

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS 2010
PLAN DE ESTUDIO 1993**



**LA NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURIDICAS**

PRESENTAN:

**JULIO JONATHAN MARTINEZ DOMINGUEZ
MARIA ANGELA RODRIGUEZ CUELLAR**

**DR. HENRY ALEXANDER MEJIA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2010

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SANCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ANGEL PEREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADEMICO

LICENCIADO OSCAR NOE NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHAVEZ
SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSE HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ
SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DIRECTOR ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DOCTOR HENRY ALEXANDER MEJIA
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

A Dios Todopoderoso que me ha permitido llegar hasta este momento, y me ha ayudado de infinitas maneras a alcanzar esta meta, pues sin su ayuda yo no podría lograr nada por mis propios medios.

A mi familia, quienes han sido un baluarte y apoyo incondicional en mi carrera, brindándome ese apoyo de todas las maneras posibles durante estos 6 años, principalmente por su apoyo espiritual, que ha sido imprescindible en el logro de este triunfo

A mi compañera de tesis, Ángela, por su paciencia, tolerancia y dedicación en la realización de este trabajo, así como también por su apoyo en mis momentos de crisis, y asimismo, por su amistad brindada todos estos años.

A nuestro asesor de tesis, Dr. Henry Alexander Mejía, por habernos brindado parte de su conocimiento y experiencia para una mejor realización de este trabajo, así como también por su paciencia y por brindarnos de su tiempo para resolver nuestras dudas.

Julio Jonathan Martínez Domínguez

AGRADECIMIENTOS

A Dios Padre, Hijo y Espíritu Santo, por ser mi guía, mi ayudador y sustentador, porque a Él debo el éxito en mi vida y en mi carrera, sin Él no hubiese logrado realizar uno de mis mas grandes sueños y porque con Él a mi lado, nada fue imposible.

A mis padres, Aracely Cuéllar y Manuel Antonio Rodríguez por todo su amor y apoyo incondicional a lo largo de mi carrera, por cada una de sus oraciones, por confiar siempre en mí, porque después de Dios han sido y serán mi fortaleza, a ustedes dedico tan grande logro.

A aquellas lindas personas que considero un regalo de Dios para mi vida, con quienes tuve la dicha de compartir los buenos y malos momentos en nuestra carrera que llega a su fin. Y en especial a Erika Recinos, Darío Díaz, Raúl Hernández, Noemy Sánchez, Santiago Jiménez y Julio Martínez, es un placer que formen parte de mi existencia.

A nuestro asesor, Dr. Henry Mejía por compartir sus conocimientos y guiarnos hasta culminar nuestra investigación, por su confianza en nosotros.

María Ángela Rodríguez Cuéllar.

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

CSJ.-	Corte Suprema de Justicia.
JCA.-	Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
LJCA.-	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.
PCA.-	Proceso Contencioso Administrativo.
SCA.-	Sala de lo Contencioso Administrativo.
SSCA.-	Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.
SSC.-	Sentencia de la Sala de lo Constitucional.
C.E.-	Consejo de Estado.
Inc.-	Inciso.
Cn.-	Constitución.
Ord.-	Ordinal.
Amp.-	Amparo.
S.C.-	Sala de lo Constitucional.
ss.-	Siguientes.
Incons.-	Inconstitucionalidad.
Pág.-	Página.
Ref.-	Referencia.
LACAP.-	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.
LOJ.-	Ley Orgánica Judicial.
D.L.	Decreto Legislativo.
D.O.	Diario Oficial.

INDICE

CONTENIDO	PAGINA
INTRODUCCIÓN.....	i
CAPITULO 1	
EVOLUCION HISTORICA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	1
1.1. Introducción.....	1
1.2. Antecedentes Históricos y Evolución de la jurisdicción contencioso administrativa. Derecho comparado.....	2
1.2.1. Origen de la jurisdicción contencioso administrativa.....	2
1.3. Modelos de jurisdicción contencioso administrativa.....	21
1.3.1. Consideraciones previas.....	21
1.3.2. Modelo de Jurisdicción especial administrativa.....	22
1.3.2.1. Jurisdicción especial administrativa independiente de la organización judicial y administrativa.....	23
1.3.2.2. Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos del ejecutivo.....	24
1.3.2.3. Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos judiciales.....	26
1.3.3. Modelos judicialistas.....	27
1.3.3.1. Modelos judicialistas con regulación especial sobre el proceso contencioso administrativo.....	28
1.3.3.2. Modelos judicialistas sin regulación especial sobre el proceso contencioso administrativo.....	30
1.3.4. Modelo adoptado por la legislación salvadoreña.....	31
1.3.5. Evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en El Salvador.....	33

CAPITULO 2

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

SALVADOREÑA.....	36
2.1. Generalidades.....	36
2.1.1. Características del Proceso Contencioso Administrativo...	36
2.1.2. Principios del Proceso Contencioso Administrativo.....	39
2.1.3. Órganos que ejercen la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	46
2.1.4. Objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...	47
2.1.4.1. Actuación Administrativa Impugnable.....	47
2.1.4.2. Actuación Administrativa Excluida.....	64
2.1.4.3. Pretensión.....	70
2.2. Partes en el Proceso Contencioso Administrativo.....	74
2.2.1. Legitimación Activa.....	75
2.2.2. Legitimación Pasiva.....	76
2.2.3. Otros Sujetos Procesales.....	78
2.3. El Recurso Contencioso Administrativo.....	81
2.3.1. Interposición de la Demanda.....	81
2.3.1.1. Requisitos de la demanda.....	81
2.3.1.2. Plazo de Interposición de la demanda.....	83
2.3.2. Medidas Cautelares.....	84
2.3.3. Régimen Probatorio.....	87
2.3.4. Sentencia.....	88
2.3.4.1. Efectos de la Sentencia.....	89
2.3.4.2. Recurso de Aclaración.....	92
2.3.5. Ejecución de la Sentencia.....	93
2.3.6. Suspensión de la Ejecución de la Sentencia.....	95
2.4. Proceso de Lesividad.....	96

CAPITULO 3

NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO.....	99
3.1. Introducción.....	99
3.2. Problemas de funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa.....	99
3.2.1. Antigüedad de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.....	99
3.2.2. La Sala de lo Contencioso Administrativo como único órgano competente en materia contencioso administrativa..	102
3.2.3. Mora judicial en materia Contencioso Administrativa.....	104
3.2.4. Falta de Inmediación y Oralidad en el proceso Contencioso Administrativo.....	106
3.2.5. Aspectos no regulados en la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.....	108
3.2.5.1. Actividad Probatoria.....	108
3.2.5.2. Medidas Cautelares.....	110
3.3. Aspectos a Regular.....	94
3.3.1. Necesidad de la ampliación del ámbito material de la jurisdicción contencioso administrativa.....	113
3.3.2. Interposición del Recurso.....	121
3.3.3. Notificaciones y emplazamiento.....	123
3.3.4. Necesidad de ampliar la tutela cautelar.....	126
3.3.5. Proceso por Audiencias.....	128
3.3.6. Régimen Probatorio.....	129
3.3.7. Sentencia.....	133
3.3.8. Ejecución de la sentencia.....	135
3.4. Aspectos Complementarios.....	137
3.4.1. Creación de Tribunales regionales.....	137
3.4.2. Necesidad de un procedimiento administrativo uniforme..	142

CAPITULO 4	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	144
4.1. Conclusiones.....	144
4.2. Recomendaciones.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	149

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación denominado “La Necesidad de una Nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, ha sido elaborado con el fin de dar cumplimiento al requisito de graduación, para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

Esta investigación se realizó con el fin de constituirse como fuente o antecedente de investigación para futuras generaciones, pues su contenido novedoso intentara explicar y señalar la importancia que reviste la creación de una nueva ley así como la modernización de la jurisdicción contencioso administrativa.

Al comenzar la presente investigación, se definieron ciertas metas a alcanzar, reflejadas en los objetivos siguientes: a) Realizar una investigación científica de carácter socio jurídico en torno a la necesidad de creación de una nueva legislación que modernice el Proceso Contencioso Administrativo para lograr una eficacia total en la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados; b) Estudiar el origen y la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto a nivel nacional como internacional, con el fin de identificar el modelo adoptado por la legislación salvadoreña; c) Definir los conceptos básicos y generalidades relativas al Proceso Contencioso Administrativo actual, comparándolo con lo establecido en la doctrina, la jurisprudencia y otras legislaciones; d) Identificar las dificultades que atraviesa la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto al acceso y la aplicación de la pronta y cumplida justicia en materia contencioso administrativa; y e) Proponer los diferentes aspectos que contendría una nueva Ley de lo Contencioso Administrativo, tanto

sustantivos como procesales y que contemplen las nuevas tendencias doctrinarias en esta materia.

Para lograr los mencionados objetivos, se elaboró una hipótesis general, que se enuncia de la siguiente manera: “La creación de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la transformación del sistema de justicia administrativa repercutirán en una mayor efectividad en el control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa y de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los administrados”. Del mismo modo, se diseñaron hipótesis específicas, que se enuncian de la siguiente forma: “La actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa muestra deficiencias en el cumplimiento de una tutela judicial administrativa”; “La existencia de un solo órgano resolutor en materia Contencioso Administrativa propicia mora judicial”; “El actual PCA resulta obsoleto al no estar acorde con la necesidad de los administrados”; “La implementación de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa armonizada con el derecho procesal administrativo moderno propiciaría un mayor y mejor acceso a la justicia administrativa”; y “La adopción de un nuevo sistema de justicia administrativa agilizaría la tramitación y resolución de controversias administrativas”.

Las anteriores hipótesis permitieron definir una estrategia metodológica, que comprendió las siguientes actividades: 1. Investigación documental que se efectuó para contar con suficiente fundamento doctrinario sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa en general, así como también se consultó la normativa nacional sobre el tema mencionado, la Jurisprudencia Nacional relacionada y Derecho Comparado; 2. Investigación de Campo que se realizó para contar con datos reales sobre la actualidad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en El Salvador.

Es así como el presente trabajo de graduación se conforma de cuatro capítulos, de los cuales el primero de ellos, hace referencia a los orígenes y evolución histórica de jurisdicción contencioso administrativa, estableciendo los diferentes etapas que marcaron su evolución y los diferentes modelos que surgieron a partir de esta.

Posteriormente en el capítulo dos se aborda diferentes generalidades y conceptos básicos de la jurisdicción contencioso administrativa, mediante las cuales se pretende dar a conocer como está estructurada actualmente la jurisdicción contencioso administrativa, según lo establece la doctrina y la misma legislación que regula la materia, así como las líneas y criterios manifestados por la honorable Sala de lo Contencioso Administrativo.

Luego en el capítulo tres, se expondrá las serias dificultades que enfrenta la jurisdicción contencioso administrativa debido a diferentes circunstancias de carácter histórica, sustancial y procesal, para luego establecer si existe o no la necesidad de crear una nueva ley de lo Contencioso Administrativo, delimitando los diferentes aspectos que debería contener esta, y los diferentes aspectos complementarios no relacionados directamente con la ley, que podrían ser modificados.

Finalmente, el capítulo cuatro contiene las conclusiones y recomendaciones, que resultaran de una exhaustiva investigación tanto bibliográfica como de campo, con el fin de optimizar la administración de la justicia particularmente en el área de la jurisdicción contencioso administrativa, explicando la situación problemática.

CAPITULO 1

EVOLUCION HISTORICA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

1.1. Introducción.

Previo al estudio de la temática central del trabajo de investigación es preciso hacer referencia a ciertos aspectos, en un principio, aparentemente secundarios, pero que a la postre resultan esenciales para cumplir con los objetivos trazados en la investigación, siendo uno de estos aspectos los antecedentes generales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en adelante, JCA; dado que es pragmáticamente imposible hacer referencia a los antecedentes en todos y cada uno de los países que reconocen esta jurisdicción, en este capítulo se hará referencia únicamente a los orígenes de esta jurisdicción en los países que han sido los pioneros en relación a esta materia cuyas legislaciones y modelos han sido adoptados en otros países, tal es el caso de Francia, España, Italia, Bélgica, entre otros países.

Posteriormente, y en consonancia con lo planteado al inicio, se expondrán los diferentes modelos de la JCA los cuales se basan en las distintas legislaciones que a lo largo de la historia se han adoptado como el caso de la Jurisdicción especial administrativa independiente de la organización judicial y administrativa o la Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos del Ejecutivo como era el sistema francés en sus inicios.

Por ultimo, luego de tratados estos aspectos en forma general, se abordará específicamente el caso de El Salvador tanto lo relativo a los orígenes de la

JCA como su evolución y el modelo adoptado por esta legislación, haciendo un análisis comparativo previo a realizar una conclusión al respecto.

1.2. Antecedentes Históricos y Evolución de la jurisdicción contencioso administrativa. Derecho comparado.

1.2.1. Origen de la jurisdicción contencioso administrativa.

En el desarrollo de las múltiples actividades requeridas para el cumplimiento de sus deberes, las administraciones públicas pueden lesionar los derechos o intereses de los particulares o de los otros entes públicos. Ello ocurre cuando la administración ha actuado con error o culpa, con violación de normas superiores de derecho, e incluso sin que pueda imputársele acto culposo o ilegal, como, por ejemplo, en los casos de daño ocasionados en la propiedad inmueble con ocasión de un trabajo público. Puede también suceder que la conducta administrativa sea correcta, pero que el particular afectado considere que no lo es y por tal causa, resuelva plantear la reclamación correspondiente ante el órgano jurisdiccional.

En estos eventos que pueden producirse surge una cuestión contenciosa que debe ser resuelta mediante un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales. El estudio de las normas que regulan todo lo relativo al ejercicio de dichas acciones o recursos es el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa¹.

¹ GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL. *Derecho Contencioso- Administrativo Colombiano*. Segunda Edición, Sociedad Colombiana de Abogados, Colombia, 1976. Pág. 47

La organización jurisdiccional y el régimen de las acciones contenciosas originadas por el ejercicio de la actividad administrativa difieren mucho según los países y por ello presenta gran complejidad. Esta circunstancia y el enorme acrecentamiento del interés por el derecho comparado aconsejan iniciar el estudio con una breve reseña de los principales sistemas de control de la actividad de la administración pública en el derecho foráneo.

El análisis de los principales sistemas de control jurisdiccional de la actividad administrativa tiene trascendental importancia como fuente de información, porque permite hacer la confrontación con el sistema vigente en El Salvador, a fin de establecer semejanzas y diferencias.

El estudio de los regímenes contenciosos administrativos extranjeros tiene que comenzar indefectiblemente con el derecho francés, por la extraordinaria influencia que su sistema ha tenido en muchos países, y el papel preponderante del Consejo de Estado en la formación jurisprudencial del derecho administrativo².

Prescindiendo de antecedentes remotos, a los que se refieren buen número de autores, hay que acudir a la época revolucionaria para encontrar los orígenes del sistema de tribunales administrativos, aun cuando para que pueda hablarse propiamente de “tribunales”, es decir, de órganos jurisdiccionales, tengan que transcurrir varios años.

² En palabras de GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL., op. cit., pág. 48. “*La evolución del contencioso administrativo francés es un ejemplo claro de jurisdiccionalización o procesalización de la actividad de unos órganos que empezaron siendo puramente administrativos para llegar a ser jurisdiccionales. En esta evolución suelen ver los tratadistas franceses periodos perfectamente definidos antes de la reforma de 1953, diferenciados por las fechas fundamentales siguientes: año VIII; 1872 para el Consejo de Estado, y 1926 para los Consejos de Prefectura*”.

En un principio, proclamado el principio de división de poderes, se va a interpretar en el sentido de afirmar la independencia de la administración respecto de los órganos judiciales. Con arreglo a las leyes del 22 de diciembre de 1789 y de 16 de agosto de 1970, es imposible deducir pretensión alguna frente a la administración ante los órganos judiciales. Tales reclamaciones solo pueden deducirse ante los propios órganos administrativos; la Ley de 7-14 octubre 1790 y otras posteriores determinaran los órganos administrativos con competencia para conocer de las pretensiones deducidas frente a las autoridades administrativas³.

Este principio, denominado “*independencia de la jurisdicción administrativa de la jurisdicción ordinaria*”, tuvo una razón histórica, hoy en día superada en la cual la doctrina administrativa moderna no insiste para tratar de justificarla: la interpretación del principio de división de poderes producida por la desconfianza de los constituyentes de 1789 hace a los tribunales judiciales en cuanto a su competencia para conocer de los litigios contra la administración, que los llevo inclusive a dictar leyes en las cuales se establecía la prohibición absoluta para los tribunales ordinarios de conocer de dichos litigios o turbar de cualquier manera el funcionamiento de las autoridades administrativas⁴.

La anterior apreciación dogmática desapareció durante el siglo XX, ya que se tuvo en cuenta que:

El control ínter administrativo no garantizaba, en absoluto el respeto absoluto de los derechos que se ven afectados por la actuación pública dada la

³ GONZALEZ PEREZ, JESUS, *Derecho Procesal Administrativo*, Segunda edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. Pág. 279-280.

⁴ GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL., op. cit., pág. 49.

tenencia por parte de la administración (la cual disponía del carácter de juez y parte) de un interés en el modo de resolución del conflicto.

Únicamente la atribución del control jurídico de los actos y disposiciones administrativas a órganos de naturaleza y carácter propiamente judicial garantiza que el desarrollo de la actividad de tutela de los derechos de los ciudadanos se va a producir en un ámbito de imparcialidad.⁵

Dado que por las razones anteriormente expresadas el sistema inicial no ofrecía garantía alguna a los administrados, en el año VIII fue profundamente modificado. Se crearon órganos especiales para conocer de tales reclamaciones aun cuando entre sus facultades no estaban las de decisión; se limitaban a emitir dictamen y la facultad de decisión estaba retenida por los órganos de la administración activa. Surgió así lo que se llama “*jurisdicción retenida*”⁶.

En su origen, pues, el Consejo de Estado francés no ejercía función jurisdiccional propia y se limitaba a presentar proyectos de resolución, a emitir dictámenes, en los asuntos contenciosos que el jefe de estado dictaba en ejercicio de su competencia jurisdiccional. Por su parte los Consejos de Prefectura asistían a los prefectos, como el Consejo de Estado al Jefe de Estado.

Sin embargo en los hechos este sistema resultaba una ficción porque el jefe de estado se limitaba a homologar las resoluciones que proyectaba el

⁵ AYALA, JOSE MARIA, *Manual de Justicia Administrativa*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003. Pág. 128-129.

⁶ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 280.

Consejo de Estado. Esto explica las iniciativas tendientes a transformar la posición del Consejo de Estado, para que ejerciera la función jurisdiccional como competencia propia, que culmina el 24 de mayo de 1872 cuando se expide la ley de esa fecha que consagro definitivamente ese régimen que se ha denominado de “justicia delegada”, Por lo tanto, puede señalarse el año de 1872 como el que marca el nacimiento de la jurisdicción administrativa.

A partir de la citada fecha comienza a desarrollarse vigorosamente la jurisdicción administrativa. El consejo de Estado afirma claramente su competencia como juez administrativo, rechazándose la vieja teoría del *ministro-juez* , extendiendo su competencia a los litigios en que se discute la responsabilidad de los servicios públicos y todas las cuestiones relativas a la organización y funcionamiento de tales servicios, y por otra parte, se legisla sobre consejos de prefectura (ley de 22 de julio de 1889, decreto-ley del 6 de septiembre de 1926, decreto –ley de 5 de mayo de 1935, y decreto de 17 de junio de 1938), especialmente en cuanto hace relación al recurso contencioso administrativo ante ellos.⁷

Que la reforma del contencioso administrativo francés era necesaria es algo comúnmente admitido por la doctrina. La razón decisiva que dio lugar a ella es muy simple: el número extraordinario de asuntos que se tramitaban ante el Consejo de Estado hacía imposible su resolución con la rapidez necesaria. Más expresiva que todas las afirmaciones doctrinales es el propio texto de la exposición de motivos del 30 de septiembre de 1953: “la aplicación de nuevas leyes tales como las del 19 de octubre de 1946 sobre el estatuto de los funcionarios y la del 20 de septiembre de 1948 sobre las pensiones, la intervención del estado en materias cada vez más numerosa, motivan

⁷ GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL., op. cit., pág. 50

actualmente una nueva afluencia de recursos. Eso tiene por consecuencia, por una parte, llevar ante el Consejo de Estado una serie de litigios que no cesa de crecer (15,000 en 1947, 19,000 en 1949, 24,000 a fines de 1953), y, por otra, obligarle a no publicar sus resoluciones más que después de una larga demora, que hace perder mucha eficacia y que puede conducir a veces a una denegación de justicia”.

Ahora bien, es indudable que este hecho, así expuesto, no justifica por sí la reforma, al menos en la forma en que fue realizada; pues si el número de asuntos planteados ante el Consejo de Estado había aumentado considerablemente, para lograr la rapidez deseada quizá hubiera sido suficiente aumentar el número de subsecciones del mismo en vez de trasladar parte de la competencia a los tribunales regionales-como ha hecho la reforma-. Pero si esta posible solución no se adopto, se debe a la necesidad de dejar al presidente de la sección de lo contencioso, para asegurar la unidad de jurisprudencia, el control de todas las decisiones dictadas, lo que limita el número de las decisiones en que podía intervenir.⁸

La reforma también fue vista con desconfianza, puesto que al seguir el Consejo de Estado conociendo en grado de apelación, de los asuntos atribuidos a los tribunales regionales, como quiera que el demandante que ha obtenido una decisión desfavorable en primera instancia no se conformará, normalmente, con ella, en plazo no muy grande el Consejo de Estado se vería inundado de un número de asuntos que, aun cuando inferior al existente en el momento de la reforma provocara una situación bastante análoga a la que se pretendió resolver con la reforma.

⁸ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 282-283.

Fundamentalmente la reforma de 1953, como ya se podrá intuir, consistió en dar competencia a los tribunales administrativos regionales-anteriormente denominados Consejos de Prefectura- para conocer en primer grado de la gran mayoría de las controversias en que tuviera parte la administración pública y en transformar al Consejo de Estado en órgano de apelación para la mayoría de los casos.⁹

La aparición de los textos legales que llevaron a cabo la reforma suscitó una producción bibliográfica extraordinaria: los manuales tradicionales publicaron apéndices dando noticia de la misma; los artículos de revista sobre la misma se multiplicaron, y el número de las obras monográficas destinadas a estudiar especialmente la nueva legislación también fue considerable.¹⁰

Es cierto que una gran parte de la doctrina estimó que la solución adoptada por el legislador constituía la única posible, viéndose esperanzadoramente el porvenir. Pero la verdad es que la inmensa mayoría de autores, incluso los más optimistas, creyeron que la reforma no lograría realmente la celeridad deseada en los procedimientos contenciosos administrativos, por las razones antes mencionadas.

Dada la importancia de la reforma de 1953 era de esperar que su aplicación ofreciera dificultad a la vez que ponía de manifiesto ciertos defectos de la

⁹ GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL., op. cit., pág. 51

¹⁰ Como establece GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 285 *“El hecho no tiene por que considerarse extraño. Lo extraño hubiese sido justamente lo contrario ya que un país de la tradición administrativa de Francia, en el que se considera al contencioso administrativo como una de las garantías fundamentales del ciudadano, tenían que reaccionar profundamente ante una reforma que afectaba a la pieza fundamental del sistema: el Consejo de Estado”*.

misma. De aquí la oportunidad de las reformas posteriores que han venido a completar las disposiciones de 1953.

Sin embargo, lo cierto es que los nuevos decretos fueron algo más. Como mencionan algunos autores, llevan a cabo una verdadera reforma de la totalidad del procedimiento ante los tribunales administrativos.¹¹

Es tal la importancia del sistema contencioso administrativo dentro de Francia, que ha llegado a afirmarse que sin la jurisprudencia del Consejo de Estado no habría derecho administrativo en Francia. Quizá no sea arriesgado afirmar la posibilidad de interpretar dicha frase en su tenor literal. Y, sin embargo, no quedaría resaltado el valor del sistema contencioso administrativo si nos limitásemos a considerar que ha hecho posible una institución creadora del derecho administrativo porque la confianza de los propios administrados en ella ha permitido que su eficacia se extendiera a campos bien distintos, hasta el punto de haberse hablado del Consejo de Estado como guardián de los principios de la Revolución francesa.

