. 2324-2325.

Esto no impide, no obstante, que el órgano judicial pueda ordenar la realización de cuantos trámites considere precisos para la debida resolución del pleito, así como aquellos que, siendo adecuados y pertinentes, le soliciten las partes.

Debería considerarse obligatorio la realización de un trámite de audiencia al interesado, que se realizase justo antes de que se dicte la propuesta de resolución, a fin de que el interesado pueda revisar el expediente administrativo y formular las alegaciones y presentar las justificaciones que considere pertinentes en su defensa.

D. *Plazo máximo para resolver*

El plazo máximo para resolver el recurso de Revisión en Vía Administrativa es de veinte días, a partir de la interposición del mismo (art. 42 LPE). Trascurrido ese plazo máximo se producirán los efectos del silencio administrativo, que no existiendo regulación específica, debemos considerar positivo.[41] A favor de esta solución se pronuncia en el ámbito local el art. 40 LM.[42]

El recurso de apelación se resolverá en un término de treinta días, a partir de su interposición, agotándose así la vía administrativa (art. 45 LPE). También en este caso parece que debemos entender que el transcurso de dicho plazo sin resolución producirá, a falta de señalamiento expreso en otro sentido, silencio positivo, por aplicación de la regla general del art. 2. 19 LJ. Así, lo ratifica en el Derecho local, el art. 40 LM.

Debe tenerse en cuenta que la normativa específica establece en muchas ocasiones plazos diferentes, que parece debemos considerar, como ya vimos que ocurría con los plazos de interposición, como normas especiales, no afectadas por la norma general, que queda así como una norma subsidiaria aplicable sólo a falta de disposición específica. Debemos reiterar, no obstante, una vez más la necesidad de una normativa unificadora, que acabe con esta perniciosa diversidad, que convierte el ordenamiento jurídico de Nicaragua en un auténtico caos.

41 Arrien Somarriba, *Op. Cit.*, nota 370, p. 38.

42 Concretamente establece que los "recursos interpuestos y no resueltos en los términos establecidos (...) se entenderán resueltos a favor de los recurrentes".

Se puede citar como ejemplo, en lo que se refiere al recurso de revisión, el art. 40 LM, que establece un plazo máximo de treinta días para los recursos de revisión contra actos del alcalde y de cuarenta y cinco días cuando vaya dirigido contra actos del Consejo Municipal.

En conjunto, la regulación del plazo máximo para resolver nos parece totalmente inaceptable. Nótese que a diferencia de lo que ocurre con el Recurso de Revisión, en el de Apelación la resolución del asunto corresponde al órgano superior que, en buena lógica, desconoce los pormenores del asunto, de los que no tendrá noticia hasta que no reciba el expediente del procedimiento administrativo y el informe del órgano que dictó el acto.

El reducido plazo de treinta días, que pueden verse minorados hasta en diez días (que es el tiempo que tiene el órgano que dictó el acto para remitir el informe), puede dejar el plazo máximo de resolución en veinte días, aun suponiendo, que es mucho suponer, que se cumplan los plazos de remisión del informe. Un tiempo claramente insuficiente para estudiar el asunto con la mínima atención, pero que no será más que probablemente superado para evitar que se produzcan los efectos del silencio positivo, por lo que todo parece indicar que el resultado final va a ser la mecánica aceptación de las indicaciones que el órgano inferior realice en el informe, normalmente de carácter denegatorio.

Parece que el legislador nicaragüense parte de la presunción de que va a ocurrir lo que normalmente suele ocurrir en la práctica, esto es, que el superior jerárquico se limite a santificar en su resolución lo que le indique el inferior jerárquico, sin entrar a analizar el asunto, pero esto deja sin sentido este recurso, que pierde todo su valor como garantía del administrado y queda convertido en un burdo obstáculo procesal que retarda la tutela judicial.

E. *Terminación*

Lo normal es que el recurso termine mediante resolución que dé respuesta a lo planteado por las partes, resolviendo sobre el fondo del asunto. Sin embargo, puede también que existan obstáculos que lo impidan, obligando a que termine mediante una resolución que declare la inadmisibilidad del recurso.[43]

43 Como señala González Pérez, la "interposición de cualquier recurso administrativo da lugar al nacimiento de un deber por parte del órgano al que se dirige: dictar resolución expresa. Ahora bien, para que la

Rige respecto a la resolución de recurso la prohibición de *reformatio in peius*, esto es, no cabe agravar la situación inicial del recurrente.[44]

Si bien, obviamente, esto no impide la impugnación de otros sujetos interesados, que pueden solicitar del órgano revisor que dicte una resolución que empeore la situación inicial del otro interesado. En tal caso, no estamos ante una *reformatio in peius*, obviamente, pues el órgano administrativo debe dar tutela a la impugnación de todas los intervenientes en el recurso, resolviendo sobre todas las cuestiones planteadas por éstos.