Los esplendidos resultados del sistema francés, típico sistema contencioso de un régimen administrativo hizo pensar en la conveniencia de ser trasplantado a buen número de ordenamientos jurídicos no solo de Europa sino de algunos países Árabes y Americanos, habiendo servido de inspirador en la organización de algún organismo de carácter supraestatal, como la Corte de Justicia de Comunidad europea del carbón y del acero que ha sido configurada, en cuanto a competencia y atribuciones, sobre el modelo del Consejo de Estado. El influjo del sistema no se limita a aquellos países que, con más o menos pureza se han inspirado en el sino en aquellos otros que

¹¹ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 287

han adoptado un sistema claramente judicialista no deja de haber corrientes doctrinales que proclaman la necesidad de adoptar un sistema administrativo, corrientes que no dejan de manifestarse en la propia Gran Bretaña pese a su fuerte tradición en sentido contrario.

Sin embargo no hay que dejarse deslumbrar por las excelencias del sistema. Trasplantar en bloque un sistema contencioso administrativo a un país distinto a aquel en que nació, sería sumamente peligroso. Se reconoce el famoso aforismo de Montesquieu de que las leyes están en relación con los principios que forman el espíritu general, las costumbres y la manera de una nación. Si es exacto que las leyes servilmente copiadas de las de otra nación raramente han dado resultado, esto no implica que sea necesariamente vano inspirarse en ellas, adaptándolas al genio de la nación importadora.¹²

Por lo anterior, hay que distinguir lo que en el sistema francés hay de valor universal y lo que en el mismo es elemento contingente.

Lo que en el sistema francés hay de valor universal es la idoneidad del personal que integra los órganos de la jurisdicción administrativa. Que tales órganos estén integrados en la organización administrativa y que sean independientes de la organización judicial es algo puramente contingente, es el resultado de la conjugación de causas muy diversas, entre las que se mezclan fuerzas derivadas de la tradición nacional (como la desconfianza hacia los tribunales que caracterizó la época de la revolución) y hasta gruesos errores de origen conceptual (acerca, como por ejemplo, de la naturaleza de las funciones de control y sobre la correcta interpretación del principio de separación de poderes) lo que equivale a sostener que obedeció

¹² GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 292-293

a razones cuyo sentido se percibe únicamente con relación a la propia Francia. La clave de la eficacia del sistema francés no radica en que los órganos de la jurisdicción administrativa pertenezcan a la misma administración; lo que explica sus resultados es la preparación del personal que integra tales órganos, el número de los órganos jurisdiccionales, la sencillez del procedimiento y la eliminación de aquellos obstáculos- principalmente debidos a la conducta maliciosa de la administración- que se oponen al desarrollo normal del proceso.

Pero si la idoneidad del personal de los órganos de la jurisdicción administrativa constituye principios fundamentales del sistema francés que debe ser adoptado, existen una serie de circunstancias en su regulación que implican la necesidad de que sea vista con grandes reservas cuando sirve de inspiración a la legislación de otros pueblos. No debe olvidarse, que, como fue una creación de la jurisprudencia en su mayor parte en atención a casos concretos nos ofrece una serie de instituciones que aun habiendo prestado en Francia útiles servicios a la justicia administrativa sería absurdo trasplantarlo a otros países, por obedecer su razón de ser a situaciones muy concretas y específicas que las privan de valor general. Por ejemplo, la separación rígida entre plena jurisdicción y anulación y la excepción de recurso paralelo, casi superadas en el propio sistema francés, que han sido trasplantadas a otros ordenamientos jurídicos creando una serie de dificultades procesales innecesarias.¹³

En el caso de España es posible ubicar sus orígenes en la Constitución de Bayona del 7 de julio de 1808 en la que se habla de una jurisdicción administrativa confiada al Consejo de Estado que en la misma se creaba.

¹³ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 295-296

Porque siendo el Consejo de Estado napoleónico pieza fundamental en la organización del estado francés fue trasplantado a la constitución de diversos países sometidos por sus armas.

En dicha constitución se crea un Consejo de Estado calcado del modelo napoleónico: comprendía las mismas secciones, el mismo número de miembros y las mismas atribuciones, estando entre ellas las del ejercicio de la jurisdicción o materia administrativa. Pero la generalidad de la doctrina española no tiene en cuenta este antecedente porque aquella constitución no fue otra cosa que un precepto elaborado por quienes no tenían investidura pública para representar a la nación.

Con anterioridad a los preceptos constitucionales que se acaban de citar, se habían dictado disposiciones que regulaban las impugnaciones de los actos de la administración. En este sentido puede citarse el Real decreto de 20 de diciembre de 1776 de la Real y Suprema Junta de Apelaciones. Después de 1808 se observan, durante la época liberal algunos intentos legislativos en materia contencioso administrativa. Pero la reacción absolutista que significó la vuelta de Fernando VII impidió que se lograra nada en este sentido. Su muerte da lugar a que revivan los intentos de reforma. Y el 25 de marzo de 1834 se publican 6 Reales Decretos; uno de ellos suspendía el Consejo de Estado, que era sustituido por el de Gobierno, los demás suprimían los consejos de Castilla, Indias, Guerra y Marina y Hacienda, creándose, para conocer de los asuntos de que hasta entonces venían conociendo estos consejos, un Consejo Real de España e Indias dividido en siete secciones.¹⁴

¹⁴ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 450-451

En 1837 desaparece este Consejo y como la constitución de esta fecha necesitaba de leyes orgánicas que la completasen, ambas circunstancias hacen pensar en la necesidad de crear tribunales administrativos. En esta situación surgen diversos proyectos, ninguno de los cuales obtuvo la sanción administrativa pero que constituyen antecedentes valiosísimos del régimen que enseguida iba a implantarse.

La influencia francesa que había caracterizado a los proyectos anteriores es la que tiene consagración definitiva en la ley del 2 de abril de 1845 sobre organización y atribuciones de los Consejos Provinciales y en la del 6 de Julio de 1845 sobre el Consejo Real. El procedimiento ante unos y otros se regula por los reglamentos del 1 de octubre de 1845 y 30 de diciembre de 1846, respectivamente.¹⁵

Sin embargo la doctrina de la época, pronto va a mostrarse contraria al sistema de jurisdicción retenida por entender que era peligroso confiar el examen de las pretensiones deducidas frente a la administración a los mismos órganos administrativos. Si el sistema de jurisdicción retenida era defendido por los partidos conservadores, el judicial era el propugnado por los partidos progresistas. Para estos, el principio de división de poderes rectamente interpretado, implicaba la necesidad de que la jurisdicción en materia administrativa se atribuyera a los órganos del poder judicial. Consecuencia de estas ideas es que la revolución de septiembre de 1868 suprimiera la jurisdicción contencioso administrativa y que la primera República disolviera el Consejo de Estado. Dictada la Constitución de 1869

¹⁵ Según GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 454-455 “*Las razones que justificaron aquel sistema eran de tipo político y consistían en una fiel reproducción de las que antes habían alegado los autores franceses: el principio de la división de poderes no permitía que uno de los poderes del estado- el Ejecutivo, en cuyas manos estaba la administración- se sometiera a otro- el Judicial.*”

la Cortes Constituyentes votaron, en 1870 la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los litigios administrativos se confiaron al poder supremo y a las Audiencias.

Si el sistema administrativo de jurisdicción retenida había sido objeto de duras críticas, el judicial tampoco satisfizo a buena parte de la doctrina. De la reforma revolucionaria se dijo que los tribunales civiles, sobrecargados de pleitos, no pudieron resolver los de nueva índole que se le confiaban, sino a costa de trabajo impropio de sus dignos magistrados y no obstante los esfuerzos de estos, con lentitud perjudicial a los intereses del Estado, puesto que las causas administrativas necesitan decidirse pronto, porque en la tardanza suele peligrar el bienestar de todo un pueblo, o de un ramo entero en cuya conservación y mejora se halla la nación interesada.

Como el problema de la jurisdicción contencioso-administrativa seguía conservando su carácter político, y además la experiencia judicial no había sido alentadora, se deshizo por completo la reforma de 1870, volviendo dicha jurisdicción al Consejo de Estado con el mismo carácter de retenida que tuviera antes. Pero la vuelta a este sistema provoco una reacción general. En la opinión de los autores iba prevaleciendo el buen criterio de censurar el sistema de jurisdicción retenida, defendiendo la necesidad de su modificación, a imitación de Francia. Se quería la implantación del llamado sistema de jurisdicción delegada (confiándose a una Sala Especial del Consejo de Estado, aunque en ocasiones debería conocer el pleno), es decir, considerar a los órganos administrativos encargados de resolver los litigios con facultades propias e independientes de la Administración activa, o bien crear los tribunales especiales.

Pese a las críticas que se dirigieron al sistema de jurisdicción retenida después de su restauración, siguió subsistiendo casi catorce años. Pasado

este tiempo se ideó una fórmula de transacción entre los criterios en pugna, consistente en atribuir el conocimiento de las pretensiones administrativas a órganos formados en parte por personal administrativo, y en parte por personal judicial, los cuales ejercerían funciones de jurisdicción delegada. Este sistema que la doctrina designa comúnmente con el nombre de mixto, y su creador con el de armónico, fue el que prevalecía en la ley de 1888, en la que el Tribunal Contencioso Administrativo quedó unido al Consejo de Estado, dependencia que se acentuó después de las reformas hechas en 1882 y 1884.

En la época denominada *de la dictadura* se dio una regulación distinta al contencioso administrativo, en referencia a actos de las entidades locales y en el ámbito central implicó un retroceso en esta materia, señalándose como ejemplo, casos en que el gobierno podía acordar la suspensión de sentencias y admitió la posibilidad de que no se indemnizara al perjudicado por la suspensión.

Luego de varios periodos donde la materia se reguló de igual manera pero con diferentes reglamentos, es hasta 1956 que se adopta una nueva ley, la cual viene a reformar el sistema denominado armónico. Supuso un paso decisivo en la estructuración de un régimen de garantías del administrado y del sometimiento de la administración pública al derecho reconociendo el carácter procesal de esta materia.¹⁶

A partir de esta ley, en España no existen como en Francia tribunales judiciales y administrativos. Los tribunales son únicamente judiciales. Esta ley confía la jurisdicción contencioso administrativa a dos tipos de órganos: los

¹⁶ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 467.

de la esfera central y los de la esfera local o territorial. A ellos se añade un órgano especial para los supuestos de revisión.¹⁷

Entre los países anglosajones destaca el modelo inglés. El principio tradicional del derecho inglés ha sido siempre que la administración está sometida al control de los tribunales ordinarios en la misma forma de los particulares. Paralelamente prevaleció la opinión de que no existía un derecho administrativo.¹⁸ Este sistema era conocido como *Rule of Law*; pero a medida que la administración fue creciendo y su intervención era cada día mayor en todas las esferas sociales, el sistema tradicional inglés no respondía a las nuevas necesidades.¹⁹

A fines del siglo pasado esa situación ya había evolucionado y actualmente no cabe duda sobre la existencia de un derecho administrativo, regulador de las actividades cada vez más amplias de la administración nacional, es decir, de los Ministerio de la Corona. Al mismo tiempo se han creado comisiones o tribunales administrativos con funciones judiciales o cuasijudiciales, o incluso se les atribuyeron tales funciones en algunos casos a los propios ministros, con o sin recurso ante los tribunales judiciales.

Estas comisiones o tribunales administrativos son órganos de la administración pública (sistema de justicia retenida, como en el derecho

¹⁷ DIEZ, MANUEL MARIA, *Derecho Procesal Administrativo: Lo Contencioso Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983. Pág. 422

¹⁸ Como menciona GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL., op. cit., pág. 63-64 “*Esto era relativamente exacto en el siglo pasado, porque no había una verdadera administración nacional con cometidos amplios y la mayor parte de las actividades administrativas se hallaba a cargo de las entidades locales que se consideraban personas de derecho privado y sometidas al control judicial al igual que los particulares.*”

¹⁹ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 367-368.

francés en los comienzos), y aun cuando habitualmente se le denomina tribunales administrativos, no deben confundirse con los tribunales judiciales que en el derecho inglés se denominan Cortes (*Courts*).

Esas comisiones o tribunales administrativos tienen funciones muy diversas, pues ejercen, como se ha dicho, funciones judiciales, cuasijudiciales o administrativas, o unas y otras simultáneamente. Sus decisiones en ocasiones son impugnables ante los tribunales ordinarios y otras veces no lo son. No siempre es fácil establecer la diferencia entre esas diversas atribuciones; pero resulta claro que solo cuando dichas comisiones o tribunales ejercen verdaderas atribuciones judiciales, pueden estimarse que constituyen tribunales contenciosos administrativos especiales.

Los tribunales judiciales, por su parte, tienen competencia genérica para conocer de los litigios con la administración, salvo los casos en que la competencia ha sido atribuida expresamente a un tribunal de la administración con exclusión de todo recurso judicial. Cuando el litigio se refiere a entes locales o servicios locales descentralizados, no surgen dificultades por que dichas administraciones han sido consideradas- y aun lo son- como personas morales privadas y rigen para ellas las normas legales generales.²⁰

La ley fundamental en Inglaterra, en esta materia es la *Crown Proceedings Act* de 1947, que abolió la inmunidad gubernamental. Entre los avances legislativos deben resaltarse el *Tribunal and Inquiries Act* creando el *Council on Tribunals*, y el *Parliamentary Commissioner Act* de 1967 estableciendo una comisión parlamentaria (*ombudsman*) para ocuparse de reclamos por mala

²⁰ GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL., op. cit., pág. 64

práctica administrativa. La diferencia entre sistemas anglosajón y francés ha venido a consistir esencialmente en la especialización o no del órgano sin que puedan señalarse diferencias en lo fundamental.²¹

En Latinoamérica es importante señalar la evolución de esta materia en caso de Argentina. La influencia de la legislación española es casi nula en esta materia. La concentración de todo el poder en el rey, la facultad virreinales y la amplia competencia del Consejo de Indias no podía favorecer el desarrollo de un derecho local de control administrativo. El concepto de separación de poderes era ajeno a la ideología prevaleciente. Recién a partir de la revolución de mayo, las ideas de la revolución francesa influirían para la adopción gradual del principio de separación de poderes del estado. Desde la época colonial hasta la actual, pasando por el periodo de la legislación intermedia y de la organización constitucional en materia de justicia administrativa se ha instituido un sistema judicialista atenuado.²²

Cabe resaltar que la República Argentina es un estado federal; de allí que haya administración y justicia nacionales y administración y justicia provinciales. El control de la administración nacional es judicial con sistema de unidad de jurisdicción y tendencia a la especialización. Según la materia, conocen los tribunales en lo federal y contencioso administrativo, los tribunales en lo penal económico, los tribunales del trabajo, y otros en ciertas materias.

²¹ DIEZ, MANUEL MARIA., op. cit., pág. 421

²². Añade DIEZ, MANUEL MARIA., op. cit., pág. 28-32 *“El reglamento de división de poderes de 1811 consagra la intervención genérica de los jueces ordinarios en todos los asuntos judiciales, incluidos los vinculados a funcionarios públicos. Así mismo las constituciones de 1819 y 1826 disponían que la Corte de Justicia conocería de las causas contra el poder ejecutivo y es así como la constitución actual recogió estos antecedentes y consagro el sistema de control judicial de la administración”*.

El control de la administración provincial es también de carácter judicial siendo de regla que se asigne competencia en lo contencioso administrativo a los tribunales superiores o Corte Suprema de cada provincia.²³

Por último, es preciso mencionar la experiencia mexicana. La justicia administrativa en México tuvo un avance considerable a mediados del siglo pasado cuando Don Teodosio Lares, influenciado por la legislación francesa, y en especial inspirado en la existencia del Consejo de Estado, formuló un proyecto de Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, el cual fue aprobado por el Congreso de la Unión el 25 de mayo de 1853, motivo por el cual se conoció como la “Ley Lares”. Dicha ley provocó escándalo en los medios jurídicos nacionales de esa época y cuando fue impugnada ante la justicia federal se declaró inconstitucional porque la existencia de un tribunal administrativo implicaba la reunión de dos poderes, el ejecutivo y el judicial en una sola persona, el presidente de la república en materia administrativa lo cual era violatorio al principio de separación de poderes consagrado en la Constitución.

Una vez declarada inconstitucional, la justicia administrativa se manejaba por los tribunales de la Federación. En 1927 se promulgó la Ley de Tesorería de la Federación la cual establecía un juicio de oposición en contra de reclamaciones fiscales que se sustanciaba ante el juzgado de distrito de la jurisdicción del opositor. Por virtud de lo anterior, en 1936 se entregó la justicia administrativa a tribunales ordinarios al crearse el tribunal fiscal de la Federación, en la Ley de Justicia Fiscal de fecha 27 de agosto de 1936. Esta tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1938, y al día siguiente, entró en vigor el Código Fiscal de la Federación que recogió el contenido de la

²³ DIEZ, MANUEL MARIA., op. cit., pág. 27-28

anterior ley e incorporó todo lo relativo a la materia tributaria. Este nuevo código fue derogado el 31 de marzo de 1967 y en el 19 de enero de 1967 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el nuevo Código Fiscal de la Federación. Si bien no constituía un avance extraordinario se considera que en este se reestructuró el anterior, al asumir un carácter estrictamente judicial y se eliminaron las normas relativas a la organización del tribunal fiscal las cuales se consignaron en la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Organización.²⁴

La importancia inicial del Tribunal Fiscal de la Federación era exclusivamente en materia tributaria pero con el tiempo se fue ampliando al agregarse la posibilidad de conocer sobre problemas de naturaleza administrativa, siendo por tanto en el orden federal, el único tribunal de justicia administrativa que se encargaba de aplicarla, quedando inexplicablemente todavía fuera del control de los tribunales de lo contencioso administrativo áreas administrativas de la competencia federal como son la de comunicaciones y transportes, de comercio, industria, gobernación y otras. Es hasta el 3 de diciembre de 1999 que a través de la tesis de jurisprudencia 139-99 se le otorgó competencia total en materia administrativa siendo competente para conocer de impugnaciones de recursos administrativos, por medio del juicio contencioso administrativo. Y en el 1 de enero del año 2001 entraron en rigor una serie de reformas a diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación que le cambiaron su denominación llamándose ahora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y por consecuencia a partir de la fecha indica, en materia federal conocer de los juicios de nulidad que

²⁴ TREVIÑO GARZA, ADOLFO J., *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*, Editorial Porrúa, México. 2004. Pág. 9-17

podrían promoverse en contra de los actos de las autoridades del gobierno federal y de la administración federal descentralizada.²⁵

1.3. Modelos de jurisdicción contencioso administrativa.

1.3.1. Consideraciones previas.

Es frecuente decir que los regímenes de control jurisdiccional de la administración pública pueden clasificarse en sistemas judicialitas y sistemas contencioso- administrativos o de tribunales especiales, según la competencia este atribuida a la jurisdicción ordinaria o a una jurisdicción especial; se citan como ejemplo de sistema judicialista el inglés, el de los Estados Unidos y el de Venezuela y como tipos de sistema con jurisdicción especial el francés y el Colombiano.

Este planteamiento es simple y por lo tanto inexacto. En efecto, si bien existen sistemas absolutamente judicialistas, en los cuales todos los litigios en que tenga parte la administración pública se ventilan ante el llamado poder judicial, deben diferenciarse los casos en que existe regulación especial sobre la materia y los casos en que no. Lo mismo ocurre en el caso del sistema de tribunales especiales puesto que si bien existen países que adoptan un modelo de jurisdicción especial absoluta, en algunos casos hay países que confían esta jurisdicción especial a órganos no administrativos, ya sean ejecutivos o judiciales. Por ello es necesario realizar una subdivisión de ambos sistemas, para comprender las diferencias existentes entre los

²⁵ Explica TREVIÑO GARZA, ADOLFO J., op. cit., pág. 25 “Al igual que Argentina, México es un estado federal y por ello la justicia administrativa en los Estados del país ha permitido que existen en la actualidad 20 estados con tribunales de lo contencioso administrativo basados en la reforma hecha al Art. 116 de la Constitución, el 25 de febrero de 1987”.

modelos adoptados en cada país, los cuales han sido adaptados a las necesidades espacio-temporales de cada uno.

Teniendo en cuenta lo expuesto cabría entonces distinguir la siguiente clasificación:

- Modelo de jurisdicción especial administrativa.
 - Jurisdicción especial administrativa independiente
 - Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos del Ejecutivo.
 - Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos judiciales.
- Modelos judicialista.
 - Modelos judicialista con regulación especial
 - Modelos judicialista sin regulación especial.

1.3.2. Modelo de jurisdicción especial administrativa.

Aun cuando la función jurisdiccional es una, la doctrina procesal habla de clases de jurisdicción, teniendo en cuenta los distintos conjuntos de funcionarios a los que se les atribuye el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas diversas de derecho material y la regulación de los procedimientos en los que han de ser examinadas aquellas pretensiones. Es por ello que en esta parte se hablara de aquellos países que confían el examen de las pretensiones fundadas en normas de Derecho administrativo no a los órganos de jurisdicción ordinaria, sino a determinados órganos jurisdiccionales que intervienen específicamente en aquellos casos en que se examinan normas jurídico administrativas.

El hecho que sean verdaderos órganos jurisdiccionales implica que gozan de independencia respecto a los demás órganos del Estado, teniendo atribuida específicamente aquella función de decidir acerca de las pretensiones

procesales administrativas ante los mismos deducidas,²⁶ pero esto no implica que sean necesariamente órganos externos a los demás órganos del Estado, sino que bien pueden ser parte del órgano ejecutivo o judicial, pero siempre considerarse una jurisdicción administrativa especial.

Esto supuesto, pueden distinguirse los siguientes tipos de jurisdicción especial administrativa:

- Jurisdicción especial administrativa independiente
- Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos del Ejecutivo.
- Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos judiciales

1.3.2.1. Jurisdicción especial administrativa independiente de la organización judicial y administrativa.

Sabido es el importante papel que ha jugado el principio de la división de poderes en la evolución del derecho procesal administrativo. En nombre de aquel principio, se defendió el sistema de jurisdicción retenida, por entender que implicaba un atentado contra el mismo la posibilidad de impugnar actos de un poder del estado- el ejecutivo- ante otro poder distinto-el judicial-; pero también se esgrimió en defensa de la posición contraria por entender que no podían confiarse funciones jurisdiccionales a poder distinto al judicial así como para defender otras posturas intermedias.

Por tanto no tiene que extrañar que aquel principio, unido al argumento de la especialización del personal que ha de integrar los órganos jurisdiccionales encargados de examinar y decidir acerca de las pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo, haya servido para justificar los sistemas

²⁶ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 194

que confían la jurisdicción administrativa a tribunales independientes de los restantes poderes del Estado.

Como ejemplo típico de este sistema puede citarse el panameño durante la vigencia de la Ley 33 de 1946, que confiaba la jurisdicción administrativa a un tribunal de lo contencioso administrativo, que “funcionará con independencia de los órganos ejecutivo y judicial” (Art. 1 de la Ley 135 de 1943 modificado por el Art. 1 de la Ley 33 de 1946).

Otro ejemplo resulta el decreto-ley del 8 de septiembre de 1956, en Guatemala, que regula el funcionamiento del Tribunal Supremo Administrativo. Según su artículo primero, el Tribunal Supremo Administrativo actuará en la presidencia del gobierno y estará formado por un presidente y doce jueces. Y su artículo cuarto señala que los jueces del Tribunal Supremo Administrativo serán independientes en ejercicio de sus funciones judiciales.²⁷

1.3.2.2. Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos del Ejecutivo.

El ejemplo del sistema francés no ha dejado de tener influencia en la doctrina y en algunos de los ordenamientos jurídicos de los gobiernos hispánicos. Autores de los más destacados se han visto deslumbrados por la obra grandiosa del Gobierno de Estado y han defendido la instauración de un sistema de organización de la jurisdicción administrativa, consistente en confiar la facultad de decidir las pretensiones fundadas en el derecho

²⁷ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 195-198

administrativo a órganos encuadrados en la administración pero independientes de los órganos de la administración activa.²⁸

La independencia se verifica en el hecho de que el tribunal administrativo tiene su propio personal y los magistrados administrativos tienen garantía de independencia. El típico ejemplo de este modelo es el caso de Francia. Sin embargo, es de señalar que esos tribunales tienen un sistema que les es común, de ser a la vez jueces administrativos y consejeros administrativos asociados por este último título a la vía administrativa. Esa dualidad de atribuciones crea un contacto entre la jurisdicción administrativa y la administración activa, de allí que no pueda decirse que la separación sea absolutamente completa, ya que la jurisdicción administrativa no está totalmente excluida de la actividad de la administración. Hay entonces un principio de separación, simplemente relativa, que es ventajosa.²⁹

Otro ejemplo de este modelo es el caso de México mencionado en el apartado 1.2.1., tanto en el caso de la jurisdicción federal (ejercida por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) como en el caso de la jurisdicción en cada estado, pues como menciona TREVIÑO GARZA *“los tribunales de lo contencioso administrativo hasta ahora, son formalmente administrativos, pues dependen del Poder Ejecutivo, pero son materialmente jurisdiccionales porque esa es su función; son independientes de cualquier otra autoridad administrativa, están dotados de plena autonomía e imperio*

²⁸ Añade GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 198-200 *“Si en la doctrina esta influencia del sistema francés es manifiesta, también las naciones, aunque en menor medida han seguido el ejemplo francés. Cabe encontrar ejemplos de legislaciones hispánicas en que se confía el conocimiento de las pretensiones procesales administrativas no a órganos encuadrados en la organización judicial sino a órganos independientes encuadrados en la organización administrativa, esto es, legislaciones que han adoptado el llamado sistema administrativo de jurisdicción delegada.”*

²⁹ DIEZ, MANUEL MARIA., op. cit., pág. 401

*para controlar la legalidad, con potestad para dictar sus fallos y decretar la anulación de los actos o resoluciones administrativas que se someten a su consideración, imponer condenas y hacer cumplir sus resoluciones”.*³⁰

1.3.2.3. Jurisdicción especial administrativa confiada a órganos judiciales.

Cabe mencionar un último modelo contencioso administrativo, confiado a una jurisdicción especial, esto es, a un conjunto de órganos jurisdiccionales diferenciados de los demás, integrados por magistrados reclutados de forma distinta a aquellos que integran la jurisdicción ordinaria. Cabe que estos órganos jurisdiccionales, en lugar de estar encuadrados en la administración, estén encuadrados en la propia organización judicial. Se trata de órganos que forman parte de la organización judicial; pero el personal que integra estos órganos no procede, al menos totalmente de la carrera judicial, sino que sigue un sistema diverso. Este sistema, que vino a surgir en España con la ley de 1904 ofrece la ventaja de hacer posible una jurisdicción especial administrativa en aquellos países cuyas constituciones, en aplicación estricta del principio de división de poderes, exigen que la decisión de todos los litigios se confíen a órganos judiciales. Sin vulnerar este principio, se logra la idoneidad y especialidad del personal mediante la creación de salas dentro de la organización judicial formadas por magistrados debidamente preparados.

Aunque este modelo fue superado en España, algunas legislaciones lo mantuvieron, como el caso de Cuba, que al proclamar su independencia

³⁰ TREVIÑO GARZA, ADOLFO J., op. cit., pág. 149

conservó vigente la vieja ley española de lo contencioso administrativo de 1888, que luego sufrió algunas modificaciones.³¹

1.3.3. Modelos judicialistas.

Son muchos los que confían en el examen de las pretensiones deducidas frente a la administración no a una jurisdicción especializada sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria, bien porque así se establece expresamente, o porque, ante la falta de un texto legal expreso que confíe el examen de tales pretensiones a una jurisdicción especial, se entiende que ello corresponde a la ordinaria. Cuando una persona deduce una pretensión frente a la administración ha de hacerlo ante los mismos órganos jurisdiccionales que conocen de las pretensiones frente a los particulares.

Los argumentos que la doctrina de estos países ha aducido para justificar el sistema son, con algunas variantes, los mismos que tantas veces se han alegado para fundamentar el sistema angloamericano, a saber:

- Que el principio de separación de poderes implica una especialización de funciones, y las funciones jurisdiccionales deben ejercerse únicamente por los órganos del poder judicial;
- Que los derechos e intereses de los particulares quedan así mejor garantizados que los sistemas de tipo francés, ya que los miembros del poder judicial gozan de garantía de independencia e imparcialidad que hacen presumir que sus decisiones no estarán influenciadas por los órganos del ejecutivo.³²

³¹ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 210-221

El sistema judicial surgió en Bélgica como reacción contra el sistema administrativo imperante en Francia pero a partir de 1946 se implantó en Bélgica también el sistema administrativo. El sistema judicial existe en Inglaterra y en Estados Unidos, ahora en Brasil, en España y en Argentina, entre otros.³³

Dentro de los paises que adoptan este modelo conviene distinguir varios tipos, todos ellos se pueden clasificar en dos grupos, en atención a si existe o no una regulación especial del proceso administrativo, diferenciada de las demás normas jurídicas procesales:

- Países con regulación especial sobre el proceso contencioso administrativo;
- Países que carecen de una regulación especial sobre el proceso contencioso administrativo.³⁴

1.3.3.1. Modelos judicialista con regulación especial sobre el proceso contencioso administrativo.

Como anteriormente se ha dicho en este modelo se confía el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan frente a la administración a los órganos de la jurisdicción ordinaria; pero como se considera que el proceso cuyo objeto sean tales pretensiones ofrece especialidades de importancia

³² GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 229

³³ DIEZ, MANUEL MARIA., op. cit., pág. 27

³⁴ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 230

respecto de los procesos ordinarios, existe una regulación orgánica sobre el mismo.³⁵

Un ejemplo claro de este modelo se encuentra en la jurisdicción contencioso administrativa de Argentina. Al respecto manifiesta MANUEL MARIA DIEZ que si un particular fuera afectado en su derecho subjetivo o en su interés legítimo por un acto o contrato administrativo, por un reglamento o en sus derechos subjetivos por un hecho, puede interponer contra ellos, en sede administrativa, los recursos o reclamos que le permite el ordenamiento jurídico vigente. Si el recurso o reclamo se resuelve en forma estimatoria, este no tiene razón para seguir cuestionando. Ahora bien, si se presente el supuesto contrario, a este le queda la posibilidad de acudir a la vía judicial. Se efectúa en esta forma el control judicial de los actos o contratos administrativos, reglamentos o hechos que hayan afectado a los particulares.³⁶

Otro ejemplo es España donde los órganos que ejercen la jurisdicción administrativa son las Salas de lo Contencioso del Tribunal Supremo y de la Audiencias Territoriales. Forman parte pues del poder judicial.³⁷

³⁵ Menciona en adición GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 231, *“Esto, de análoga manera a como el proceso penal (del que conoce también la jurisdicción ordinaria) es regulado por leyes distintas a las que regulan el proceso civil”*.

³⁶ DIEZ, MANUEL MARIA., op. cit., pág. 15

³⁷ GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL., op. cit., pág. 62

1.3.3.2. Modelos judicialistas sin regulación especial sobre el proceso contencioso administrativo.

Entre los países que confían el conocimiento de las pretensiones, frente a la administración, a los órganos de la jurisdicción ordinaria, existen algunos que carecen de una regulación orgánica del proceso que ha de seguirse en la tramitación de aquellas pretensiones. A diferencia de los países que se acaban de señalar en que, aun no existiendo una jurisdicción administrativa, existe un código de procesos contencioso administrativos, los países que adoptan el modelo de qué trata este apartado carecen de lo uno y de lo otro con carácter general. En ellos, las pretensiones frente a la administración deberían deducirse a través de alguno de los procesos regulados con otra finalidad o con finalidad más amplia. Puede deducirse a través de los trámites del proceso civil o a través de los trámites de algunos de los procesos de tipo político establecidos con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano.³⁸

El ejemplo típico es el sistema anglosajón, en el cual el control de la administración es ejercido por los órganos del poder judicial, especializados o no, aunque la especialización sea la tendencia más moderna.

En Inglaterra, la idea de la unidad del derecho, del *Common Law* y el sistema institucional cuya garantía principal es el poder judicial, determinaron que el control de la administración estuviera a cargo de los mismos órganos encargados de aplicar la ley en todos los casos: las Cortes de Justicia (*Courts*).³⁹

³⁸ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 238

³⁹ DIEZ, MANUEL MARIA., op. cit., pág. 421

1.3.4. Modelo adoptado por la legislación salvadoreña.

Como muy bien se sabe, todo Estado de Derecho ha de construirse sobre dos pilares básicos:

- El del sometimiento de los poderes públicos a la ley y el derecho;
- El control judicial del respeto de los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos.

Una de las piezas claves que garantiza la veraz existencia de ese Estado de Derecho viene conformada por la jurisdicción Contencioso Administrativa al tener esta por objeto, precisamente, el control de la legalidad de la actuación seguida por las administraciones públicas y el asegurar la protección y tutela judicial de los derechos y libertades legítimas de los ciudadanos.

Es conocido también que el sentido y la finalidad propia del derecho administrativo consiste de forma sustancial, en:

- Lograr que las administraciones públicas (que configuran la más importante expresión de los poderes públicos tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa) respeten las normas abstractas contenidas en un cierto ordenamiento;
- Establecer piezas jurídicas que en los supuestos de transgresión de ese ordenamiento por parte de dichas administraciones, aseguren a los ciudadanos la disponibilidad o tenencia de suficientes instrumentos objetivos que posibiliten la defensa y el reconocimiento efectivo de sus derechos e intereses legítimos.

Basados en todas estas consideraciones, es que se decidió que la Jurisdicción Contencioso administrativa fuese ejercitada por órganos judiciales encuadrados en un poder del estado autónomo e independiente del poder ejecutivo (al que se adscriben todas las categorías y formas de administraciones públicas)⁴⁰

Por todo lo anterior es posible afirmar que en El Salvador existe un modelo judicialista con regulación especial, dado que existe una ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual se encuentra aún vigente, constituyendo entonces un proceso especial, diferenciado de los demás, cuyo objeto específico son las pretensiones fundadas en preceptos del derecho administrativo⁴¹, no obstante se carezca de una jurisdicción administrativa especial.

Efectivamente, en El Salvador existe un orden jurisdiccional específico que conoce del procedimiento en que sea parte una administración pública y se aplique en derecho administrativo. Pero ese orden jurisdiccional se encuentra inserto en la organización judicial general de la República (en el Órgano Judicial), que constituye un compuesto de tribunales especializados por razón de la materia que abarca a la práctica totalidad de jurisdicciones existentes. En este sentido, tanto el Art. 172 Cn como el Art. 1 LOJ, disponen que corresponde exclusivamente al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria, de transito, de inquilinato y de lo contencioso administrativo. La Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), cúspide de la organización

⁴⁰ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 127.

⁴¹ GONZALEZ PEREZ, JESUS., op. cit., pág. 230

jurisdiccional salvadoreña se articula en cuatro Salas, a saber, de lo Constitucional, de lo Civil, de lo Penal y de lo Contencioso Administrativo.

La llamada jurisdicción contencioso administrativa, es pues, realmente, un orden jurisdiccional específico inserto en la jurisdicción general del Estado, y compuesto por tribunales especializados, que conocen de los asuntos en que, siendo parte la administración pública, se aplique el derecho administrativo; constituye por consiguiente, un modelo judicialista, pero diferente del anglosajón, dada la especialización de los distintos órganos jurisdiccionales. No obstante, el modelo francés, administrativo o del Consejo de Estado, ha dejado su huella en todos aquellos ordenamientos que partiendo de él, han generado el modelo judicialista con regulación especial como es el caso del derecho salvadoreño. El vestigio que se encuentra es la denominación de “Tribunal” que se concede a diversos órganos administrativos (no jurisdiccionales) que revisan la actuación de la administración como es el Tribunal del Servicio Civil, o del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos Internos y de Aduanas, existentes en El Salvador.⁴²

1.3.5. Evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en El Salvador.

Significativos avances han ocurrido desde que imperaba el sistema de justicia retenida, bajo el cual el contencioso administrativo se concebía como un control interno de la administración sobre su propio aparato.

⁴² GAMERO CASADO, EDUARDO, *Derecho Administrativo*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001. Pág. 5-7.

Durante años se mantuvo arraigada la idea que *“juzgar a la administración seguía siendo administrar”*, y el dogma de separación de poderes justificó que el poder judicial no interviniese en el control de las acciones de la administración. Desde tal trinchera se amparaba la negativa a trasladar el control de la administración a un poder distinto.

Las tendencias que impulsaron pasar dicho control al poder judicial, propugnaron por otorgar al sistema contralor un carácter garantista en *“La lucha contra las inmunidades del poder”*. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA señala que el Contencioso Administrativo *“no es ya un recurso montado desde dentro de la misma administración y en su propio interés, sino que es un heterocontrol, un control arbitrado por auténticos jueces, un control jurisdiccional pura y simplemente, y por consiguiente, en interés de los demandantes”*.

En El Salvador, no obstante varias constituciones amparaban la creación de la JCA (Art. 77 Núm. 17 Cn de 1959 y 46 Núm. 13 de la Constitución de 1962), esta se concretizó hasta el año de 1978 en desarrollo de los preceptos de la Constitución del 62.

Fue precisamente a finales de los años setenta en que se ahonda sobre la necesidad de tutelar los derechos e intereses legítimos de los particulares frente a la actuación de la administración pública. Se suscitó así la discusión sobre qué tipo de tribunal encajaba en los términos de la Constitución. La discusión en su primera etapa fue coordinada por el Ministerio de Justicia con la participación de la CSJ y abogados independientes; se realizaron una serie de eventos que dieron lugar a posturas concretas. En la Segunda Convención de Abogados se concluyó que la JCA tenía su fundamento de creación en la atribución 13ª del 46 de la Constitución de 1962, que señalaba

como competencia de la Asamblea Legislativa erigir jurisdicciones en los términos siguientes:

“Corresponde a la Asamblea Legislativa: erigir jurisdicciones y establecer cargos, a propuesta de la Corte Suprema de Justicia, para que los funcionarios respectivos conozcan en toda clase de causas criminales, civiles, mercantiles o laborales; y a propuesta del Poder Ejecutivo, para que conozca en toda clase de asuntos contencioso-administrativo (...).”

La propuesta que se formuló se resumía en tres puntos:

- La necesidad de erigir el contencioso administrativo como una jurisdicción;
- El carácter judicial del órgano que la tuviera a su cargo, y;
- La elaboración de una ley que regulara la materia.

Fue así como el Ministerio de Justicia presentó un proyecto de ley donde se instituía el Tribunal Contencioso Administrativo con independencia absoluta de la administración. Se propuso que el Tribunal se integrara con siete magistrados divididos en dos Salas, una que conociera de materia puramente administrativa, y la segunda de aspectos fiscales. La CSJ objetó lo referente a la división en dos salas y propuso que se integrara en una sola dentro de la CSJ. Se elaboró así un segundo proyecto, que luego fue avalado por el ejecutivo, y a iniciativa de ambos se presentó a la Asamblea Legislativa para su examen. Se promulga así el 14 de Noviembre de 1978 la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA) que entró en vigencia el Primero de enero de 1979, y se establece tal jurisdicción en el país⁴³.

⁴³ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 130-132

CAPITULO 2

LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SALVADOREÑA.

2.1. Generalidades.

A continuación se hará mención de la estructura de la JCA, y el régimen jurídico aplicable a esta, en El Salvador, en la medida que es necesario para poder identificar de qué manera se juzgan las actuaciones emprendidas por un poder público, en este caso el Ejecutivo, así también es preciso conocer los principios que orientan la mencionada jurisdicción y sus características específicas, y en general , todos aspectos que se relacionan con el procedimiento contencioso empezando por las partes intervinientes, la interposición del recurso contencioso administrativo.

La necesidad de estudiar todos estos aspectos radica en la importancia de su conocimiento y aplicación por parte de los órganos encargados, lo cual será evaluado en esta investigación en los siguientes capítulos y es por ello que deben analizarse los aspectos sustantivos y procesales de esta jurisdicción con el fin de verificar su validez y eficacia en la actualidad.

2.1.1. Características del Proceso Contencioso Administrativo.

Basados en la legislación vigente, existen ciertos rasgos diferenciadores que hacen único el proceso contencioso administrativo entre los que se encuentran los siguientes:

- a) *La jurisdicción contencioso administrativa constituye un verdadero proceso judicial.* Es un sistema judicial de control de la administración, y por consiguiente a diferencia del modelo francés, no se compone de

órganos administrativos especializados, si no de verdaderos órganos judiciales. No constituye una segunda instancia ni una vía de casación respecto de lo que previamente se hubiera actuado con ocasión del procedimiento administrativo; es un proceso judicial con plenitud de garantías, en que las partes pueden discutir tanto sobre los hechos como del derecho⁴⁴.

Esta caracterización supone que el contencioso administrativo se articula a través de unas normas formales expresadas en una ley propia (la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) que básicamente establece:

- Los supuestos objetivos que determinan la competencia de esta jurisdicción;
- Los órganos judiciales competentes para resolver las controversias planteadas por los ciudadanos frente a esas actuaciones públicas;
- El procedimiento ordinario por cuyo cause se debe seguir el conflicto judicial junto con los procedimientos especiales existentes;
- Los recursos que quepa interponer contra las diversas decisiones que se vayan adoptando por los juzgados y tribunales;
- La ejecución de la sentencia judicial;
- Las medidas cautelares.

Lo característico de la LJCA es que la misma no regula de forma exhaustiva la totalidad de presupuestos procesales sino que se remite, a estos efectos, a las leyes procesales comunes⁴⁵.

⁴⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 7

⁴⁵ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 132-133.

- b) *Los tribunales contencioso administrativo salvadoreños se encuentran especializados por razón de la materia.* De modo que los jueces y magistrados que los componen son especialistas en derecho administrativo, y conocen tan solo de este tipo de asuntos. En esto aventaja al sistema anglosajón, toda vez que mejora la calidad técnica de quienes dictan justicia y se facilita además su tarea, al deslindar un ámbito material del ordenamiento que deben manejar con mayor frecuencia⁴⁶.
- c) *Presencia previa de una actuación administrativa.* La JCA se dirige a analizar la adecuación a Derecho de la actividad seguida por las Administraciones Públicas siempre que estas ejerciten potestades de naturaleza pública. Ello así, el presupuesto objetivo ineludible a partir del que actúa esa jurisdicción es el de la presencia previa de una actuación administrativa frente a la cual un tercero, que dispone del carácter de interesado, discute su legalidad. Este presupuesto configura el denominado “carácter revisor” del recurso contencioso-administrativo, al tener este su origen siempre en una previa actividad (o inactividad) seguida por órganos administrativos. Y así, solo cuando el interesado haya obtenido o haya tratado de obtener una decisión en sede administrativa podrá discutir la corrección jurídica de esta por la vía de presentar un recurso contencioso administrativo⁴⁷.

⁴⁶ Según GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 7. *“Ha sido una de las virtudes más destacadas de este modelo, que se valorada por algunos autores como el mejor de los posibles en la medida que en el régimen de lo contencioso administrativo existen principios específicos que deben ser aplicados e interpretados por expertos en la materia”*

⁴⁷ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 134

d) *La especialidad de la Administración como sujeto de Derecho.* La administración pública no es un sujeto jurídico cualquiera. Debido a su alcance constitucional, y a la relevancia de las funciones que se le encomiendan, la Administración goza, como sabemos, de grandes privilegios, así como se encuentra condicionada al propio tiempo por una serie de garantías y principios constitucionales, que no vinculan a los sujetos privados. Ello repercute necesariamente en la posición jurídico-procesal de la Administración, que se presenta revestida de particularidades incluso cuando se trata de litigar contra ella, o de ejecutar las sentencias de condena que se le impongan⁴⁸.

2.1.2. Principios del Proceso Contencioso Administrativo.

En el proceso contencioso administrativo existen una serie de principios generales que resultan de imprescindible manejo, y que se plasman en regulaciones concretas contenidas en la LJCA, aunque inducidos de esta, y configurados como principios generales, resultan de aplicación al conjunto de la materia procesal administrativa. Gran parte de ellos derivan del derecho constitucional a la protección jurisdiccional, del que constituyen manifestaciones singulares⁴⁹. Es posible, entonces, destacar los siguientes principios:

a) *El principio contradictorio.*

El conflicto judicial constituye un auténtico proceso entre partes, cuyas respectivas posiciones pueden ser defendidas mediante los instrumentos

⁴⁸ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 9

⁴⁹ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. Pág. 9-10

jurídicos procesales adecuados. Este principio se relaciona con el principio de defensa en cuya virtud cada una de las partes dispondrá de los instrumentos procesales oportunos para hacer valer su pretensión de manera efectiva y corresponde a cada parte la carga de probar los hechos cuya producción alega en su propio beneficio. En relación con el demandante el principio contradictorio y de defensa se conecta directamente con el derecho constitucional a la protección jurisdiccional⁵⁰.

Uno de los rasgos más característicos y trascendentes del actuar propio de las administraciones públicas (y que conforma un “privilegio administrativo”) es el de la presunción de legalidad de los actos administrativos⁵¹. Se observara que esta presunción equivale directamente a la conformidad a derecho de dichos actos, pues constituye únicamente una presunción *iuris tantum*, esto es, susceptible de prueba en contrario. Una vez cuestionados los actos administrativos en sede judicial, la administración queda vinculada por la carga de acreditar:

- Que la decisión que se ha alcanzado resulta conforme con el ordenamiento jurídico;
- Que esta es congruente con los presupuestos de hecho y con los fundamentos jurídicos aportados;
- Que tales presupuestos fácticos y jurídicos son ciertos⁵².

⁵⁰ En adición, dice GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 10 *“Esto significa que ostentará los correspondientes derechos procesales y en particular el derecho mismo a presentar la demanda, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, y en su caso el derecho a recurrir la decisión judicial. En cambio pesará sobre él la carga de probar los hechos y fundamentos en los que sustenta su pretensión declarativa y de condena”*

⁵¹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 137

⁵² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 10

b) *Principio de audiencia.*⁵³

Este principio, que también se relaciona con el derecho a la protección jurisdiccional, exige la participación en el litigio de todos cuantos derechos e intereses legítimos pudieran verse afectados por la resolución judicial que recayere.

En ese sentido la Sala de lo Contencioso Administrativo ha señalado en diversas resoluciones, que la privación de derechos debe ser precedida de un proceso o procedimiento previo, prescrito para cada caso por las leyes respectivas y ante las entidades o funcionarios previamente establecidos, por lo que la exigencia de un procedimiento previo supone hacer saber al administrado la infracción o el ilícito que se le reprocha, y por otro lado, dar a todos los intervinientes la posibilidad de exponer su razonamiento y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, es decir condiciona a que antes de procederse a limitar la situación jurídica de una persona natural o jurídica o a privársele de un derecho, debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, a fin de permitirle alegar y defender sus derechos.⁵⁴

Supondría entonces una vulneración de la garantía constitucional la tramitación de un proceso contencioso administrativo en el que se dictare una resolución *inaudita parte*, esto es, sin haber emplazado al juicio, y

⁵³ La Sala de lo Constitucional sostiene: “Que la garantía de audiencia es un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de todos los demás derechos de los gobernados, y que entre sus aspectos esenciales se encuentran: “a) que a la persona a quien se pretende privar de algunos de sus derechos se le siga un proceso o procedimiento -que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas-; b) que dicho proceso se ventile ante autoridades previamente establecidas; c) que en él se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales y las normas constitucionales procesales y procedimentales; y, d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado, de conformidad a la Constitución “(Sentencia de Amparo del 25 de mayo de 1999, Ref. 167-97).

⁵⁴ Sentencia del día 5 de noviembre de 2004, Ref. 29-H-95

concedido su derecho de defensa, a aquellos cuyos derechos e intereses legítimos pudieran verse afectados por la resolución judicial.⁵⁵ El Art. 11 Cn. recoge expresamente este principio, concediéndole rango constitucional indudable⁵⁶.

c) Principio dispositivo o rogatorio.

A través de este principio se expresa el objeto propio de cada proceso contencioso administrativo, al definirse este en función de las concretas alegaciones ofrecidas por las partes en sus correlativos escritos de demanda y contestación en lo que se refiere a los motivos exactos que fundamentan la declaración de ilegalidad o de conformidad a derecho de la actuación administrativa y las exactas pretensiones explicitadas por el autor en el petitorio que aparezca en el escrito de demanda⁵⁷.

El principio rogatorio o dispositivo descarga sobre las partes ciertas obligaciones. Este último principio también se aprecia en la LJCA de 1978. Por ejemplo, el juez carece de facultades para iniciar un juicio aun cuando le conste la incursión de la administración en alguna ilegalidad.