El fundamento de esta prohibición de *reformatio in peius* debe buscarse en que el recurso administrativo es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. El administrador de un Estado democrático de Derecho tiene la facultad de discrepar con la forma en la que la Administración hace ejercicio de las funciones, lo que permite accionar contra aquellos actos que le perjudiquen, persiguiendo la tutela de sus posiciones jurídicas.

Este planteamiento resultaría ilusorio si la Administración contase con la capacidad de empeorar la posición del interesado ante la disconformidad de éste manifestada en la interposición de un recurso. La resolución que resuelva el recurso no puede, por ello, agravar la posición inicial del interesado, pues esto daría a la Administración un arma feroz para compeler al ciudadano a acatar sus resoluciones sin rechistar, a fin de evitar un mal mayor.[45]

Administración, al resolver un recurso, examine la cuestión de fondo que en él se plantea, es necesario que concurran una serie de circunstancias, no será admisible el recurso; pero no en el sentido de que pueda ser rechazado *a limine* por el órgano ante el que se presente, sino en el sentido de que la resolución declarará la inadmisibilidad, sin entrar en el fondo". González Pérez y González Navarro, *Op. Cit.*, nota 373, p. 2289.

44 Sánchez Morón, *Op. Cit.*, nota 1029, p. 338.

45 Como señala González Navarro, pertrechados "con las solas armas del sentido común parece fácil concluir que la *reformatio in pejus* no puede admitirse. Porque es contra toda lógica que la utilización de una garantía jurídica, como es la del recurso administrativo pueda reportar al interesado, no ya la revisión favorable del acto, ni siquiera, el simple rechazo de la pretensión, sino un agravamiento de la situación alcanzada en primera instancia administrativa. Desde luego nadie puede creer que un comportamiento administrativo de este tipo pueda contribuir a despertar la confianza del administrado en los poderes públicos". González Pérez y González Navarro, Op. Cit., nota 373, p. 1200.

La resolución del recurso deberá ser congruente con las pretensiones planteadas por las partes, lo que implica que se deberá pronunciar sobre ellas. Si bien, como vimos que ocurría con carácter general en los procedimientos administrativos, se deberán solventar también las demás cuestiones que se deriven del expediente, aunque no hayan sido planteadas por las partes.[46]

Lo que no puede hacer en ningún caso la resolución es extenderse a cuestiones nuevas, que no constasen en el expediente, ni siquiera aunque hayan sido introducidas extemporáneamente por las partes en el recurso.[47]

46 Morell Ocaña, *Op. Cit.*, nota 495, p. 423.

47 Sánchez Morón, *Op. Cit.*, nota 1029, p. 338. Como indican Villar Palasí y Villar Ezcurra, en el recurso administrativo no es que "se destruya el principio de la congruencia, extendiendo la facultad resolutiva <<ultra petita>> al margen de las pretensiones de los interesados, sino que ha de ser entendido como norma que autoriza a agotar la temática expresa e implícita en ellas radicada. Por ello, solo ha de aplicarse a cuestiones que, teniendo su base en el expediente, sean consecutivas, interdependientes o complementarias, pues con otra interpretación quedaría desnaturalizado el recurso". Villar Palasí y Villar Ezcurra, Op. Cit., nota 457, p. 234-235.

La presente investigación, *Acto, procedimiento y recursos administrativos en Nicaragua*, auspiciada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, ocupa un lugar importante para el derecho continental europeo y el latinoamericano. El libro, producto de la investigación del profesor español Miguel Ángel Sendin y el profesor nicaragüense Karlos Navarro, trata de una reflexión que toma en cuenta ambos ordenamientos y su utilidad va más allá del ámbito académico y profesional, pues también tiene la intención de incidir en la mejora del ordenamiento administrativo.

ISBN 978-99924-21-28-4

INEJ
Fundado en 1995

23 AÑOS
1995-2018
INEJ