⁵⁵ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 11

⁵⁶ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 138

⁵⁷ Como expresa AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 138: “A estos efectos constituye una carga trascendente de los tribunales de justicia el emplazar, con certeza, a todos los interesados con el objeto de garantizar que estos van a poder (si así lo estiman necesario para la protección de sus derechos e intereses) defenderse en la sede propia del conflicto judicial”

Si el juez no puede iniciar de oficio el litigio, tampoco parece que le deba corresponder la facultad de introducir nuevas pretensiones en un proceso iniciado a instancia de parte.

Significa también este principio que en su sentencia el juez deberá abordar únicamente las cuestiones que hayan sido objeto de debate durante el procedimiento sin que le quepa introducir otra nueva⁵⁸.

d) *Principio Pro-actione*

Este principio también encuentra su apoyo en el derecho constitucional a la protección jurisdiccional.

En su virtud, los preceptos normativos deben interpretarse en el sentido más favorable para la obtención de una tutela de fondo sobre las pretensiones de las partes. En su virtud, deben eliminarse las trabas meramente formales que impiden o dificultan el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa. Por ejemplo, en la medida que existan dudas sobre la satisfacción de los requisitos procesales de interposición del recurso contencioso administrativo contemplados en el Art. 10 LJCA, el juez debe tender a la interpretación más favorable para la admisión del recurso⁵⁹. Por ello y en aplicación de este principio, solo debe alcanzarse un resultado de inadmisibilidad cuando ese dato formal haya sido transgredido con certeza por parte del recurrente⁶⁰.

⁵⁸ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 14

⁵⁹ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 12

⁶⁰ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 138

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha abordado expresamente este principio en los términos siguientes “... *verificada por la Sala de lo Contencioso Administrativo la falta de algún requisito de la demanda se notifica esta situación al impetrante concediéndole un plazo para subsanar defectos, y solo si no se subsanan en el plazo concedido es cuando procede declarar la inadmisibilidad. Evidentemente, contraria el principio antiformalista, el hecho de que no habiendo esta sala por una omisión realizado la prevención, se considere tal hecho imputable al impetrante. Es decir, no ocurre que ante la falta de un requisito de la demanda deba declararse automáticamente su inadmisibilidad*”⁶¹

e) *Principio de Oficialidad.*

Con esta definición se agrupan el conjunto de facultades que corresponde al juez o tribunal en cuanto al impulso y tramitación del proceso. En primer lugar, una vez presentada la demanda el proceso contencioso administrativo se impulsará de oficio, procediendo el juez o tribunal a desarrollar todos los trámites sin necesidad de requerimiento específico de las partes⁶².

Así mismo, tanto la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo como el resto de presupuestos procesales que condicionan y limitan el enjuiciamiento, de fondo, de la controversia (legitimación de las partes; agotamiento de la vía administrativa; la interposición y emplazo del recurso administrativo; actividad administrativa impugnada) deben ser controlados “*ex officio*”, por los tribunales con el fin de constatar que el seguimiento de los trámites procedimentales previstos en

⁶¹ Sentencia del día 17 de enero de 1997, Ref. 29-H-95

⁶² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 12-13

esta ley va dirigido a obtener una decisión de fondo sobre el objeto del conflicto⁶³

f) *Principio de certeza judicial o congruencia.*⁶⁴

Este principio trata de asegurar la existencia de criterios comunes y estables en las sentencias judiciales que garanticen el derecho de los ciudadanos a la igualdad de trato en la aplicación del derecho.

El principio de congruencia adquiere especial connotación en el sentido que está vinculado intrínsecamente con el derecho constitucional de petición, porque éste requiere que se resuelva sobre lo solicitado de manera congruente, tal como la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha afirmado.⁶⁵

⁶³ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 138-139

⁶⁴ *"La congruencia como principio rector de todo proceso, debe ser entendida como la articulación progresiva de "actos que deben guardar necesaria correspondencia entre sí; tal circunstancia se comprueba con mayor de claridad a través del principio de congruencia. En el entendido que este principio obtiene concreción con el proveído final del juzgador, entiéndase la sentencia definitiva, ya que es el momento que representa, frente a la tutela efectiva y normal de los derechos de los gobernados.." (Sala de lo Constitucional, Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional, pág. 136).*

⁶⁵ *"Siguiendo el anterior orden de ideas, se determina que existe incongruencia cuando hay desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han planteado los términos del debate procesal.*

Los tipos de incongruencia existentes son: (a) incongruencia por 'plus o ultra petita'; (b) incongruencia por 'extra petita'; y (c) incongruencia por 'citra petita'.

La incongruencia por plus o ultra petita se presenta cuando la sentencia concede más de lo requerido por el actor o peticionante.

La incongruencia extra petita se manifiesta cuando el juzgador sustituye una de las pretensiones del demandante por otra o cuando además de otorgar las primeras, concede algo adicional, y cuando se otorga lo pedido, pero por argumentos diferentes de los invocados. Sin embargo, esta incongruencia no se configura cuando la resolución del Tribunal versa sobre puntos o cuestiones que el Tribunal está facultado para introducir ex officio, por existir habilitación legal para ello.

En cuanto a la incongruencia citra petita, esta se configura cuando el juzgador deja de resolver respecto de la pretensión o en relación de algún punto de la misma. Sin embargo,

Con el fin de materializar este principio, existen ordenamientos jurídicos que establecen la obligación de congruencia con las decisiones judiciales ya alcanzadas o con el criterio jurídico ya mantenido salvo que, y tras una explícita motivación, se estime que el tal criterio es contrario a derecho.

El Art. 32 de la LJCA establece para dicho proceso el principio de congruencia: *“la sentencia recaerá exclusivamente sobre los asuntos que han sido controvertidos...”*. Con ello, las pretensiones y resistencias sostenidas por las partes delimitan el ámbito sobre el cual debe pronunciarse el Tribunal⁶⁶.

2.1.3. Órganos que ejercen la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En su diseño actual, toda la planta de la jurisdicción contencioso administrativa salvadoreña se reduce a una Sala de la Corte Suprema de Justicia. Esto probablemente venga justificado por la escasa tradición contenciosa administrativa existente en El Salvador⁶⁷.

Conforme al Art. 1 de la LJCA, esta jurisdicción se erige como una atribución de la CSJ y, *“la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo”*.

debe tenerse en cuenta que la decisión puede existir implícitamente en la sentencia, caso en el cual no existirá incongruencia”. (Sentencia del día 13 de diciembre de 2004, Ref. 246-R-2004)

⁶⁶ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 141

⁶⁷ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 16

Esta Sala tiene competencia para todo el territorio (Art. 5 LJCA)⁶⁸, y conoce independientemente de la cuantía de lo debatido.

Hasta hoy en día la Ley no ha sufrido reformas. Solo se modificó el número de magistrados que integran la Sala, -que en un inicio fue de tres magistrados- dado que conforme al Decreto Legislativo número 40, publicado en el Diario Oficial número 122, Tomo 324 del primero de enero de mil novecientos noventa y cuatro, se reformó la Ley Orgánica Judicial incrementando el número a cuatro magistrados; y tal como señala dicha ley, las resoluciones de la Sala deben contar con el voto favorable de los cuatro magistrados⁶⁹.

2.1.4. Objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2.1.4.1. Actuación Administrativa Impugnable.

El contencioso administrativo, en ejercicio de su función de tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos afectados por la actuación de los poderes públicos y en desarrollo de la potestad jurisdiccional de control de legalidad de dichas actuaciones, dispone de una competencia universal sobre esa actuación administrativa dada la existencia de un sistema de cláusula general⁷⁰.

⁶⁸ Dice este Artículo:” *La jurisdicción del tribunal de lo contencioso administrativo es improrrogable y se extenderá a todo el territorio de la República*”.

⁶⁹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 143

⁷⁰ Comenta AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 145: “*Esto posibilita el ejercicio del derecho de tutela sobre la totalidad de los diversos ámbitos de actuación –y también de omisión, de inactividad o de actuación material carente de título jurídico- seguido por las diversas administraciones publicas constituidas en un cierto ordenamiento jurídico*”

Señala literalmente el Art. 2 LJCA, que corresponde a dicha jurisdicción: *“el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública”*.

Se ha expuesto doctrinariamente, que los actos administrativos son únicamente una especie dentro del género de actuaciones que realiza la Administración Pública (actos políticos, actos privados, actuaciones materiales, disposiciones de carácter general como reglamentos y ordenanzas, contratos, etc.).

Sin embargo, actualmente todas esas actuaciones no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa salvadoreña. Las pretensiones ante dicha jurisdicción solo pueden versar sobre la legalidad de un acto administrativo.

La Sala de Contencioso Administrativo ha interpretado que los términos del Art.2 de la LJCA se refieren únicamente a actos unilaterales, actos administrativos típicos: *“de acuerdo con los términos de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Las pretensiones objeto de esta jurisdicción se encaminan a propiciar el examen de legalidad de actos administrativos- requisito básico de procesabilidad de la acción contenciosa- y las demandas se encauzan contra el funcionario, autoridad o entidad de la Administración Pública emisor de la resolución debatida”*⁷¹

⁷¹ Sentencia del día 22 de junio de 2001, Ref. 92-G-2000

Así, en el contencioso administrativo salvadoreño se conoce únicamente de actos administrativos: expresos, presuntos, definitivos y supuestos especiales de trámite, recurso indirecto contra reglamento, etc. Con ello, una serie de actuaciones de la administración que por su naturaleza debían ser impugnados ante esta sede, no son hoy en día susceptibles de impugnación⁷².

a) Actos administrativos expresos.

Un acto expreso es aquel en el que la administración realiza una declaración explícita dirigida a los particulares. El hecho de que un acto sea expreso no comporta necesariamente que sea escrito pues puede recogerse en otros soporte distinto (oral o verbal, acústico, etc.)⁷³.

Estos actos deben configurar la forma de expresión ordinaria de la expresión administrativa ya que lo habitual es (o debe ser) que el órgano administrativo frente al que un ciudadano o una persona jurídica plantea una petición o que, de oficio, inicia un cierto procedimiento administrativo establezca en un concreto acto administrativo los fundamentos fácticos y jurídicos determinantes de la resolución alcanzada.

Este acto administrativo debe, por tanto, contener:

- a. Una explicitación de las razones o motivos, de índole fáctica y jurídica, que fundan la concreta decisión obtenida por el órgano público que disponga de competencia objetiva en esa sede

⁷² AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 150

⁷³ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 14

material. Y es que el ciudadano afectado por esa actuación administrativa debe conocer que exactos hechos se han estimado probados por la administración y qué consecuencias jurídicas se han deducido o extraído de estos a partir de las disposiciones objetivas vigentes en el ordenamiento jurídico aplicado.

- b. Una declaración acerca de la concesión o no de la petición, de la imposición de una sanción, de la adjudicación del contrato al ciudadano (parte dispositiva). Esta parte dispositiva debe, además, detallar las vías de impugnación que se pueden interponer contra esa actuación administrativa⁷⁴.

b) *Actos administrativos presuntos.*

Un acto administrativo presunto es una situación de inactividad de la Administración a la que por ministerio de ley se le aparejan determinadas consecuencias jurídicas; esto es, se presume que hay un acto frente a la inactividad de la administración⁷⁵.

Este silencio supone el incumplimiento de una de las cargas más relevantes que vinculan a los órganos administrativos encuadrados en una administración pública: la de resolver de forma expresa, la totalidad de las peticiones y de los procedimientos que se planteen ante ellos. Por ello, el ordenamiento jurídico ha de conceder a los ciudadanos vías para evitar que a través del subterfugio de no emitir un acto administrativo expreso- estos queden perjudicados en su derecho a la obtención de una tutela judicial

⁷⁴ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 146-147

⁷⁵ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 15

efectiva, es decir, a poder reaccionar, en sede judicial contra la actividad presunta.

La mayor parte de los actos presuntos tienen un valor negativo por lo que ha de entenderse desestimada la petición que se ha presentado ante una administración pública salvo cuando el ordenamiento jurídico afirme, de forma específica, que para un concreto sector de actividad la falta de presencia de un acto administrativo expreso dispone de un valor positivo⁷⁶.

Al respecto, la SCA ha definido que :*“La denegación presunta de una petición es una ficción legal de consecuencias procesales que habilita la interposición de la acción contencioso administrativa, se constituye cuando la autoridad o funcionario no haga saber su decisión al interesado en el plazo de sesenta días contados desde la fecha de presentación de la solicitud”*⁷⁷

Asimismo la SCA ha entendido que es necesario, para que opere el silencio administrativo que se cumplan determinados requisitos⁷⁸.

⁷⁶ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 148

⁷⁷ Sentencia de 11 de noviembre de 1997, ref. 8-U-94.

⁷⁸ *“Los requisitos para que dicha figura se configure son: la existencia de una petición al ente o funcionario pertinente, la ausencia de notificación de una resolución a lo petitionado y el transcurso de determinado plazo. Respecto de este último requisito existen dos posibilidades para la determinación del mismo. La primera, es que la Ley de la materia señale el plazo en que la Administración este obligada a resolver y que expresamente establezca que transcurrido este término, se entenderá que deniega la petición. La segunda alternativa, es que la Ley especial no haga la anterior determinación y que la configuración del silencio este regulada en una ley de aplicación general a la actividad administrativa. En nuestro régimen, las leyes administrativas no regulan los efectos del silencio de la Administración ante las peticiones hechas por los administrados, y es la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo como Ley de aplicación general, la que en el Art. 3 letra b) establece que el silencio de la Administración se reputa como denegación presunta cuando han transcurrido sesenta días contados desde la fecha de la presentación de la solicitud”*. (Sentencia de 2 de marzo de 1999, ref. 104-R-99.)

Dado que en el juicio contencioso administrativo es indispensable la existencia de un acto administrativo, cuya anulación se convierte en el objeto de la pretensión procesal, se ideó la figura del silencio administrativo. Este permite deducir de la actitud silente de la Administración, un acto ficticio y el sentido de este de existencia únicamente procesal, para efectos de brindar al solicitante la oportunidad procesal de intentar acción contenciosa⁷⁹.

Al respecto, la SCA ha manifestado: “*en la denegación presunta se impugna el acto denegatorio presunto como si en realidad se hubiese dictado en forma expresa. En consecuencia tratase de una figura jurídica de efectos procesales para permitir la revisión judicial del acto presunto, este solo puede configurarse cuando lo solicitado a la Administración pueda generar la emisión de un acto administrativo impugnado*”⁸⁰.

c) *Actos administrativos dictados en el ejercicio de facultades discrecionales.*

El acto discrecional es una clase de acto administrativo producto del ejercicio de una potestad a la cual el ordenamiento jurídico ha otorgado carácter discrecional⁸¹.

La discrecionalidad es un tema central del derecho administrativo y su principal interés viene representado por la dificultad que entraña el control judicial de los actos discrecionales.

⁷⁹ ENTRENA CUESTAS, RAFAEL, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Tecnos, 11ª Edición, Madrid, 1995. Pág. 25.

⁸⁰ Sentencia de 16 de diciembre de 1998, ref. 116-A- 96.

⁸¹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 157.

La revisión judicial de estas potestades es, naturalmente, más compleja que la de los actos reglados en particular, será difícil demostrar que la Administración actuó incorrectamente si la valoración administrativa de las circunstancias presentes en el caso es correcta, si los datos objetivos respaldan la postura adoptada por la Administración y si la resolución adoptada por ella se encuentra suficientemente motivada ofreciendo las concretas razones por las que entiende que su respuesta es la mejor de las posibles, esto es, la que satisface de mejor modo el interés general⁸².

La redacción literal de la norma podría dar lugar a interpretar que el control de dichas potestades se limita a los casos de desviación de poder, pero al pronunciarse en casos concretos la Sala ha aclarado este punto, estableciendo que la discrecionalidad solo puede referirse a unos elementos pero no a toda la potestad; el acto tiene elementos reglados como el fin, la competencia, la extensión de la potestad, y naturalmente puede impugnarse a través de sus elementos⁸³.

⁸² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 58

⁸³ *“La discrecionalidad no constituye un círculo de inmunidad, sino el ejercicio de una potestad previa atribuida por el ordenamiento jurídico, es decir, que sólo hay potestad discrecional cuando la norma la constituye de esta manera, no tratándose de una potestad extralegal.*

La atribución de potestades regladas o discrecionales depende de la mayor o menor exhaustividad determinada por la ley en los supuestos que rigen la actuación de la Administración. Así, en la atribución de potestades discrecionales, el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad se ve complementado por una operación apreciativa de la Administración, operación que puede desembocar en diversas decisiones igualmente justas. La discrecionalidad es entonces el ejercicio de una potestad legal que permite a la Administración ciertos parámetros de apreciación, que pueden arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad, y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública de la utilidad o interés general”. (Sentencia del día 9 de enero de 2004, Ref. 123-G-2002)

Cualquier actuación administrativa inclusive las que resulten del ejercicio de las potestades discrecionales, se encuentra enmarcada por una serie previa de disposiciones que regulan mínimamente el ejercicio de la potestad. Es lo que denominamos elementos reglados. En las potestades discrecionales, no todos los elementos aparecen precisados por el ordenamiento, pero cuando menos, algunos de ellos sí⁸⁴.

d) *Actos administrativos fundados en disposiciones que adolecen de ilegalidad (impugnación indirecta de disposiciones reglamentarias).*

Hay que recordar que las normas (reglamentos, ordenanzas) no son impugnables por sí mismas ante la jurisdicción contenciosa⁸⁵.

Esta limitación se observa en el Art. 9 de la LJCA⁸⁶, que solo reconoce la posibilidad de deducir la demanda contencioso administrativa contra actos por los que *contrario sensu* no resulta posible interponerla contra reglamentos. Pero si se prevé la necesidad de interponer un “recurso indirecto”, y es a lo que se refiere esta disposición. En estos casos, al pronunciarse sobre la ilegalidad del acto, la Sala conocerá indirectamente sobre la legalidad de la disposición que le dio origen, no obstante, en el fallo se limitará a declarar la legalidad o ilegalidad del acto como tal⁸⁷. Esto constituye un problema puesto que al no anularse el reglamento este sigue

⁸⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 9

⁸⁵ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 159

⁸⁶ Esta disposición establece: “*Podrán demandar la declaración de ilegalidad de los actos de la Administración Pública, los titulares de un derecho que se considere infringido y quien tuviere un interés legítimo y directo en ello*”

⁸⁷ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 31

incorporado al ordenamiento jurídico y resulta susceptible de sucesivos actos de aplicación posterior, a pesar de que existan sentencias que hayan declarado la nulidad del reglamento mediante la estimación de un recurso directo. Esta limitación es consecuencia del principio de congruencia, que limita las facultades del juez y que aparece contemplado en el Art. 32 Inc.1 LJCA⁸⁸.

Al respecto la Sala ha manifestado: *“el recurso indirecto es la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de disposiciones de carácter general fundada en que tales disposiciones no son conforme a derecho. De esto se comprende que el recurso indirecto contra normas reglamentarias o disposiciones administrativas tienen como finalidad la impugnación, no del propio reglamento, sino de un acto de explicación de aquel fundándose en la ilegalidad de la disposición. Para que proceda el recurso indirecto, lógicamente deberá existir un acto previo (acto de aplicación) expreso o presunto. De ello se deduce que para recurrir indirectamente contra el reglamento, se deben invocar expresamente las normas de rango superior que se consideran transgredidas por el reglamento o la norma específica que se considera ilegal, es decir, se deben aducir motivos sustantivos. La transgresión a normas superiores hace relación a la legislación de carácter secundario, ya que la violación a normas constitucionales y los derechos que estas protegen dan lugar a una acción de amparo constitucional, por consiguiente la naturaleza del recurso indirecto requiere que se ataque precisamente la norma que se considere adolece de ilegalidad”*⁸⁹

⁸⁸ Dice esta disposición: *“La sentencia recaerá exclusivamente sobre los asuntos que han sido controvertidos, declarará la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, y contendrá el pronunciamiento que corresponda a las costas, daños y perjuicios, conforme al derecho común”*

⁸⁹ Sentencia de 12 de mayo de 2005, ref. 99-G-2000

e) *Actos nulos de pleno derecho.*

Conforme al Art. 7 Inc. 2º de la LJCA⁹⁰ los actos nulos de pleno derecho son susceptibles de recurso en todo caso, incluso cuando se trate de actos consentidos expresamente, reproducción de otros anteriores, no hayan agotado la vía administrativa, o incluso cuando hayan devenido firmes, siempre que sigan surtiendo efecto. En este caso el recurso no es de plena jurisdicción, por cuanto que según dispone el mismo artículo esta impugnación únicamente se admite para el solo efecto de declarar la ilegalidad del acto, sin afectar a los derechos adquiridos. Esta previsión de la Ley constituye una ampliación considerable de las restricciones que por otras vías se introducen a la impugnabilidad de los actos administrativos. La existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho permite articular una vía de impugnación frente a casos que el particular no hubiera recurrido en plazo, o también frente a actos en que no haya agotado oportunamente la vía administrativa. Esta regulación se corresponde con la teoría general del acto administrativo, y en particular con el hecho de que los vicios de nulidad radical no prescriben en ningún momento pudiendo ser alegados por los interesados sin sujeción a plazo alguno⁹¹.

⁹⁰ Establece esta disposición: *“No se admite la acción contencioso administrativa respecto de los siguientes actos:*

a) los consentidos expresamente, y aquéllos en que no se haya agotado la vía administrativa. Se entiende que está agotada la vía administrativa, cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de los recursos pertinentes y cuando la ley lo disponga expresamente; y

b) los que sean reproducción de actos anteriores ya definitivos o firmes, y los confirmatorios de acuerdos consentidos por haber obtenido estado de firmeza.

No obstante se admitirá la impugnación contra los actos a que se refiere este artículo, cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efecto; pero ello, únicamente para el solo efecto de declarar su ilegalidad sin afectar los derechos adquiridos”.

⁹¹ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 56-57

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha delimitado el conocimiento de las nulidades de pleno derecho de la siguiente manera: *“tal como se ha establecido, los actos nulos de pleno derecho regulados en el Art. 7 de la LJCA son una expresión de los actos nulos a que se refiere el Art. 154 de la Constitución. Sin embargo, esta determinación genérica debe ser valorada frente al ámbito de competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.*

Los actos regulados en esta artículo son actos de naturaleza administrativa, los cuales se desvían del ejercicio de una potestad administrativa, y, consecuentemente, vulneran la constitución. Por otra parte, el Art. 2 LJCA establece que la competencia de esta Sala se refiere al conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública, la competencia de este tribunal por tanto se refiere al control de legalidad de los actos de la Administración Pública.

Dicha competencia no se modifica por la vía de conocimiento excepcional regulada en el Art. 7 LJCA, pues tal como se ha establecido, la comprobación de una nulidad de pleno derecho únicamente permite obviar ciertos requisitos de admisibilidad. De ahí que será bajo los presupuestos de esta misma competencia, que esta Sala conocerá de las alegaciones de actos nulos de pleno derecho. Por tanto, puede afirmarse que para que un acto nulo de pleno derecho pueda ser conocido por la Sala, se requiere que dicho acto vulnere el ordenamiento jurídico administrativo, es decir, una norma contenida en el bloque de legalidad secundario (el cual constituye el parámetro de control de este tribunal) y que ello trasciende a una vulneración a la Constitución.

Es necesario advertir que no toda ilegalidad o violación conlleva una nulidad de pleno derecho, es decir, la mera violación al principio de legalidad no conlleva a nulidad de pleno derecho, lo cual rompería el principio de mera

anulabilidad; el carácter excepcional con el que rige la nulidad de pleno derecho se convertiría en regla general. Con tales antecedentes se concluye que la nulidad de pleno derecho en el ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño es una categoría especial de invalidez del acto administrativo, que se configura cuando concurren los siguientes supuestos: 1) que el acto administrativo transgreda la normativa secundaria (de carácter administrativo), por haberse emitido en exceso, o fuera de las potestades normativas; 2) que esta vulneración trascienda la violación del ordenamiento constitucional; 3) que esta transgresión sea concretable en la esfera jurídica del sujeto que alega la nulidad. En este orden de ideas, será en cada caso concreto en que este tribunal determine si se configura o no tal categoría de nulidad.

Lo anterior implica que no ha de realizarse un catalogo cerrado de los supuestos que configuran la nulidad de pleno derecho, sino, compete a esta Sala, a partir de los parámetros enunciados determinar (cada vez que se alegue) si el vicio que se le presenta encaja en esta categoría”⁹².

f) Actos políticos.

El Art. 4 Lit. a) LJCA⁹³ establece una restricción a las facultades de la jurisdicción contencioso administrativa la cual, formulada en esos radicales términos resulta contraria a los postulados fundamentales de un estado de derecho en la medida que pretende consagrar inmunidades de poder y por consiguiente contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra

⁹² Sentencias de 20 de junio de 2005, ref. 87-B-2002 y 88-B-2002.

⁹³ Establece el artículo : “ No corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa: los actos políticos o de gobierno; (...)”

la constitución, debiendo determinarse pormenorizadamente como debe interpretarse este precepto a la luz de la regulación constitucional⁹⁴.

El concepto de actos políticos y las consecuencias jurídicas que se extraen de él (exclusión del control judicial de los mismos) choca, precisamente con esa garantía universal de la tutela judicial y constituye una excepción a la misma que cuenta con un sólido y taxativo fundamento dogmático; las resoluciones procedentes de la más alta instancia gubernativa del estado emitidas en el ámbito de sus competencias de naturaleza política no pueden ser objeto de control alguno por parte de los tribunales de justicia.

En todo caso, esta causa de exención ha de interpretarse de forma limitada, pues existen una serie de puntos o apartados de dicha actividad política sobre los que puede recaer la actividad de control judicial: derechos fundamentales, elementos reglados, indemnizaciones económicas, entre otras⁹⁵.

En el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, esta puede ejercer un control exclusivamente parcial de los actos políticos del gobierno. Este control alcanza a los elementos reglados que contiene todo acto político pero no puede inmiscuirse en el núcleo de oportunidad política propio de estos actos.

En cuanto al concepto de actos reglados, son aquellos requisitos formales establecidos por la constitución y las leyes secundarias para dictar el acto político. En particular:

⁹⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 36.

⁹⁵ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 151-152.

- La competencia para dictarlo (si corresponde al Consejo de Ministros no puede dictarlo el presidente; si corresponde al Presidente no puede dictarlo la Asamblea Legislativa...)
- El resto de requisitos formales que contengan la Constitución y las leyes. Por ejemplo, en el caso de designación de personas el hecho de que tales personas deban reunir determinadas condiciones; en el caso de declaración de secretos de Estado, que los documentos declarados secretos puedan afectar a la seguridad o a la defensa nacional; etc.⁹⁶.

g) Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Uno de los presupuestos básicos sobre los que se construye el régimen de Derecho Administrativo es el de asumir que las Administraciones Públicas han de responder por los daños y perjuicios que sus actuaciones o sus omisiones ocasionen en el patrimonio económico y personal de los ciudadanos cuando esta lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos⁹⁷.

El Art. 1 LJCA no contempla la responsabilidad patrimonial de la Administración dentro del ámbito competencial de la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo el Art. 32 LJCA⁹⁸ establece que en sentencia se resolverá por daños y perjuicios, conforme al derecho común⁹⁹.

⁹⁶ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 38-39

⁹⁷ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 152

⁹⁸ Establece el Artículo: “La sentencia recaerá exclusivamente sobre los asuntos que han sido controvertidos, declarará la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, y contendrá el

h) *Vía de hecho.*

El concepto de la vía de hecho es una construcción del derecho administrativo francés, en el que tradicionalmente se distinguen dos modalidades, según que la administración haya usado un poder del que legalmente carece o lo haya hecho sin observar los procedimientos establecidos por la norma que le ha atribuido ese poder.

Al hacer referencia a la vía de hecho debe entenderse que en la actualidad todos los casos en que la administración pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico y aquellos otros en los que el cumplimiento de una actividad material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública.

En cuanto a lo antes mencionado, los supuestos de vía de hecho pueden incluirse en dos grandes grupos¹⁰⁰:

1) *Inexistencia o irregularidad sustancial del acto de cobertura.*

Consiste este en la falta absoluta de toda decisión o acto previo. La administración pública pasa directamente a la acción sin interponer acto

pronunciamiento que corresponda a las costas, daños y perjuicios, conforme al derecho común (...)”.

⁹⁹ Según GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 39-40. “Esto significa que aun no encontrándose mencionado en el precepto que regula el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, también corresponde a esta jurisdicción pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, aunque el derecho de fondo aplicable será el civil o común”

¹⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I, Quinta Edición, Editorial Civitas. Madrid. 1989, Pág. 773

alguno. En cuanto a lo anterior cabe asimilar aquellos supuestos en los que existe, ciertamente, un acto previo, pero dicho acto está afectado de una irregularidad sustancial de forma que hay que considerarlo como inexistente o, en todo caso, nulo de pleno derecho, supuesto a los que no alcanza la presunción de legitimidad que se predica con carácter general de los actos administrativos.¹⁰¹

2) *Irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecución.*

Este supuesto implica que, aun existiendo acto previo, y siendo este perfectamente regular, la actividad material de ejecución llevada a cabo por la administración excede del ámbito cubierto por el acto en cuestión cuantitativa o cualitativamente.

Por ejemplo, la ejecución de un acto administrativo en términos más amplios que los previstos por el propio acto; así, cuando en la ejecución de una obra pública se ocupa una superficie de terreno superior que la realmente expropiada. En principio, se exige la previa existencia de un acto administrativo que recurra y en los supuestos de vía de hecho justamente se carece de acto por cuanto se trata de actuaciones materiales que exceden lo contemplado en el acto o que se han dictado sin acto previo alguno. Sin embargo, y siendo manifiesta la infracción de las normas jurídico administrativas que esta actuación conlleva, el Art. 7 Lit. b) establece que es posible solicitar a la Administración que cese la vía de hecho y restituya el derecho violado¹⁰².

¹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I..., op.cit., pág. 773

¹⁰² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 40-41

i) *La contratación administrativa.*

La Administración Pública es una organización compleja situada ante el Derecho en una especial posición de forma que solo puede actuar cuando la ley la habilita para ello y en los términos precisos de esa habilitación. En cuanto tal organización colectiva, el proceso de formación de su voluntad es jurídicamente relevante en todo caso y debe surgir a través, precisamente, de los cauces que prevé la ley y ello tanto cuando se presenta como poder público, revestida de *imperium*, como cuando actúa sin tan solemne apariencia, dicho sea en la terminología convencional. La competencia y el procedimiento tienen por ello una regulación unitaria y común en todos los procesos contractuales, con independencia de la regulación pública o privada, del fondo del contrato, respecto del cual son cuestiones separables.¹⁰³

En el caso de los contratos administrativos, el ámbito competencial de la administración contencioso administrativa viene determinado por el conjunto de trámites que deba proseguir la Administración Pública hasta el momento de formalización del contrato, incluyendo por tanto los actos administrativos de preparación, adjudicación y formalización (Art. 23 LACAP¹⁰⁴); en tanto que en los contratos privados de las Administraciones Públicas el ámbito del orden jurisdiccional contencioso administrativo alcanza únicamente a los

¹⁰³ Ejemplifica de la siguiente manera GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMON, "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I..., op.cit., pág. 670: "Una administración pública puede arrendar un inmueble suyo para obtener una renta. El arrendamiento se regirá entonces por el Derecho privado, pero la formación de la voluntad contractual de la entidad administrativa y la selección del contratista deberán acomodarse a las reglas del Derecho público".

¹⁰⁴ Establece esta disposición: "La preparación, adjudicación, formalización y efectos de los contratos indicados en la disposición anterior quedan sujetos a esta Ley, su reglamento y demás normas que les fueren aplicables. A falta de las anteriores, se aplicarán las normas de Derecho Común".

actos de preparación y adjudicación quedando excluida la formalización (Art. 24 LACAP¹⁰⁵).

Por otra parte, la Administración dicta actos con ocasión de la ejecución y cumplimiento de estos contratos pero el instrumento procesal articulado para la resolución de los conflictos que se suscitan en este ámbito son el arreglo directo y el arbitraje (Art. 161 y sigs. LACAP) por lo que estos asuntos no corresponden al ámbito jurisdiccional contencioso administrativo¹⁰⁶.

2.1.4.2. Actuación Administrativa Excluida.

El Art. 4 LJCA señala toda una serie de actuaciones no susceptibles de impugnación ante tal jurisdicción que comprende materias ajenas y excluidas sin que la citada disposición establezca la diferencia entre estas categorías.

No obstante la Sala si ha establecido diferencia entre materias ajenas y excluidas. Se ha entendido por materia ajena: *“aquellas materias que por su propio tenor no corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, es decir, actuaciones de la administración pública que no constituyen actos administraciones; por consiguiente no son susceptibles de impugnación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo”*¹⁰⁷

¹⁰⁵ Dispone este artículo: *“Fuera de los contratos mencionados en este capítulo, las instituciones podrán contratar de acuerdo a las normas de Derecho Común, pero se observará, todo lo dispuesto en esta Ley en cuanto a su preparación, adjudicación y cumplimiento, en cuanto les fuere aplicable”*.

¹⁰⁶ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 35

¹⁰⁷ Sentencia de 28 de octubre de 1998, ref. 134-M-97.

Y se ha entendido por materia excluida “*aquellas actuaciones que aun siendo propiamente administrativas, por determinados motivos se han apartado y excluido expresamente del conocimiento de la Sala. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa además de hacer referencia a una serie de materias ajenas a la referida jurisdicción, enumera también actuaciones propiamente administrativas, que se excluyen de control, las cuales constituyen recortes asistemáticos a su ámbito normal de competencia, sin que las materias excluidas pertenezcan por su propia naturaleza a un ámbito jurisdiccional diferente.*

Las exclusiones de esta índole, dejan fuera de la revisión jurisdiccional creada especialmente para la revisión de actos administrativos, una materia eminentemente administrativa, con lo cual convierten la revisión de la legalidad de tales actuaciones en un ámbito exento para el conocimiento de la Sala de la Contencioso Administrativo, situación que contraria la tutela judicial efectiva. Se ha sostenido reiteradamente que en un estado constitucional de derecho no existe espacio para crear ámbitos de impunidad que impidan a los gobernados defender jurisdiccionalmente sus derechos e intereses legítimos contra actuaciones alejadas de la ley, por lo cual se sostiene que la Sala es competente para conocer de las referidas actuaciones”¹⁰⁸.

Hecha esta distinción se establecen las siguientes materias excluidas:

a) *La actividad privada de la Administración.*

La circunstancia de existir una Administración Pública no supone que, en todos los casos, este ejercite poderes públicos sino que, en ocasiones, actúa

¹⁰⁸ Sentencia de 28 de octubre de 1998, ref. 134-M-97.

en el mundo del derecho como cualquier particular por lo que las decisiones que adopte en esta sede están sometidas al régimen jurídico propio del derecho civil o mercantil ello así, la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se puedan plantear aquí entre la administración y terceros es la jurisdicción civil¹⁰⁹.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha entendido que la Administración puede realizar ciertas actividades despojada de su poder de imperio, y estas son las que se encuentran excluidas del control contencioso administrativo *“este Tribunal, en aplicación de la teoría de los actos separables, ha admitido que todos los actos previos a la celebración de un contrato sea este público o privado, constituyen verdaderos actos administrativos susceptibles de impugnación ante esta jurisdicción; no obstante, nos encontramos ante un supuesto distinto en actuaciones de naturaleza meramente privada derivadas de la obligación contractual, en que la administración actúa al nivel de un particular, los cuales no son impugnables ante esta jurisdicción”*¹¹⁰

Existen otros ejemplos en los que aun siendo encausada la Administración Pública, la jurisdicción contencioso administrativa no resulta competente para conocer del asunto. Hay supuestos en que la administración es encausada ante el orden penal, como en el Art. 121 del Código Penal que establece la responsabilidad civil subsidiaria especial del Estado o sus entes autónomos¹¹¹.

¹⁰⁹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 156

¹¹⁰ Sentencia de 22 de enero de 2002, ref. 129-S-2001

¹¹¹ Establece este Artículo: *“La responsabilidad civil subsidiaria es especial, cuando el que responde por los daños y perjuicios provenientes del hecho punible cometido por el imputado, es una persona jurídica, o, en su caso, se trate del Estado o cualquiera de sus entes autónomos.*

En el primer caso, resultan obligados subsidiariamente:

b) Actos relacionados con la función electoral.

Existen materias que no se encuentran atribuidas al orden contencioso administrativo porque se han encomendado a jurisdicciones administrativas específicas existentes en el ordenamiento salvadoreño.

En este sentido, el Art. 4 Lit. “C” de la LJCA¹¹² excluye del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa los actos dictados en materia electoral por el Consejo Central de Elecciones y demás organismos electorales (la referencia debe entenderse realizada al Tribunal supremo electoral regulado en los Arts. 208 y Sigas. Cn)¹¹³

Sin embargo, se aclara que esta exclusión se limita a los actos relacionados exclusivamente con la función electoral. Lo anterior implica que tales entidades- por su naturaleza de organismo independiente-si son susceptibles de control por los actos administrativos que dicten: la inscripción en el padrón electoral, nombramiento de empleados, etc.¹¹⁴

1) *Las personas jurídicas dueñas de empresas o establecimientos en que se cometió un hecho punible por parte de sus administradores, dependientes o cualquier trabajador a su servicio o cuando el hecho se suceda fuera de él, pero en razón de una actividad laboral;*

2) *Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o personeros legales, resulten responsables de los hechos punibles; y,*

3) *Los que señalen las leyes especiales.*

En el segundo caso, resulta obligado subsidiariamente el Estado, por los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus funcionarios o empleados con motivo del desempeño de sus cargos; de igual manera responderán las instituciones públicas autónomas y las municipalidades cuando así expresamente lo ordene la ley.”

¹¹² Dice este Artículo: “No corresponderán a la jurisdicción contencioso administrativa: (...) c) los actos del Consejo Central de Elecciones y demás organismos electorales relacionados exclusivamente con la función electoral; (...)”

¹¹³ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 42-43

¹¹⁴ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 164

c) *Actos relacionados con la fiscalización de la Hacienda Pública.*

El Literal ch) del Art. 4 de la LJCA excluye las actuaciones de la Corte de Cuentas de la República sin embargo se aclara que tal exclusión se limita a la fiscalización de la Hacienda Pública.

En un caso concreto en que se impugnaba una multa impuesta por la Corte de Cuentas, la Sala aclaró explícitamente los límites de la exclusión en los términos siguientes:

*“... Efectivamente, nuestra ley de la materia contempla entre las exclusiones al ámbito de conocimiento de este tribunal, los actos de la Corte de Cuentas de la República relacionados con la fiscalización de la Hacienda Pública, es en este último aspecto donde debe hacerse especial énfasis; la referida exclusión se encuentra limitada al aspecto fiscalizador, es decir, relativo al ámbito de control y vigilancia del gasto de fondos y manejo de bienes por parte de las instituciones y funcionarios públicos. Este tribunal estima que al no contemplar la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa una exclusión genérica (si para el caso se hubiera consignado “los actos de la Corte de Cuentas”) será preciso en cada caso determinar si lo impugnado trasciende el ámbito fiscalizador”.*¹¹⁵

d) *Las resoluciones del Tribunal del Servicio Civil y del Consejo Superior de Salud Pública.*

El Consejo Superior de Salud Pública es el encargado de la vigilancia del ejercicio de las profesiones de medicina, farmacia y odontología, y el Tribunal

¹¹⁵ Juicio Referencia 75-S-97.

de Servicio Civil conoce en recurso de las resoluciones de las comisiones de Servicio Civil (las cuales tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria respecto de empleados públicos, ingresos, promociones, ascensos, traslados, sanciones, etc.).

Es posible afirmar categóricamente que se trata de órganos administrativos que realizan funciones administrativas. Por tanto, al excluirse de la posibilidad de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa, quedarían exentos de control judicial.

Establece nuestra Constitución, que es una potestad de todo tribunal y a la vez un deber, inaplicar aquellas disposiciones que contrarían los preceptos constitucionales¹¹⁶.

Naturalmente tratándose de un control difuso de constitucionalidad las declaraciones que se emiten tienen efectos restrictivamente *inter partes* aplicados en el caso concreto ya que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* está reservada a la Sala de lo Constitucional.

Amparada en la disposición, la Sala de lo Contencioso ha declarado inaplicable tales exclusiones, bajo la perspectiva que, en un Estado de Derecho no existe espacio para crear ámbitos de impunidad que impida a los gobernados defender jurisdiccionalmente sus derechos e intereses legítimos contra actuaciones alejadas de la ley, vedando el acceso a la jurisdicción.

¹¹⁶ A este respecto el Art. 185 Cn establece: “*Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales*”.

En base a dichas resoluciones, se han admitido demandas contra el Consejo Superior de Seguridad Pública y el Tribunal del Servicio Civil¹¹⁷.

Por ello, las exclusiones contempladas en el Art. 4 LJCA y no respaldadas por el texto constitucional deben entenderse materialmente derogadas por este. Así lo ha entendido derechamente la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencias de 24-X-98, Ref. 106-M-95, 8-XII-98, Ref. 18-Z-98 y otras concordantes que declaran inconstitucionales las letras e) y f) del Art. 4 de la LJCA, en cuanto que excluyen del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa los actos dictados por órganos administrativos, siendo así que tales exclusiones no se encontraban consagradas a nivel constitucional¹¹⁸.

2.1.4.3. Pretensión.

Tradicionalmente (hasta los años 1950-1960) se consideraba que el objeto propio del recurso contencioso administrativo consistía, precisamente, en lograr la declaración de invalidez de una actuación administrativa previa. En la actualidad sin embargo se estima que ese objeto viene configurado por las pretensiones que el recurrente ejercite o plantee en su escrito de demanda¹¹⁹.

Todo el proceso gira, pues, en torno a las peticiones concretas que las partes formulan ante el órgano jurisdiccional solicitando del mismo una resolución en un sentido determinado. La pretensión acota, pues, el contenido del

¹¹⁷ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 164-165.

¹¹⁸ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 44

¹¹⁹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 166

proceso, fija sus límites concretos condiciona su tramitación y resultado, y delimita el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador.

La tradición del contencioso administrativo desde sus orígenes franceses puso todo su énfasis en su configuración como un proceso impugnatorio de actos administrativos, el examen de cuya legalidad, con la consiguiente sentencia anulatoria o absolutoria, agotaba toda su funcionalidad. Se habla, por ello, de un “proceso al acto”, de un proceso “objetivo” en el que no se reconocía la condición de parte al recurrente, pues no era el interés personal que aducía como legitimación lo que había de ser el objeto del proceso, sino tan solo un “requisito de seriedad” para que le juez administrativo se concentrara en el único problema que le concernía, la validez o nulidad del acto impugnado. El recurso contencioso administrativo se identificaba así en su funcionalidad con la de un recurso de casación, en la que no se admitía la prueba ni cuestiones nuevas respecto de las ya tratadas en instancias inferiores¹²⁰.

Es hasta años después que se configura que toda actuación judicial y por tanto la contencioso administrativa, como una técnica de tutela efectiva de derechos e intereses legítimos. El proceso contencioso administrativo pasó a ser inequívocamente “subjetivo”, de defensa de esos derechos e intereses frente a la actuación administrativa general y no precisamente solo frente a actos administrativos formales. La tutela de los derechos e intereses

¹²⁰ GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO. Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “*Curso de Derecho Administrativo*”. Tomo II, Décima Edición, Editorial Thomson-Civitas. Madrid. 2006, Pág. 637

legítimos de los ciudadanos no puede reducirse a la fiscalización abstracta y objetiva de la legalidad de unos actos administrativos formales¹²¹.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha abordado también la naturaleza de la pretensión y sus elementos en términos muy detallados:

“La pretensión se define como un acto emitido por el actor en ejercicio de su derecho de acción, que se interpone ante el órgano jurisdiccional pero que se dirige contra el adversario y mediante el cual se solicita de dicho órgano que desarrolle una actividad frente a una persona determinada en relación con el bien de la vida. En el concepto, pueden distinguirse diversos elementos que configuran la pretensión así: los elementos subjetivos son el órgano jurisdiccional cuya intervención le solicita y las partes, el actor, de quien emana la pretensión y el demandado, frente a quien se pretende. En nuestro proceso contencioso administrativo el demandado es el órgano de la administración que realizó la actuación sometida a revisión jurisdiccional... Por otra parte, los elementos objetivos de la pretensión pueden enumerarse así: a) ‘el petitum’; consiste en la actuación determinada que se solicita al tribunal en la formulación concreta de la petición; b) ‘la causa petendi’, la causa o título de pedir; y c) la argumentación fáctica y jurídica”¹²².

En base a todo lo anterior, ha de insistirse en la diferencia existente entre estas dos clases de pretensiones:

¹²¹ Sigue diciendo GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II..., op.cit., pág. 638 “La acción contencioso administrativo no podrá justificarse solo como puramente declarativa (legalidad o ilegalidad del acto impugnado), sino que deberá admitir necesariamente pronunciamientos de condena a hacer o no hacer de la administración para restituir la integridad de los derechos o intereses del recurrente que se hayan podido violar”.

¹²² Sentencia de 27 de septiembre de 1997, ref. 58-P-95.

- Las dirigidas a obtener la declaración de invalidez (anulación) de una actuación administrativa previa.
- Las que tienen por objeto que el tribunal reconozca al ciudadano recurrente una situación material de derechos, reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

En realidad, en este apartado cabe incluir cualquier clase de pretensión que deje indemne al recurrente de los perjuicios, que en su órbita patrimonial y sus derechos privativos, le haya causado la actuación administrativa cuya legalidad se cuestiona en sede contencioso administrativa.

El demandante deberá siempre y en todos los casos, solicitar la declaración de invalidez jurídica de la actuación o de la disposición administrativa que recurra y, a esta petición, podrá o no añadir la del restablecimiento de una situación jurídica individualizada¹²³.

Por tanto, las pretensiones de las partes pueden ser las siguientes:

- a) La anulación del acto o disposición controvertida;
- b) El reconocimiento de un derecho;
- c) El restablecimiento de un derecho violado;
- d) Responsabilidad por daños; y
- e) Costas¹²⁴.

¹²³ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 167

¹²⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 62-64

2.2. Partes en el Proceso Contencioso Administrativo.

La afirmación de que el recurso contencioso administrativo es un auténtico juicio o proceso entre partes adquiere su verdadera dimensión cuando se pone en relación con los orígenes de la jurisdicción y con la propia configuración del recurso por exceso de poder en el derecho francés. Como es sabido, este empezó siendo un control interno de carácter marcadamente jerárquico establecido por la administración en su propio interés con la finalidad de depurar las ilegalidades fragantes de los agentes inferiores de la jerarquía. El papel del particular era, pues, más parecido al de un simple denunciante que al de una verdadera parte procesal. Estas viejas ideas han sido desechadas y el proceso contencioso administrativo se concibe como un proceso entre partes, una de las cuales es siempre la Administración Pública¹²⁵.

En el juicio contencioso administrativo salvadoreño las partes principales son:

- El administrado, que en el ejercicio del derecho de acción acude al órgano judicial a entablar su petición; y
- El funcionario u órgano de la administración contra el esta se dirige¹²⁶.

Al respecto, se ha expresado la Sala de lo Contencioso Administrativo, en ese mismo sentido¹²⁷.

¹²⁵ GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II..., op.cit., pág. 623-624

¹²⁶ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 181-182

¹²⁷ "En términos generales la legitimación indica quiénes son los titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el juicio, evidenciando si el demandante y el demandado tienen algún derecho o interés legítimo, relacionado directamente con el objeto en litigio.

2.2.1. Legitimación Activa.

Una de las reglas básicas que explican el funcionamiento del derecho procesal administrativo es que no puede personarse a juicio cualquier persona física o jurídica si no que tal personación o tal petición de revisión corresponde de forma exclusiva a quien se ve afectado en sus derechos o intereses legítimos por la concreta actividad administrativa de que se trate¹²⁸.

Un derecho es una situación jurídica individualizada, reconocida por el ordenamiento jurídico a favor de un sujeto determinado. El derecho no es una mera expectativa jurídica, si no una situación que existe en el momento presente, el derecho puede derivar tanto de un acto como de una norma jurídica. Un interés legítimo es la relación univoca existente entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo, actual o futuro pero cierto¹²⁹.

La Sala ha expuesto la legitimación en los términos siguientes “*la legitimación en el proceso contencioso administrativo resulta de la relación previa entre un sujeto y un determinado acto administrativo, relación que*

La legitimación de las partes procesales se constituye entonces, como un elemento de fundamentación de la pretensión, a cuya existencia se condiciona la eficacia de la sentencia. Al no encontrarse legitimadas cualquiera de las partes procesales, se evidencia de manera inequívoca, la inexistencia de una relación jurídica entre aquellas y el conflicto cuya resolución judicial se pretende, volviendo estéril cualquier pronunciamiento judicial que tienda a solucionarlo.

En materia contencioso administrativa son objeto de enjuiciamiento aquellas pretensiones que se deduzcan en relación con los actos emanados de la Administración Pública (art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), de ahí que la legitimación de las partes devenga de la relación previa existente entre un sujeto y un determinado acto administrativo”. (Sentencia del día 19 de noviembre de 2004, Ref. 92-B-2002)

¹²⁸ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 182

¹²⁹ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 70-71

*hará legítima la presencia del sujeto en el concreto proceso en que se impugne dicho acto*¹³⁰

Con este parámetro, es evidente que en un proceso judicial contencioso administrativo la posición de demandante solo puede ser ocupada por quien/ quienes se vean vinculados con especificidad y suficiencia en sus derechos e interés previos por una previa actuación administrativa¹³¹. Se solapan así dos requisitos de legitimación: - la existencia de un acto que recurrir y - la de un sujeto que se encuentre frente al mismo en condición de titular de un derecho o interés legítimo. Los titulares de derechos e interés legítimos pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, y dentro de esta últimas cualesquiera que sea¹³².

La misma posición de demandante puede asumir una Administración respecto de la actuación o inactividad de otra, y aun, en fin, la propia administración autora de un acto administrativo cuando carezca de la potestad de revisión de oficio de este, que es el caso del llamado proceso de lesividad¹³³.

2.2.2. Legitimación Pasiva

Como parte demandada actúa una administración pública que es aquella respecto de cuya actividad se dirija el recurso.

¹³⁰ Sentencia de 25 de marzo de 1998, ref. 106-M-95.

¹³¹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 183

¹³² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 70 y 72

¹³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, “*Curso de Derecho Administrativo*”. Tomo II..., op.cit., pág. 624

Conviene precisar que todos los órganos de cada Administración Pública se integran en una sola y misma personalidad jurídica, y por consiguiente, que a pesar de que las diligencias procesales se entiendan con un concreto funcionario o autoridad y que sea dicho funcionario o autoridad quien está considerado como parte demandada por el tribunal, en realidad la parte demandada es toda la Administración en la que preste servicio ese funcionario. Esto conlleva la imposibilidad de que un órgano de una determinada administración recurra contra los actos de otros órganos de la misma administración. Por ejemplo, la Dirección General de los Impuestos internos no puede interponer un recurso contencioso administrativo contra una resolución del tribunal de apelación de los impuestos internos que considere contraria a los intereses del Estado¹³⁴.

En El Salvador a diferencia de otros ordenamientos jurídicos- como el español- la administración no posee personalidad jurídica única sino que se constituye como una pluralidad de órgano, uno con personalidad jurídica propia y otros sin ella, que realizan función administrativa, ha sido la legislación secundaria la que ha definido como se configura la Administración Pública, bajo una concepción objetiva, es decir, considerando como tal a todos los órganos o entes públicos que realizan función administrativa¹³⁵, como lo señala el Art. 2 LJCA en su inciso segundo¹³⁶.

¹³⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 72-73

¹³⁵ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 189

¹³⁶ Dice este artículo: "(...) *Para los efectos de esta ley se entiende por Administración Pública:*

a) el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado;
b) los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y,

2.2.3. Otros Sujetos Procesales.

a) *Fiscal General de la República.*

Según el Art. 13 LJCA¹³⁷, el Fiscal General de la República intervendrá en el juicio. Esto es, asume en cierto sentido la defensa de los intereses públicos. La prevención de incorporar al Fiscal general de la República al proceso parece perseguir la integración en el mismo de una opinión imparcial y desapasionada, puesto que a pesar de la cualidad finalista de la administración, esta puede exhibir un excesivo apego a los actos de que es autora.

La presencia en el litigio del Fiscal es una notable particularidad del proceso contencioso administrativo salvadoreño a la vista de cómo se encuentra configurado el proceso, su necesidad se muestra sin esfuerzo; a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, donde la Administración aparece representada por un cuerpo de letrados expertos en Derecho, en El Salvador la defensa del acto controvertido se encomienda al mismo funcionario o autoridad administrativa que lo dictó quien puede disfrutar de brillantísimos conocimientos específicos o sectoriales, pero también carecer palmariamente de una sólida formación jurídica. Por ello, se exige articular la presencia en el litigio de un representante del poder público con suficiente formación jurídica. He ahí la incontrovertible necesidad de contar con el Fiscal General de la República cuyo papel, desde esta perspectiva adquiere aun mayor dimensión. Por tanto, el Fiscal General de la República ostenta una condición por completo asimilable a la de parte en el litigio. En su virtud,

c) *el Gobierno Local.*”

¹³⁷ Dice el Artículo: “*El Fiscal General de la República intervendrá en el juicio, en defensa de los intereses del Estado y de la Sociedad*”.

le corresponderán todos los instrumentos procesales oportunos para hacer valer su posición¹³⁸.

Por otro lado, según el Art. 3.1 y 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Fiscal General de la República puede iniciar acciones en defensa de la legalidad, del orden público, de la Constitución y de los derechos humanos¹³⁹.

b) El tercero.

Una de las cargas procedimentales más relevantes que afecta este orden administrativo y al propio juzgado o tribunal que resulte competente para conocer de la revisión de legalidad de un cierto acto administrativo es la de comprobar que el conflicto judicial pueden o han podido personarse la totalidad de las personas físicas o jurídicas que queden afectadas por la actividad administrativa que se recurra. La trascendencia del cumplimiento de esta carga deriva de que, se va a garantizar el respecto del principio de audiencia, principio que reclama que todas las personas que tengan vinculación suficiente con una actuación administrativa puedan si les interesa y a efecto de defender sus intereses legítimos, personarse en el conflicto judicial abierto por un tercero.¹⁴⁰

¹³⁸ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 74-75

¹³⁹ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 76. Profundiza en los siguientes términos “Aquí la situación procesal es distinta, pues siendo el Ministerio Público quien inicia la acción, ostentará verdaderamente la condición de parte demandante en el proceso, teniendo las mismas armas procesales que corresponden a cualquier otro demandante. En estos litigios podrá compartir la condición de parte demandante con aquellos sujetos en cuyo perjuicio deriven efectos del acto administrativo encausado”.

¹⁴⁰ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 200-201

La calidad de tercero la reconoce el Art. 14 LJCA.¹⁴¹ En relación a la pretensión del tercer, la Sala entiende que: *“La pretensión del tercero se ejerce frente a la Administración Pública lo que es propio del proceso contencioso administrativo. En consecuencia el tercero no puede en un juicio contencioso administrativo postular una pretensión frente al actor, pues esto coloca al actor en la posición de demandado, y por la naturaleza misma de la pretensión contencioso administrativa, en este proceso solo se puede pretender frente a los entes administrativos. El objeto del proceso viene acotado por las pretensiones y resistencias sostenidas por las partes y, cuando el órgano jurisdiccional es llamado a pronunciarse, el ámbito de la decisión que es solicitada o el thema decidendi queda circunscrito a los márgenes que las partes definen. Sin embargo, no está vedada la intervención de terceros en los procesos contenciosos administrativos; al contrario, nuestra ley permite que la persona a quien perjudique o beneficie el acto impugnado comparezca en el juicio.*

De cualquier manera, quien acude al proceso después de empezado por iniciativa de persona distinta, no está facultado para retrotraer los tramites ya cumplidos, pues ingresa al proceso tal como ha venido desarrollándose sin que puede variar sus alcances, ni las actuaciones consumadas, ni las etapas precluidas; mucho menos puede admitirse que el tercero sea capaz de alterar la pretensión planteada en la demanda por el propio actor. En otras palabras, se tiene por pare al tercero en el sentido que pueda plantear sus propios argumentos y exponer nuevas alegaciones, apoyando u oponiéndose a la causa del actor, y el juez deberá considerarlo, pero los razonamientos

¹⁴¹ Esta disposición establece: *“Podrá mostrarse parte en el juicio el tercero a quien beneficie o perjudique la ejecución del acto impugnado, y tomará el proceso en el estado en que lo encuentre, sin poder hacerlo retroceder por ningún motivo”.*

del tercero no pueden cambiar la pretensión delimitada por el petitum y la causa petendi, originalmente expresada en la demanda”¹⁴²

c) *Los promotores de intereses difusos.*

En alguna legislación sectorial se puede reconocer el derecho de cualquier ciudadano a iniciar acciones en defensa de la legalidad. Esto es una previsión excepcional que se justifica por el elevado interés social que representan ciertos sectores de actividad. Así, se reconoce la acción pública en materia de urbanismo, de protección ambiental, etc.¹⁴³

2.3. El Recurso Contencioso Administrativo.

2.3.1. Interposición de la Demanda.

2.3.1.1. Requisitos de la demanda

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos en que existe la posibilidad de iniciar la acción mediante un “escrito de interposición” – para elaborar la demanda una vez se tenga a la vista el expediente administrativo- en el proceso contencioso administrativo salvadoreño el juicio inicia siempre mediante demanda¹⁴⁴.

¹⁴² Sentencia de 27 de octubre de 1997, ref. 59-P-95

¹⁴³ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 76

¹⁴⁴ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 215

El Art. 10 LJCA¹⁴⁵ establece los requisitos formales que debe satisfacer el escrito de demanda. Presentada la demanda, la Sala debe analizar su incursión en eventuales causas de inadmisión; el Art. 15 LJCA¹⁴⁶ regula el mecanismo de subsanación de los defectos en que hubiere incurrido el demandante; advertido el error la Sala prevendrá al interesado para que lo subsane en el plazo de tres días, inadmitiendo la demanda si no se subsanara el defecto. La exigencia de estos requisitos formales debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia constitucional, que postula una interpretación progresista que elimine las trabas puramente formales que

¹⁴⁵ Dice literalmente este artículo: “*La demanda se entablará por escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, personalmente, por el representante legal o por medio de procurador, y deberá expresar:*

- a) *el nombre, apellido, edad, profesión u oficio y domicilio del demandante, y en su caso, los de quien gestiona por él. Si el demandante fuere una persona jurídica, además de las generales del representante legal, se expresará el nombre, naturaleza y domicilio de aquélla;*
- b) *el funcionario, la autoridad o entidad a quien se demanda;*
- c) *el acto administrativo que se impugna;*
- ch) *el derecho protegido por las leyes o disposiciones generales que se considera violado;*
- d) *la cuantía estimada de la acción, en su caso;*
- e) *la exposición razonada de los hechos que motivan la acción;*
- f) *la petición en términos precisos;*
- g) *las generales del tercero a quién beneficia el acto administrativo impugnado, en su caso; y,*
- h) *el lugar y fecha del escrito y firma del demandante o de quien lo hiciere a su ruego.*

A la demanda y a todo escrito que se presente se acompañarán tantas copias en papel común cuantas sean las partes, más una. Las copias irán suscritas por las mismas personas que firman el escrito”.

¹⁴⁶ Establece esta disposición: “*Recibido el escrito de demanda, la Sala lo admitirá si reuniere los requisitos que exige el artículo 10. En caso contrario, prevendrá al peticionario que lo haga dentro del plazo de tres días, contados a partir de la notificación respectiva. La falta de aclaración o de corrección oportuna, motivará la declaratoria de inadmisibilidad.*

Será también motivo para declarar la inadmisibilidad de la demanda, el no haberse interpuesto en el plazo establecido en los artículos 11 y 12, en los casos prescritos por el artículo 7 de esta ley y cuando la materia de la demanda no corresponda a la jurisdicción contencioso administrativa.

Si admitida la demanda, el tribunal advirtiere en cualquier estado del proceso que lo fue indebidamente, declarará su inadmisibilidad”.

impide a los ciudadanos el ejercicio de su derecho a la protección jurisdiccional.¹⁴⁷

No obstante, existen ciertos requisitos que resultan completamente necesarios y que no pueden determinar la inadmisión de la demanda incluso en el caso en que el ciudadano no los haya subsanado¹⁴⁸.

2.3.1.2. Plazo de Interposición de la demanda.

El plazo general para interponer la demanda previsto por la LJCA es de sesenta días que se contarán de diverso modo según cuál sea la actividad administrativa impugnada:

- Desde el siguiente hasta la notificación del acto en el caso de actos expresos notificados;

¹⁴⁷ Al respecto de esto, la Sala de lo Contencioso Administrativo habla del Principio de Semi-Formalismo, en los siguientes términos: *“Éste trata la excusa o disculpa a favor del administrado, en cuanto a la observancia de ciertas exigencias formales no esenciales, que en ocasiones, pueden ser suplidas posteriormente. El mismo obliga a una interpretación con benignidad de las formalidades precisas dentro del procedimiento, invocando el administrado la elasticidad de las normas en cuanto le benefician. Este principio no puede ser invocado por la Administración para eludir facultades regladas. Por otro lado, se dice que este formalismo puede resultar perjudicial para la Administración, frustrando la solución de muchas situaciones que merecen su protección. Esta regla se traduce en el aforismo jurídico “in dubio pro actione”; es decir, la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción, para asegurar en lo posible, más allá de los obstáculos formales, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. La doctrina administrativa comparte la opinión que no se puede establecer un procedimiento formal a semejanza del proceso judicial, ya que serviría en la práctica para frustrar a la gran mayoría de particulares -con modestos recursos y escasos conocimientos jurídicos- para acceder a toda posibilidad sería de comparecer o recurrir administrativamente. En definitiva, el procedimiento administrativo no debe ser concebido como un conjunto de obstáculos, sino como una forma ordenada que garantiza la legalidad del obrar administrativo en el respeto y protección de los derechos subjetivos de los administrados.”* (Sentencia del día 30 de marzo de 2004, Ref. 124-P-2001)

¹⁴⁸ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 80-82

- Desde el siguiente a la publicación del acto si no hubiera sido notificado;
- Desde el siguiente a aquel en que se entienda denegada la petición por silencio administrativo cuando se pretenda la impugnación de un acto presunto. Este mismo plazo es de aplicación analógica a la desestimación presunta de un recurso administrativo;
- Desde el día siguiente al de la publicación del acuerdo de lesividad en el Diario Oficial cuando la Administración pretenda recurrir un acto declarativo de derechos del que sea autora¹⁴⁹.

Respecto del plazo de interposición de la demanda, la Sala ha sido clara al señalar: *“la admisibilidad de la acción contencioso administrativa se encuentra condicionada al supuesto de que se ejercite dentro del plazo de sesenta días, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se impugne. Dicho plazo es perentorio lo que significa que la petición caduca si no se intenta en el plazo señalado”*¹⁵⁰.

2.3.2. Medidas Cautelares

La ejecutoriedad de las disposiciones y actos objeto de recurso contencioso administrativo, como expresión del beneficio máximo de la autotutela administrativa ha sido un dogma indiscutible desde que el proceso contencioso administrativo se configuró como meramente impugnatorio y se inspiró, desde el dogma del ministro-juez, como un recurso de casación llamado a revisar *ex post* un acto que se entendía que debía continuar produciendo sus efectos como obra de la función administrativa de ordenar y

¹⁴⁹ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 78-79

¹⁵⁰ Sentencia de 27 de septiembre de 1995, ref. 21-H-91

gestionar su propia organización y la vida social. Pero esta situación tradicional ha variado de manera sustancial. Por una parte, la elevación al rango constitucional (y en la jurisprudencia europea) el principio de tutela judicial efectiva ha hecho manifiesto que tal situación era convencional, supuesta la larga duración de los procesos, mas la facilidad que permite el abuso de la Administración, dispensada de pedir ayuda y capaz de desplazar a la otra parte la carga de sostener largos procesos, que ya inicialmente pueden apreciarse abusivos o de escasa justificación. Por otra parte, se hace cada vez más evidente que la cada día más intensa actividad judicial se alimenta sobre todo de quienes, siendo conscientes de no tener la razón, intentan agotar al contrario, sin que los intereses legales de demora compensen ese beneficio injusto. La lucha contra el abuso de los procesos ha desencadenado un incremento resuelto de las llamadas medidas cautelares, que permiten reequilibrar desde el inicio del proceso sin necesidad de esperar a las lejanas sentencias firmes, la situación real de que se parte, cuando esta aparece en términos suficientemente claros¹⁵¹.

En la legislación salvadoreña no existe una regulación exhaustiva sobre las medidas que pueden adoptarse para asegurar la efectividad de la sentencia que ha de recaer en el juicio contencioso. No existen disposiciones claras y suficientes sobre los requisitos que deben presentarse para su procedencia ni de las modalidades que las mismas puedan adoptar¹⁵².

Ha sido vía sentencias que se han ido perfilando los requisitos y alcances de las medidas cautelares. Al respecto la Sala ha considerado que “*Conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo únicamente se pueden*

¹⁵¹ GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “*Curso de Derecho Administrativo*”. Tomo II..., op.cit., pág. 648-649

¹⁵² AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 266

suspender los actos administrativos que produzcan o puedan producir efectos positivos (...). Los efectos positivos son todos aquellos necesarios para la ejecución del acto administrativo y que además generan una modificación sobre la esfera jurídica del administrado, ya sea: extinguiendo o generando un derecho, extinguiendo o generando una situación jurídica favorable o desfavorable. Calificada la procedencia de la medida esta es notificada a las partes por el tribunal. El acto de notificación de las resoluciones constituyen una formalidad intrínseca al proceso, y fundamental para el desarrollo de este, ya que únicamente mediante los actos de comunicación realizados en legal forma tienen conocimiento los sujetos procesales ni las decisiones judiciales”¹⁵³.

La Ley establece dos requisitos acumulados para la adopción de medidas cautelares. Según el Art. 17 LJCA cabe adoptar medidas cautelares cuando el acto pueda producir un perjuicio irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva, esto es, la causa que técnicamente se conoce como *periculum in mora*, pero la propia ley establece una restricción en el Art. 18 LJCA al no conceder la medida cautelar cuando al concederse se siguiere perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiera ocasionar u perjuicio de trastorno grave del orden público.

Por otra parte, está la denominada apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que viene a sumarse al *periculum in mora* como motivo independiente de establecimiento de la medida cautelar. Consiste en razonar sobre algunos asuntos en los que a la simple vista de la demanda, sin gran esfuerzo

¹⁵³ Sentencia de 25 de agosto de 2004, ref. 184-S-2004

intelectivo puede deducirse que el demandante tiene razón en su pretensión¹⁵⁴.

2.3.3. Régimen Probatorio

El proceso contencioso administrativo no constituye una mera revisión de derecho respecto de las cuestiones de hecho acontecidas durante la tramitación del procedimiento administrativo. Es un proceso con plenitud de garantías procesales, sustanciado ante un orden jurisdiccional específico que se integra en la jurisdicción general del Estado¹⁵⁵.

El objeto de la prueba ha de entenderse en estrecha vinculación con la pretensión: la declaratoria de ilegalidad del acto impugnado. En este sentido, la prueba presentada por las partes debe encaminarse precisamente a establecer la legalidad o ilegalidad del acto que se discute.

Superadas concepciones en base a las que, la presunción de validez del acto eximia a la Administración de la obligación de defender su actuación, la carga de la prueba corresponde a ambas partes; el administrado debe probar la ilegalidad que invoca, y la Administración a acreditar que su actuación es conforme con el ordenamiento jurídico, y congruente con los fundamentos de hecho y fundamentos jurídicos aportados¹⁵⁶.

¹⁵⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 98-99

¹⁵⁵ Concluye GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 116 “*Por tanto, durante el proceso, se podrán discutir tanto los hechos como el derecho. El modo de debatir los hechos es mediante el recibimiento del litigio a prueba*”

¹⁵⁶ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 232

En vista de que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no contiene reglas específicas en materia probatoria, la Sala ha entendido que: *“la sustanciación del juicio contencioso administrativo le da al particular agraviado por la autoridad demandada toda la oportunidad para que defienda sus derechos tanto en la parte sustantiva como formal de las obligaciones tributarias; y en cuanto a los medios probatorios se aplican las disposiciones previstas por el derecho común”*¹⁵⁷

2.3.4. Sentencia

El estudio de la sentencia merece, sin duda, una atención especial, ya que en ella culmina el proceso como instrumento de satisfacción de pretensiones y se hace efectiva la tarea de administrar la justicia¹⁵⁸.

Es de recordar el valor que para los ciudadanos tiene la sentencia, al ser el documento que contiene una respuesta explícita al derecho de tutela que le reconoce el ordenamiento jurídico- y, con normalidad, el texto constitucional- a los efectos de amparar sus derechos y prestaciones legítimas. Y es que la tutela judicial comporta, sustancialmente la obtención de una resolución judicial, de fondo y fundada en derecho, si concurren los requisitos procesales para ello¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Sentencia de 26 de enero de 1996, ref. 11-Z-1994

¹⁵⁸ En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *“Curso de Derecho Administrativo”*. Tomo II..., op.cit., pág. 664 *“En la sentencia contencioso administrativa se refleja, pues, todas las virtualidades de un sistema jurisdiccional específicamente construido para controlar los actos del poder público y para asegurar y hacer efectiva el principio de legalidad que constituye la clave del arco del Estado de Derecho y el de tutela de los derechos e interés de los ciudadanos”*

¹⁵⁹ AYALA, JOSÉ MARÍA., op. cit., pág. 236

En sentencia, el juez se encuentra vinculado por el principio de congruencia, pero como sabemos este principio se encuentra modulado con la posibilidad que se reconoce al juez de efectuar pronunciamientos adicionales acerca de las costas, daños y perjuicios y el pleno restablecimiento del derecho violado¹⁶⁰.

El contenido de la sentencia está señalado en el Art. 32 de la LJCA¹⁶¹

2.3.4.1. Efectos de la Sentencia

Es en la jurisprudencia donde se establecen los efectos que importa la sentencia estimatoria en materia contencioso administrativa. Uno de ellos es el *efecto restitutorio* sobre el cual la Sala ha dicho lo siguiente: “*en relación con el efecto restitutorio de la sentencia, el inciso segundo del Art. 32 LJCA establece que cuando la sentencia declare la ilegalidad total o parcial del acto impugnado, se dictaran en su caso, las providencias necesarias para el pleno restablecimiento del derecho violado. En tal sentido, frente a una sentencia estimatoria de su pretensión, el demandante tendrá derecho a que el tribunal restituya la situación jurídica vulnerada por el acto declarado ilegal. En la sentencia objeto del recurso en examen, el tribunal estimó la pretensión del demandante respecto del acto de baja militar, el cual fue consecuentemente declarado ilegal. Al declararse la ilegalidad de la orden de*

¹⁶⁰ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 123

¹⁶¹ Establece esta disposición: “*La sentencia recaerá exclusivamente sobre los asuntos que han sido controvertidos, declarará la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, y contendrá el pronunciamiento que corresponda a las costas, daños y perjuicios, conforme al derecho común.*

Cuando en la sentencia se declare la ilegalidad total o parcial del acto impugnado, se dictarán, en su caso, las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado”.

baja del militar, sus efectos se extinguieron de manera definitiva. Como corolario, para reparar la situación jurídica vulnerada por el acto administrativo, este tribunal ordenó a la autoridad demandada restablecer la situación del señor Cesar Henríquez López dentro de la institución militar. Lo anterior implica restituirlo en el cargo y otorgarle todos los derechos y prestaciones de las que hubiera gozado de conformidad al ordenamiento jurídico aplicable -leyes, reglamentos, etc.- de no haberse dictado el acto de baja.

El detalle de los derechos o rubros a que esta restitución se refiere no constituye parte de la pretensión original formulada en la demanda y es evidente que excede la competencia de este tribunal tal determinación, [esa] labor corresponde (...) a la autoridad administrativa, de conformidad al ordenamiento aplicable, (...). La disposición citada [Art. 32 LJCA] concreta el principio de congruencia, al cual debe ceñirse toda resolución judicial, esta debe ser coherente con las peticiones formuladas por los interesados, en un doble sentido: primero, que los alegatos de las partes sean tenidos en cuenta en el pronunciamiento del tribunal; segundo, que las pretensiones específicas que hayan sido planteadas sean valoradas según corresponda en derecho.

De conformidad con la segunda expresión del principio de congruencia, el tribunal solo se pronunciará sobre la acción de daños y perjuicios cuando estos hayan sido reclamados por la parte actora, o cuando en su caso, al declararse ilegal la actuación de la autoridad demandada, no sea posible – material o jurídicamente- restituir plenamente la situación jurídica vulnerada. En este último supuesto la acción de daños y perjuicios se otorga a la parte afectada como remedio sustitutivo de la situación jurídica afectada”¹⁶².

¹⁶² Sentencia de 27 de enero de 2004, ref. 77-H-2001

Las sentencias que declaran la ilegalidad de alguna actuación de la Administración Pública generalmente implica que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, pero existen algunas ocasiones en que los efectos de la sentencia no se limita a reparara el daño causado, sino que además evitan los futuros daños que puedan generar conductas que tiendan a ser nugatoria la protección de la sentencia. Sobre este *efecto prohibitivo* la Sala ha sostenido que: *“las sentencias dictadas por esta Sala tienen como finalidad principal la declaratoria de legalidad o ilegalidad de acto administrativo impugnado.*

En los supuestos de una declaratoria de ilegalidad, para hacer efectiva la sentencia, dicho pronunciamiento se encuentra acompañado de una medida para el restablecimiento de la situación jurídica violentada, que por regla general implica un hacer para la administración pública. Se afirma es una regla general puesto que existirán ocasiones en que la medida únicamente implique una orden de abstención –de no hacer- para la administración pública, dicha abstención se denomina en doctrina el efecto prohibitivo de la sentencia (...).

El citado efecto implica que la Administración Pública no podrá ejecutar o llevar a cabo actuaciones en el futuro que vayan en detrimento de la situación jurídica tutelada (...). De tal forma que cualquier acto posterior de la Administración que tenga como resultado ejecutar el contenido de la actuación declarada ilegal y por tanto alterar el goce de una situación jurídica concreta implica un incumplimiento de la sentencia de merito dictada por este tribunal.

El citado incumplimiento no es jurídicamente admisible ya que aceptar tal circunstancia conllevaría aceptar cargar al administrado con la obligación de

ejercitar una cadena de impugnaciones tendientes a dotar de eficacia a la protección jurisdiccional que se ha otorgado mediante una sentencia (...).

Las valoraciones anteriores son aplicables perfectamente a la ejecución de las sentencias dictadas por esta Sala en cuanto al Art. 32 de la LJCA ordena que se deben dictar las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado. Dichas providencias serán concretadas en cada caso específico mediante un análisis de esta Sala al momento de dotar de eficacia a sus sentencias”¹⁶³

2.3.4.2. Recurso de Aclaración.

Dado que la jurisdicción contencioso administrativa en El Salvador actualmente se concentra en un tribunal único, no existe un sistema de recursos estructurado¹⁶⁴.

La Sala, respecto de la finalidad de la aclaración ha expresado “*el recurso de aclaración regulado en el Art. 52 LJCA se erige como un medio de impugnación otorgado a las partes para solicitar al tribunal la corrección de errores materiales y para pedir explicación de conceptos oscuros que aparezcan en la parte dispositiva del fallo. Cabe enfatizar que estas peticiones tienen relevancia jurídica únicamente para las partes vinculadas a las pretensiones que efectivamente se han resuelto en la sentencia definitiva*”¹⁶⁵.

¹⁶³ Sentencia de 28 de febrero de 2005, ref.127-U-2001

¹⁶⁴ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 262

¹⁶⁵ Sentencia de 27 de enero de 2004, ref. 77-H-2001

En relación al alcance de este recurso, la Sala ha manifestado que: “Sobre tal petición esta Sala aclara, que conforme al artículo 52 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, contra las sentencias podrá interponerse para ante la misma Sala: ‘solamente el recurso de aclaración’. El referido recurso, a tenor de lo establecido en la citada disposición, constituye un mecanismo para enmendar errores materiales o esclarecer y explicar conceptos que puedan generar confusión sobre lo que quiso decir la Sala. En consecuencia, no tiene los alcances de modificación de puntos con que las partes estén en desacuerdo, pretendiendo con ello cambiar su contenido; ni tampoco es una vía para realizar cuestionamientos sobre razones de fondo, tal como lo plantea la parte actora en el escrito en mención.”¹⁶⁶

2.3.5. Ejecución de la Sentencia.

Esta materia constituye tradicionalmente uno de los puntos negros de, cuanto de una serie de disposiciones sustantivas que restringen las facultades judiciales en materia de ejecución de sentencias. En primer lugar, el privilegio de la inembargabilidad de los bienes de dominio público, que prohíbe al juez dictar ejecutorias sobre estos bienes dificultándose la ejecución de la sentencia cuando esta comprende e reconocimiento del derecho a cobros de cantidades.

En segundo lugar, las restricciones al poder de sustitución de la administración por el juez, que exige el retorno de los asuntos a la sede administrativa en punto a que se dicte una nueva resolución sobre el fondo en muchos asuntos. Y en tercer lugar, la imposibilidad de que adolecen los

¹⁶⁶ Sentencia de 20 de septiembre de 2002, ref. 69-B-2000

tribunales contencioso administrativos para desarrollar por si mismos actuaciones materiales que resulten precisas para el cumplimiento de la sentencia. Las limitaciones expuestas han formado la impresión de que las declaraciones constitucionales que reservan únicamente al Órgano Judicial la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia contencioso administrativa constituyen una afirmación meramente retórica, en la medida en que es verdaderamente la Administración quien en la práctica se debe ocupar de la ejecución de las sentencias, por más que lo haga bajo control y supervisión judicial¹⁶⁷.

El Art. 34 LJCA¹⁶⁸ establece el plazo para que la autoridad administrativa ejecute la sentencia. Y conforme al Art. 36 de la Ley en mención, si transcurrido dicho término la sentencia no se cumple, la Sala, a solicitud de parte requerirá al superior jerárquico inmediato para que la haga cumplir¹⁶⁹.

En ese sentido la Sala sostiene que: *“la prestación de justicia no sería efectiva si el mandato de la sentencia no fuera cumplido. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la facultad de exigir y obtener una sentencia que decida si la pretensión está o no fundada en derecho, si no, que lo en ella resuelto sea llevado a efecto”*¹⁷⁰

¹⁶⁷ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 130-131

¹⁶⁸ El primer inciso de esta disposición establece *“Recibida la certificación de la sentencia, la autoridad o funcionario demandado, practicará las diligencias para su cumplimiento dentro del plazo de treinta días, contados desde aquél en que sea recibida la certificación”*.

¹⁶⁹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 257

¹⁷⁰ Sentencia de 26 de junio de 1998, ref. 70-M-1994

El requerimiento mencionado anteriormente implica otorgar a la Administración una nueva oportunidad para cumplir con lo ordenado, antes de proceder al procedimiento coactivo. Ha de entenderse que se requiere al superior jerárquico cuando el órgano tenga un superior jerárquico. Si para el caso el obligado a cumplir el fallo es el presidente de una entidad autónoma (máxima autoridad del ente), el requerimiento se formulará al mismo funcionario.

Si a pesar del requerimiento la sentencia no se cumpliera, la Sala la hará cumplir coactivamente, solicitando los medios necesarios al Poder Ejecutivo y mandará procesar al desobediente, quien quedará desde ese momento suspenso en el ejercicio de sus funciones¹⁷¹.

2.3.6. Suspensión de la Ejecución de la Sentencia.

El Capítulo VII de la LJCA regula la suspensión de la ejecución de la sentencia por alguna de las circunstancias siguientes:

- Si ocasionare o pudiera ocasionar peligro de trastorno grave del orden público de supresión o suspensión de un servicio público, esencial a la comunidad, o la privación de uso colectivo real y actual de una cosa destinada a un fin público. Esta suspensión se mantendrá durante el tiempo en que persistan las causas que la motivaron;
- Cuando su cumplimiento implicare grave detrimento de la Hacienda Pública.

¹⁷¹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 258

Sobre este régimen cabe decir que las causas de suspensión de la ejecución deben interpretarse de manera restrictiva, pues frustran la satisfacción del derecho a la protección jurisdiccional¹⁷².

Al respecto, la Sala ha establecido: *“Rafael Entrena Cuesta, al abordar el tema de la ejecución de sentencias señala que en caso de ‘imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia (...) el derecho a la ejecución se convertirá en el derecho a recibir una indemnización’. Tal posibilidad se encuentra contemplada en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que establece en el art. 34 inciso segundo: ‘si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración’. La indemnización por daños y perjuicios se traduce así en una medida de reparación secundaria y supletoria, ante la imposibilidad jurídica o material de lograr la restauración normal de la situación vulnerada. El perjuicio engloba dos supuestos diferentes: el daño emergente, entendido como la disminución real o pérdida efectiva del patrimonio que experimenta el perdidoso, y el lucro cesante, que es la privación de una ganancia o utilidad que el perdidoso tenía el derecho de alcanzar, es decir la privación de una utilidad que se hubiese obtenido ”*¹⁷³

2.5. Proceso de Lesividad.

La LJCA no regula formalmente ningún procedimiento especial. Sin embargo la tradición jurídica sitúa al proceso de lesividad entre los procedimientos

¹⁷² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 134-135

¹⁷³ Sentencia de 19 de noviembre de 2004, ref. 64-I-2001

especiales, aunque no se regule un capítulo específico y su régimen se encuentre disperso a todo lo largo de todo el articulado de la ley, para el caso, en los Art. 8, 12.2 y 9 LJCA. El recurso de lesividad es el mecanismo diseñado por el ordenamiento jurídico para la eliminación de actos administrativos favorables o declarativos de derechos y consiste básicamente en la articulación de un proceso contencioso administrativo en que la Administración Pública recurre contra su propio acto, con la pretensión de eliminarlo ostentando la posición de parte demandante, en tanto que el particular en cuyo beneficio derivan derechos del acto ostenta la condición de parte demandada.¹⁷⁴

Como es sabido, existen limitantes a la potestad revocatoria de la Administración, cuando los actos administrativos son favorables al administrado; la Administración Pública no puede revocarlos de oficio.

Frente a la necesidad de eliminar del mundo jurídico actos favorables ilegales y la imposibilidad de hacerlo por sí mismo, la Administración debe adoptar el papel de parte actora, a fin de que sea el órgano judicial quien se pronuncie sobre la legalidad de dicho acto¹⁷⁵.

La Sala ha determinado el objeto del proceso de lesividad de la siguiente forma: *“La acción invocada por el demandante es la de lesividad. Es un requisito fundamental para la conformación de dicha acción, que el acto administrativo cuya legalidad se demanda, además de ser lesivo al interés público debe ser ‘generador de algún derecho’ (...) expone García-Trevijano Fos, que acto favorable es el ‘que amplía la esfera jurídica del administrado, crea una situación jurídica favorable, libera de una obligación, crea*

¹⁷⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 128-129

¹⁷⁵ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 199

facultades, etc.’ (...) también Eduardo García de Enterría los clasifica como aquellos que afectan a un destinatario externo, favoreciéndole con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, liberándole de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo, pues, un resultado ventajoso para el destinatario. Así, la doctrina define unánimemente los actos favorables como aquellos que inciden convenientemente en los derechos de los administrados incrementando efectivamente sus facultades y prerrogativas”¹⁷⁶

¹⁷⁶ Sentencia de 28 de agosto de 2002, ref. 61-T-2002

CAPITULO 3

NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. Introducción.

A pesar de contar con la ventaja de tener un ordenamiento jurídico especial dedicado a regular exclusivamente la JCA, en la actualidad la mencionada jurisdicción atraviesa una serie de inconvenientes que dificultan el cumplimiento del derecho a la tutela judicial en materia administrativa. Tales problemas no solo se limitan al ámbito meramente normativo si no que trascienden al ámbito material e incluso estructural de todo el sector contencioso administrativo.

Es por ello necesario identificar y explicar estos problemas e inconvenientes para luego conocer los aspectos que deben ser transformados y superados en este sector.

3.2. Problemas de funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa.

3.2.1. Antigüedad de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Se sabe sobre la tradición constitucionalista de El Salvador y el significativo número de Constituciones que el mismo ha aprobado durante su historia, si bien es cierto en varias de esas constituciones se amparaba la creación de la JCA no fue sino hasta el año 1978 que se desarrollaron los preceptos

establecidos en la Constitución de 1962, la cual reconocía la tutela de los derechos e intereses legítimos de los particulares frente al actuar de la Administración Pública y tal tarea le era atribuida a la Asamblea Legislativa según lo establecía el Art. 46 Ord. 13º de la Constitución de 1962.

En virtud de todo lo anterior fue hasta el 14 de noviembre de 1978 que se promulgó la LJCA y que entró en vigencia el primero de enero de 1979.

En consecuencia, la Ley que actualmente se encuentra vigente data de hace 32 años, resultando obvio que su contenido no se adapta a las necesidades actuales de la sociedad en general. La LJCA de 1978 constituye un hito histórico para el ordenamiento jurídico salvadoreño. Representa la decidida apuesta del legislador por un determinado modelo de control jurisdiccional de la Administración, valorado en el Derecho Comparado como el mejor de los posibles, por cuanto que reúne una serie de virtudes que conjugan la unidad jurisdiccional del Estado con la regulación de un proceso dotado de plenitud de garantías y tramitado ante un órgano judicial especialmente cualificado para conocer del asunto por razón de la materia. Sin embargo, muchos de los postulados de la Ley han sido superados con el tiempo, en particular tras la promulgación de la Constitución de 1983¹⁷⁷.

En efecto, un precepto normativo y su contenido no pueden permanecer inmutables en un Estado Constitucional de Derecho y como dice AGUSTIN GORDILLO *“la mutación de las normas hace imprescindible encarar su estudio con una clara perspectiva temporal. Recursos o reclamos que empiezan bajo un ordenamiento determinado, siguen su trámite con otro y terminan con un tercero. Cambian autoridades y gobiernos cuando no el*

¹⁷⁷ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 135

*particular. La mutación es la regla incluso bajo un mismo sistema*¹⁷⁸. Así mismo, como se mencionó anteriormente, la actual Ley afronta el problema de ser preconstitucional dado que la actual Constitución es de 1983, es decir, fue promulgada 5 años después de la LJCA. Al respecto opina GAMERO CASADO “*Que es preciso interpretar la Ley jurisdiccional de acuerdo con los nuevos postulados y especialmente con arreglo al derecho a la protección jurisdiccional de los ciudadanos que proclama el texto fundamental*”¹⁷⁹

El punto de partida sobre el que ha de apoyarse necesariamente un nuevo enfoque del derecho administrativo ha de situarse en las propias premisas inderogables contenidas en la Constitución y en las elaboraciones doctrinales de la Sala de lo Constitucional que proclama con carácter general que la Administración al igual que los otros poderes públicos está sujeta de forma plena a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en las mismas condiciones que los ciudadanos¹⁸⁰.

En base a todo lo anterior es posible deducir que una ley no armoniza con los preceptos constitucionales vigentes (y basada en disposiciones de constituciones derogadas), no solo genera dificultades de carácter práctico sino que además no cumple con las expectativas de brindar una efectiva tutela judicial en materia administrativa; convirtiéndose así la antigüedad de

¹⁷⁸ GORDILLO, AGUSTIN, “*Tratado de Derecho Administrativo: El Procedimiento Administrativo*”, Tomo 4, Segunda Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002. Pág. VII-4

¹⁷⁹ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 135

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, *Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva*, Editorial Civitas, 1º Edición, España, 1998. Pág. 257

la Ley en un primer gran obstáculo para una pronta y cumplida justicia administrativa.

3.2.2. La Sala de lo Contencioso Administrativo como único órgano competente en materia contencioso administrativa.

Como es evidente en El Salvador existe un único órgano encargado de conocer los procesos contenciosos administrativos, y por tanto el único órgano al cual los ciudadanos pueden acudir cuando precisen la resolución de controversias suscitadas con la Administración Pública. De hecho, ni siquiera existe uniformidad de procedimientos administrativos, de tal manera que el proceso contencioso administrativo se convierte en la única opción para obtener un fallo de carácter judicial luego de agotar la vía administrativa.

La actual composición de la JCA es hasta cierto punto justificada, esto debido a dos fuertes razones: en primer lugar, la necesidad de que exista uniformidad de criterios jurisprudenciales en materia contenciosa administrativa; y en segundo lugar, la escasa litigiosidad que existía sobre esta materia en la época en que fue promulgada la actual ley. Pero como se mencionó anteriormente, esta situación genera un obstáculo en la obtención de justicia administrativa, dado que las leyes no pueden permanecer estáticas mientras la sociedad avanza al desarrollo. Y como bien establece GARCIA DE ENTERRIA citado por JOSE MARIA AYALA *“La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos la más grande garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es sobre todo verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses*

*particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan*¹⁸¹

De todo lo anterior se advierten dos grandes problemas a los que se enfrenta la justicia administrativa:

- La actual composición de la JCA implica que sea únicamente la SCA la que resuelve absolutamente todos los asuntos contenciosos en materia administrativa sin importar la relevancia, cuantía o especialización del asunto a tratar, pues como menciona GAMERO CASADO *“el hecho de que la Corte Superior conozca ahora de todos los asuntos determina que se ocupe de litigios o asuntos de relevancia menor, que no merecen el enorme compromiso de esfuerzos que despliega un tribunal de su categoría”*¹⁸². En consecuencia, dado que la litigiosidad en materia contencioso administrativa ha aumentado en los últimos años, esto supondría una acumulación de trabajo para la SCA, situación que volvería lenta y por tanto ineficaz a la JCA.

- De igual manera, el hecho de que la única Sala encargada de resolver se encuentre en la ciudad capital implica que el proceso se torne dificultoso y hasta cierto punto inaccesible para el ciudadano que pretende interponer y llevar a feliz término un recurso contencioso administrativo¹⁸³. Esta circunstancia implica un alejamiento de parte del órgano judicial hacia la población que desee interponer un recurso contencioso administrativo y que

¹⁸¹ AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 144

¹⁸² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 18

¹⁸³ Como menciona AYALA, JOSE MARIA., op. cit., pág. 144: *“Debido a esto, un administrado se planteará seriamente acudir a esta sede por un caso de baja cuantía, en casos que puede ser mayor el gasto que le ocasione el pago de un abogado que le asesore”*.

no resida dentro de la capital, generándose así la inobservancia de la tutela judicial efectiva que la SCA, en particular, está llamada a respetar.

3.2.3. Mora judicial en materia Contencioso Administrativa.

Uno de los vicios mas graves existentes que no tienen una ley que regule los recursos propiamente administrativos, es la lentitud con que obra la autoridad pública para evacuar una resolución incluso en numerosas oportunidades la clásica negativa a pronunciarse mediante la cómoda solución de demorar indefinidamente el proceso sobre el cual debe resolver¹⁸⁴.

Actualmente otro de los problemas que afectan al sector contencioso administrativo es la lentitud con que se resuelven los procesos respectivos. En la mayoría de casos los procesos tardan hasta dos años en resolverse y en los últimos años se ha observado un aumento de las demandas en esta materia, lo que genera más casos sin resolver, como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

Año	Demandas Ingresadas	Desistimientos	Inadmisiones	Sentencias definitivas
1994	36	5	12	20
1995	260	3	11	1
1996	125	2	29	17
1997	100		29	33
1998	117	4	33	45

¹⁸⁴ JIRON VARGAS, ENRIQUE Y OTROS. “Lo Contencioso-Administrativo”, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1959. Pág. 219.

1999	158	6	32	53
2000	243	11	26	64
2001	293			100
2002	488	16	81	66
2003	266	24	143	153
2004	276	17	231	107
2005	253	23	47	70
2006	317	11	38	92
2007	475	11	57	49
2008*	376	3	6	69
2009**	387			94
2010	402			
Total	4572	136	775	1033

(*Datos actualizados hasta 2008 en caso de desistimientos e inadmisiones y
 **hasta 2009 en caso de las sentencias definitivas)

Las causas que dan pie a esta circunstancia son variadas, por ejemplo, como se mencionó anteriormente, la existencia de un solo órgano resolutor, el actual diseño del proceso contencioso administrativo, la complejidad de los casos, entre otras causas.

Esta situación lesiona directamente el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸⁵, dado que mantiene al particular en una situación de incertidumbre jurídica

¹⁸⁵ Al respecto GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. VIII-1, considera lo siguiente: “El tema de la lentitud del procedimiento y su lesión a la efectividad de la tutela está presente desde tiempo inmemorial en el derecho. En un mundo globalizado ‘los gobiernos toman conciencia de que la atracción de inversiones pasa de forma prioritaria por dotarse de una administración eficaz’. Por ello quienes se dedican a tutelar las potestades de la administración y a protegerla de las consecuencias de sus arbitrariedades, sin importar la

por un periodo prolongado de tiempo, y ello sumado a la falta de regulación de medidas cautelares diferentes a la suspensión de la ejecución (la cual se tratará mas adelante) en algunos casos desemboca irremediabilmente en daños irreparables o de difícil reparación al administrado, aun cuando la sentencia sea estimatoria a su pretensión¹⁸⁶.

3.2.4. Falta de Inmediación y Oralidad en el proceso Contencioso Administrativo.

La inmediación es la exigencia de la presencia judicial en las declaraciones, actos de prueba y comparecencias o vistas que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución

La normativa vigente sobre el proceso contencioso administrativo regula en un proceso totalmente escrito, en el que se le da más importancia al expediente administrativo que a las alegaciones que puedan brindar las partes. La falta de oralidad en el proceso genera una reducción de oportunidades para las partes a fin de comprobar los hechos que alegan. Y asimismo, la falta de inmediación importa un alejamiento del juez hacia las partes, en la medida en que la ley no prevé contacto entre el juez y las partes

demora para el particular, no advierten que descolocan más a un país en el concierto de las naciones. La notoria prolongación, a veces de muchos años, en la tramitación de los asuntos obliga a tener una visión serena sobre la importancia de los plazos o términos”.

¹⁸⁶ Menciona GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. XIII-1: “El arma más fuerte que tiene la administración contra el administrado en el procedimiento administrativo es la demora y la inercia; frente a las urgencias empresariales o privadas, el lento pero inevitable transcurso del tiempo sin que se produzcan los necesarios pasos o etapas del procedimiento hacia una resolución final, produce un efecto profundamente lesivo del derecho del administrado para el cual no hay solución alguna verdaderamente efectiva. La experiencia indica que en la mayor parte de los individuos el transcurso del tiempo en la evolución de sus reclamos administrativos o juicios contra la administración inevitablemente los desgasta y que el eventual éxito en la gestión no es moralmente reparador en grado proporcional al perjuicio inicialmente sufrido emocional y anímico de haber tenido que batallar”

durante el proceso, ni siquiera en la etapa de producción de la prueba, volviendo nugatoria la exigencia de inmediación en el PCA, de la manera en la que actualmente esta estructura.

La tradicional afirmación de que los principios de oralidad e inmediación no encuentran natural acomodo en el PCA suele ser justificada aludiendo unas veces a la específica naturaleza y complejidad técnica del proceso contencioso y, en otras ocasiones, a la situación de colapso que de modo especial afecta a este orden jurisdiccional.

Se habla de que las actividades procesales tienen una característica muy peculiar en el proceso en el que ordinariamente se discute sobre una cuestión jurídica cuyos supuestos de hecho aparecen por lo general suficientemente precisados y por ende, aceptados por ambas partes en la actividad instructora aceptada por la administración en el expediente antes del planteamiento judicial del conflicto. En estos casos el debate es predominantemente jurídico, en ocasiones de una gran complejidad técnica y exigen un análisis detenido del expediente administrativo, lo que lleva por lo general a prescindir de la fase probatoria¹⁸⁷.

Ante estos argumentos es necesario hacer algunas observaciones. Por un lado, frente a la reiterada afirmación de que el contencioso es un proceso eminentemente técnico en el que se dilucidan cuestiones de derecho y no de hecho (de donde se extrae la consecuencia de que no resulta primordial la celebración de una vista que tenga por objeto la aportación de pruebas y el debate sobre las mismas), es necesario precisar que no hay razones para pensar que cualquier cuestión técnico jurídica, por compleja que sea, solo

¹⁸⁷ AA. VV., *Cuadernos de Derecho Judicial Jurisdicción Contencioso- Administrativa: Aspectos Procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992. Pág. 278-279

puede ser abordada mediante escritos cruzados de las partes y no pueda ser debatida oralmente entre profesionales del derecho.

Por otra parte, la repetida alusión al tecnicismo del proceso deriva de aquella concepción originaria del contencioso administrativo francés, que pretende asemejarlo a un proceso de apelación civil. Es claro, sin embargo, que aquel modelo originario debe entenderse superado, pues el contencioso administrativo se concibe hoy como un proceso de plena jurisdicción donde no solo se revisa la legalidad objetiva del acto administrativo, sino que también se resuelven pretensiones referidas a derechos o interese de los administrados¹⁸⁸.

En base a las consideraciones anteriores puede precisarse que ya no existen argumentos que justifiquen en manera alguna la continuidad de proceso escrito. Por el contrario, este modelo es reflejo del antiguo mito del carácter revisor que se otorga a la JCA, en consecuencia, la falta de aplicación de los principios de oralidad e intermediación, mantienen a la JCA desactualizada en relación a la evolución del derecho administrativo (y del derecho en general que ya supero en todas las materias la concepción de actuaciones escritas).

3.2.5. Aspectos no regulados en la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

3.2.5.1. Actividad Probatoria.

La única referencia que la actual legislación hace de una posible “*fase probatoria*” en el proceso contencioso administrativo es en los Arts. 26 y 27

¹⁸⁸ AA. VV., op. cit., pág. 179

LJCA, que remiten a los medios probatorios previstos en el derecho común, exceptuándose la absolución de posiciones. Esta remisión al Derecho Civil supone un problema al momento de ser aplicada, esto debido en, primer lugar, a la especialidad que importa el derecho administrativo y sus claras diferencias con el derecho civil¹⁸⁹. Simplemente no es posible analogar los procedimientos que presume cada medio de prueba en el Derecho Procesal Civil al Derecho Administrativo, en lo referente a la práctica de cada prueba.

Asimismo, la LJCA establece que la prueba se practicará “si fuera necesario”. También esta ambigüedad genera diferentes dificultades, en tanto no se especifica cuando el tribunal ha de considerar necesario el trámite de práctica de pruebas, siendo entonces facultad del tribunal decidirlo de manera discrecional. La situación anterior es, una vez más, reflejo del carácter revisor del PCA en la normativa nacional, en el que el tribunal únicamente se limita a examinar la legalidad o ilegalidad del acto, sin entrar al control de los hechos.

¹⁸⁹ Similar situación ocurre en España, BLANQUER, DAVID, *La Prueba y el Control de los Hechos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2006. Pág. 48: “En relación a la prueba, el artículo 60.4 LJCA se limita a hacer una revisión expresa, pero genérica y en blanco a la LEC. ‘la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil’. En la LJCA de 1998 no hay una regulación propia acerca de la carga de la prueba, ni sobre los medios probatorios. La LJCA utiliza dos técnicas distintas para regular su relación con la LEC, en ocasiones hay una remisión expresa como la contenida en el artículo 60.4 LJCA; otras veces la LEC se aplica como norma supletoria ante el silencio de la LJCA y para evitar una laguna del ordenamiento jurídico.

La simple remisión en blanco a la LEC resulta manifiestamente insatisfactoria, la incertidumbre se refiere tanto a los trámites que deben ser cumplidos y sustanciados en la fase de prueba, como a los principios en los que debe inspirarse el proceso en lo que atañe al material factico (¿el principio de aportación que caracteriza a las normas dispositivas y que dejan abierta la iniciativa a la autonomía de la voluntad de las partes del proceso? ¿principio inquisitivo que caracteriza a las normas imperativas que protegen intereses generales?)”.

Tampoco existe regulación acerca de quien debe o puede solicitar la práctica de prueba, ni el momento en que pudiere hacerse tal solicitud. Asimismo, la presunción de legalidad del acto del cual goza la administración la inhibe de estar obligada a presentar pruebas de que el acto emitido fue conforme a derecho; y en el caso del particular existe la incertidumbre sobre si ofrece o no prueba en su escrito inicial, sin importar si en sede administrativa se le admitió o no la prueba.

Aunado a esto, a pesar de que la SCA ha contemplado en diversa jurisprudencia estos aspectos, la aprobación del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil implica una nueva dificultad pues la SCA deberá empezar a evaluar si es posible aplicar todos los medios de prueba contemplados en la nueva normativa, los que en su mayoría, por su naturaleza, resultan incompatibles en la practica de la manera en que se prescribe en el Código Procesal Civil y Mercantil, dado el carácter escrito del PCA.

3.2.5.2. Medidas Cautelares.

Como se mencionó en el capítulo dos, la única medida cautelar regulada en nuestro medio es la suspensión de la ejecución del acto. Ciertamente, por la vía jurisprudencial se han reconocido la existencia de medidas innovativas, pero esto se ha hecho en casos específicos y no ha existido reforma alguna la actual normativa en esta materia. De hecho la LJCA ni siquiera amplía el termino “Medidas Cautelares” y mucho menos enumera los requisitos y alcances que puede tener la única medida regulada. Lo anterior igualmente ha tenido que ser contemplado y resuelto por la jurisprudencia.

La situación planteada constituye un problema en tanto que, ante un procedimiento lento y engoroso, la única forma de evitar daños en la esfera

jurídica del administrado es mediante la adopción de medidas cautelares por cuanto estas sirven para hacer practica y efectiva la defensa de los derechos e intereses legítimos¹⁹⁰. Y la regulación de este tema es deficiente, en consecuencia la defensa de los derechos e intereses del administrado en el proceso serán deficientes.

Por otro lado, los administrados se encuentran en mas desventaja aun si se toma en cuenta la posición y privilegios de la Administración en cuanto a los actos que dictan y los efectos de estos, los cuales resultan a veces irreversibles si no se protegen con suficiente antelación y de manera efectiva los derechos del particular¹⁹¹.

La existencia de una sola medida cautelar en la normativa contencioso administrativa salvadoreña tiene una razón histórica, como bien lo explica GAMERO CASADO: *“debido al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, tradicionalmente la única medida cautelar reconocida por el*

¹⁹⁰ Establece GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 3ª edición ampliada, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2006. Pág. 205: *“El fundamento de derecho de las medidas cautelares es el que toma la nueva doctrina. La cual debe, en efecto, partir de la existencia de un rasgo de perjuicios para el que pide la suspensión pero no desde la perspectiva formal de la simple reparabilidad de tales perjuicios, sino desde la perspectiva de la incidencia de tales perjuicios precisamente sobre la tutela efectiva que en proceso ha de otorgarse a quien ostente los derechos o intereses legítimos tutelables. Mas llanamente: el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final. Ese riesgo y no otro”*.

¹⁹¹ Al respecto dice GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO., *La Batalla...*, op. cit., pág. 206: *“la Administración goza del insuperable poder de la de la autotutela en virtud del cual hace ejecutoria sus decisiones, sean estas las que sean, y es capaz de imponerlas de hecho por sus propios medios a los administrados que no las ejecutan o las admiten en grado. Los administrados tendrían que ser de sustancia divina si no abusaran con alguna frecuencia de ese formidable poder que echa sobre el administrado o la tremenda carga de un proceso impugnatorio cuyo final se demora a cuatro, a siete, a diez años. Con cierta habitualidad la Administración dice que los administrados afectados que es posible que tengan razón, incluso que la tienen, pero que va a tardar largos años en que los tribunales se la reconozcan, por lo que le conviene más hacer algún ‘convenio’ con la Administración”*.

ordenamiento jurídico ha sido la suspensión. Si de lo que se trata es anular un acto, la suspensión de sus efectos se presenta como la medida cautelar más evidente y directa que puede adoptar el tribunal. No obstante, la práctica demuestra la insuficiencia de esta medida en muchos casos, y especialmente en aquellos en los que el demandante pretenda el reconocimiento de un derecho, puesto que aun no disfruta de él, la suspensión del acto desestimatorio carece de sentido, dado que no le reconoce cautelarmente el ejercicio de un derecho”¹⁹²

Al respecto de lo anterior, se plantean los siguientes ejemplos: si una persona solicita el ingreso en un centro de enseñanza y este se lo deniega, no podrá disfrutar de su derecho a la educación en tanto que se dicte la sentencia, lo que puede provocarle el daño irreparable de no poder presentarse a los exámenes o incluso de perderse un curso académico. Asimismo, si por ejemplo, el demandante pretende el reconocimiento de una pensión que constituye su único medio de sustento, puede carecer de ingresos económicos hasta el momento en que se dicte sentencia estimatoria. Todo esto pone en relieve la insuficiencia de la medida de suspensión de los actos administrativos a la luz del derecho a la protección jurisdiccional.

3.3. Aspectos a Regular.

Expuestos algunos problemas de funcionamiento que afronta actualmente la JCA es notorio que una simple reforma de la LJCA vigente no lograría por sí misma una efectiva justicia administrativa. Ante esto surge la necesidad de una profunda transformación en materia contencioso administrativa y la ya

¹⁹² GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 103

probada ineficacia de la obsoleta LJCA; transformación que solo podría alcanzarse a través de la promulgación de una nueva ley que regule al mencionado sector.

En virtud de lo anterior, se vuelve imperativo enunciar y desarrollar los aspectos mínimos que debería contener una nueva normativa sobre esta materia, basado en lo que la doctrina moderna plantea al respecto y en la experiencia de otros países en los cuales se ha implementado nueva legislación en materia contencioso administrativa, rescatando lo que resulte pertinente en cada caso y contrastándolo con lo que resulte aplicable en nuestro país.

3.3.1. Necesidad de la ampliación del ámbito material de la jurisdicción contencioso administrativa.

A pesar de que el Art. 2 y 3 de la actual LJCA contemplan el ámbito material de la jurisdicción, existen muchos aspectos que no han sido tomados en cuenta o que incluso han sido enumerados en el Art. 4 LJCA, dentro de la actividad excluida en la jurisdicción, aun cuando por su naturaleza deberían ser considerados dentro del ámbito material de la JCA.

Como se estableció en el Capítulo Dos, algunos de estos aspectos han sido desarrollados jurisprudencialmente, reconociendo incluso en algunos casos de manera excepcional a algunas de las actividades consideradas como excluidas. Pese a ello, la no regulación de estos aspectos sigue representando un problema, dado que el administrado, la mayoría de veces ignora la jurisprudencia emitida por la SCA y debido a ello se abstiene de interponer un recurso contencioso administrativo, aun y cuando este pudiera ser perfectamente tramitable, lo que lo obliga incluso a recurrir a otras vías como es el Amparo ante la SC.

Los aspectos a los que se ha hecho referencia son los siguientes:

a) *Actos políticos.*

Al ser contemplados estos actos como una actividad excluida, se deja a un lado actos que si pudieran ser ventilados en la JCA, provocando indefensión al administrado, pues en algunos casos no siempre será el recurso de inconstitucionalidad la vía idónea para impugnar algunos actos de gobierno, pues como la misma jurisprudencia ha reconocido, tales actos políticos poseen aspectos reglados que son susceptibles de control judicial.

Algunos autores son de la opinión que esta exclusión genera las siguientes consecuencias:

- El intento administrativo de reducir los ámbitos de control judicial por la vía de oponer la caracterización política del acto objeto de un recurso judicial;
- El notable riesgo de trasgredir el principio de separación de poderes, principio que reconoce al poder ejecutivo un ámbito de funciones políticas propias que en ningún momento deben ser controladas por terceros. En todo caso, esta causa de exclusión debe interpretarse de manera limitada debido a los ya mencionados aspectos reglados que conllevan los actos políticos de gobierno¹⁹³.

Es un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contencioso administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación

¹⁹³ AYALA, JOSE MARÍA., op. cit. pág. 152.

gubernamental inmune al Derecho¹⁹⁴. En base a ello, los actos políticos, deben ser controlados por la jurisdicción contencioso administrativa. Pero este debe ser un control exclusivamente parcial de dichos actos, alcanzando a los elementos reglados que contiene todo acto político pero sin inmiscuirse en el núcleo de oportunidad política propio de estos actos, evitando así vulnerar el principio de independencia entre los poderes de la República.

Por otro lado, también es necesario aclarar que no todos los actos políticos y sus aspectos reglados serán susceptibles de control contencioso administrativo, pues el control de algunos corresponde exclusivamente a la SC. Por ello, una futura legislación debería hacer la respectiva diferenciación.

b) Vía de hecho.

A diferencia del caso anterior, este aspecto no es contemplado siquiera como actividad excluida dentro de la LJCA, representando un severo problema puesto que al no existir un acto expreso o presunto por parte de la Administración, no es posible acceder a la vía contencioso administrativa, no obstante exista violación o infracción de las normas jurídico administrativas que una actividad material conlleva. Aun y cuando algunos autores hablan de que esta actividad material de la Administración puede ser impugnada haciendo una interpretación extensiva del Art. 7 Lit. b) de la LJCA, siempre queda a criterio de la SCA determinar si admite o no el recurso mediante esa vía lo cual genera indefensión en los casos en que la actividad material no pueda ser considerada como un acto nulo de pleno derecho. Asimismo debe aclararse, que para poder impugnar la vía de hecho de esta manera, siempre resulta necesario pedir a la Administración que cese la vía de hecho, para

¹⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II..., op.cit., pág. 614-615.

obtener así un acto expreso o presunto, el cual si pueda ser impugnado ante la SCA.

Al ser este un caso especial en el que la Administración actúa fuera de lo que la ley preceptúa, es imperativo que se regule no solo la admisión del recurso en estos casos, sino también debe definirse qué debe entenderse por vía de hecho, y los requisitos o presupuestos bajo los cuales la SCA admitiría el respectivo recurso. Asimismo, deben contemplarse los diferentes casos o supuestos en los que puede operar la vía de hecho, como los mencionados en el Capítulo Dos, sin que esta enumeración se vuelva taxativa sino más bien ejemplificativa.

c) Inactividad de la Administración Pública.

Si bien es cierto la actual LJCA contempla la ya explicada figura del silencio administrativo, (denominándole la Ley “denegación presunta”), existen supuesto de inactividad de la Administración que no son contemplados dentro de la Ley, supuestos enmarcados dentro de lo que la doctrina llama: Inactividad administrativa material.

Esta inactividad administrativa material puede darse en los casos en que la Administración está obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas y no realiza dicha prestación. Asimismo puede configurarse esta inactividad en los casos en que la misma Administración no ejecute sus actos firmes. En estos casos, al no haber hecho el administrado una petición expresa, no puede interponer un recurso contencioso administrativo aduciendo denegación presunta, quedando pues en un estado de indefensión manifiesta.

Hasta ahora la larga vía de convertir la inactividad material en inactividad formal, mediante la técnica del silencio administrativo, con la carga de impugnar este para conseguir una sentencia anulatoria, con cuya ulterior y laboriosa labor podría, eventualmente, conseguirse una condena de hacer a la Administración, ha hecho de las situaciones de inactividad material uno de los ámbitos más notoriamente desprotegidos de la justicia administrativa, lo cual resulta especialmente grave en una situación generalizada de “*Administración prestacional*” u obligada legalmente a efectuar prestaciones y servicios a favor de los ciudadanos¹⁹⁵.

Por lo anterior no basta con regular únicamente la inactividad formal sino que debe ampliarse la regulación a toda inactividad de la administración, incluida por tanto la inactividad material. Será necesario entonces que se preceptúen los casos en los que se considere que exista inactividad material, como lo ha realizado la legislación española¹⁹⁶.

d) Contratación administrativa.

El mayor problema que se deriva en este aspecto es que en la mayoría de los casos la contratación administrativa es considerada, incluso por la SCA, actividad privada de la administración, quedando por tanto excluida de la

¹⁹⁵ GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo II., op. cit., pág. 641.

¹⁹⁶ Comenta GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “*Curso de Derecho Administrativo*”. Tomo II..., op.cit., pág. 641: “*El Art. 29 LJ contempla dos supuestos característicos de inactividad material. El primero ‘cuando la Administración, en virtud de una disposición que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieren derecho a ello pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación’. La segunda modalidad es aun más simple: ‘cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición’ ”*

impugnación ante la misma Sala. No obstante que la SCA ha reconocido la impugnabilidad de los actos administrativos que se dicten dentro de la contratación, la Ley no menciona nada al respecto, dejando al administrado, como en el caso de los actos políticos, sin conocimiento de que dichos actos pueden ser impugnados en esta jurisdicción.

Aun y cuando siempre es necesario que la actividad privada de la Administración este excluida de la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario también que se incluya dentro del ámbito material de la mencionada jurisdicción algunos aspectos de la contratación administrativa, como son los actos previos a la celebración del contrato, es decir, los dictados en el trámite de licitación que concluye con la adjudicación los cuales tienen carácter administrativo. Así, será necesario que en la regulación de este aspecto sea suficientemente especificado el supuesto en el que pueda impugnarse la contratación administrativa, dejando claro a su vez que lo concerniente a los contratos y los conflictos que se susciten en torno a esto deberán ser resueltos en una sede judicial distinta.

e) *Reglamentos.*

Al respecto de ello, opina GAMERO CASADO *“el problema en este punto reside en la limitación que se observa en la LJCA, que solo reconoce la posibilidad de deducir la demanda contencioso administrativa contra actos, por lo que contrario sensu, no resulta posible interponerla contra reglamentos. Podría añadirse a esto que el particular no queda desprovisto de tutela judicial, por cuanto que, frente a la existencia de un reglamento ilegal podría interponer los procesos de inconstitucionalidad que reconocen tanto la Cn como la Ley de procedimientos constitucionales. No obstante, hemos de reparar en el hecho de que ocasionalmente se esconden bajo la*

forma de disposiciones reglamentarias una serie de contenidos que no pueden calificarse propiamente como reglamentarios, sino más bien de actos administrativos recogidos en una disposición reglamentaria. Se trata de los reglamentos autoaplicativos, es decir, de aquellos que provocan efectos directos sobre situaciones jurídicas individualizadas, afectando a derechos sustantivos de que disfrutaban los ciudadanos”¹⁹⁷.

Es indispensable asimismo que el llamado recurso indirecto contra reglamentos, sea previsto en una futura LJCA, no limitándose únicamente a declarar ilegal un acto basado en un reglamento ilegal (como sucede actualmente), sino extendiendo la competencia de la SCA a declarar la ilegalidad misma del reglamento, puesto que al no anularse el reglamento este sigue incorporado al ordenamiento jurídico y resulta susceptible de sucesivos actos de aplicación posterior, a pesar de que existan sentencias que hayan declarado la nulidad del reglamento mediante la estimación de un recurso indirecto.

Debe aclararse que en principio, el recurso indirecto contra reglamento dirigido a declarar su inconstitucionalidad es competencia reservada a la Sala de lo Constitucional. Esto significa que a la SCA le correspondería conocer acerca del recurso directo contra reglamentos solo cuando se alegue vulneración de leyes secundarias pero no cuando se pida su declaración de inconstitucionalidad¹⁹⁸.

¹⁹⁷ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit. pág. 31.

¹⁹⁸ GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit. pág. 33.

f) Actos de los concesionarios públicos.

Concesionario publico es la persona física o jurídica de naturaleza privada –y que, por tanto, en su régimen de constitución y actividad se rige por el derecho civil y mercantil- a la que la Administración, tras seguir un proceso de selección público y objetivo, asigna el desarrollo de una obra pública o la prestación de un servicio público de un cierto sector o espacio de actividad cuyo conocimiento corresponde a esa administración contratante¹⁹⁹.

En base a lo anterior, se entiende que los conflictos que surjan entorno a la concesión de un servicio se regirían por el derecho común, pero el problema radica en que los concesionarios muchas veces realizan potestades administrativas, las cuales han sido otorgadas por la misma Administración, pero no ejecutadas por esta, por lo que el administrado no podría interponer un recurso contencioso ante uno de estos actos dado que le Art. 2 LJCA limita la competencia d la SCA a los actos dictados por una Administración Pública e incluso define cuales instituciones se consideran Administración pública dejando de lado a los concesionarios y en consecuencia, dejando sin control judicial los actos de naturaleza administrativa dictados por estos.

Como se menciona anteriormente, los concesionarios de servicios públicos, con independencia de los actos y negocios de índole privada que puedan realizar, ejercitan también, en ciertos casos, auténticas funciones públicas, por delegación de la Administración concedente. En estos supuestos y solo en ellos, los actos realizados por el concesionario en el marco de la

¹⁹⁹ AYALA, JOSE MARÍA., op. cit. pág. 155.

delegación recibida son auténticos actos administrativos cuyo conocimiento corresponde a la JCA²⁰⁰.

3.3.2. Interposición del Recurso

Todo proceso contencioso administrativo debe iniciar necesariamente con la presentación de un escrito en que se exponga el objeto del recurso contencioso, es por ello necesario regular de manera exhaustiva los requisitos, plazos, y efectos de la interposición del mencionado escrito para evitar confusiones y dificultades que impidan el acceso a la justicia.

Ello no implica que, como la misma SCA lo ha manifestado que deba excederse en formalismos a la hora de interponer un recurso sino al contrario, debe tomarse en cuenta el principio antiformalista²⁰¹ que rige al derecho administrativo en general. De hecho, en países como España se prevé la posibilidad de interponer un escrito simple donde se solicita que se tenga por interpuesto el recurso, con la posibilidad de ser desarrollado posteriormente. Esto con el objetivo de apartarse del modelo civil y su excesiva formalidad²⁰².

²⁰⁰ Según establece GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II..., op.cit., pág. 605. La legislación española contempla este supuesto: “Así lo precisa hoy el Art. 2. d) LJ: los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”

²⁰¹ En palabras de GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. III-22: “En esta materia rige el principio legal del informalismo, conforme al cual corresponde excusar la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplida posteriormente”.

²⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II...,op. cit., pág. 644. Al respecto opina: “El proceso

Por ejemplo, en la legislación de Costa Rica se establecen los requisitos que debe contener la demanda en el Art. 58: “1) *Agotada la vía administrativa cuando así se elija o dentro de los plazos previstos en los artículos 34, 35 y 39 de este Código, el actor deberá incoar su demanda en la que indicará, necesariamente:*

- a) *Las partes y sus representantes.*
- b) *Los hechos y los antecedentes, en su caso, relacionados con el objeto del proceso, expuestos uno por uno, enumerados y especificados.*
- c) *Los fundamentos de Derecho que invoca en su apoyo.*
- d) *La pretensión que se formule.*
- e) *Cuando accesoriamente se pretendan daños y perjuicios, se concretará el motivo que los origina, en qué consisten y su estimación prudencial.*
- f) *Las pruebas ofrecidas.*
- g) *Cuando también se demande a sujetos privados, el lugar para notificarle el auto inicial”.*

En cuanto a los requisitos sustanciales, de acuerdo con una reiterada doctrina y practica administrativa, ellos se reducen a que exista una clara manifestación de voluntad del interesado de obtener un nuevo

contencioso-administrativo comienza con la presentación de un simple escrito en el que el recurrente se limita a solicitar del tribunal que se tenga por interpuesto el recurso contra el acto, disposición, inactividad o vía de hecho que expresamente se designe. Este modo de iniciar el procedimiento es ya tradicional desde la vieja Ley Santamaría de Paredu, que sustituyó con el sistema establecido en 1845 por las leyes que implantaron la jurisdicción contencioso-administrativa, en las cuales se preveía que el proceso había de comenzar con la presentación de la demanda, como es habitual en el proceso civil ordinario. El apartamiento del modelo civil está en este caso justificado plenamente. El proceso contencioso –administrativo tiene normalmente carácter impugnatorio, su finalidad es, por consiguiente, combatir un acto, disposición, inactividad o vía de hecho determinados y esto no puede hacerse eficazmente sin tener a la vista el expediente que ha dado lugar al objeto contra el que ejercita la pretensión. Resulta, pues obligatorio desdoblar la impugnación en dos momentos, limitando la fase inicial a enunciar la impugnación para que, a su vista, se emplace a todos los demandados e la forma que ya conocemos y se reclame el envío al tribunal del expediente administrativo de forma que, en una segunda fase, el recurrente pueda formalizar su demanda con conocimiento de causa en base al expediente en cuestión”.

pronunciamiento de la Administración, en el caso de que se impugne un acto administrativo preexistente, o una expresión concreta de lo que se solicita, no habiendo impugnación de acto: “la petición concreta en términos claros y precisos”²⁰³.

Por ello, la omisión del cumplimiento de requisitos formales no debería ser obstáculo para interponer el recurso.

En cuanto a los plazos no existe la posibilidad de regular un único plazo, dado que existen diversos supuestos aparte de la emisión de un acto, como por ejemplo: el silencio administrativo, la inactividad de la Administración y el proceso de Lesividad. Por ello es imperativo que en cada caso, por especialidad de cada situación se establezcan plazos diferentes para interponer el recurso.

Finalmente, el otro aspecto que debe ser regulado es el relativo a la enunciación de los efectos que produce la interposición del recurso. Esto con el objetivo de evitar situaciones como el doble juzgamiento o que se altere el objeto del proceso; así mismo puede ser útil para los casos de prescripción y caducidad de la acción y la aprobación o denegación de medidas cautelares.

3.3.3. Notificaciones y emplazamiento

Como es sabido, uno de los derechos de las partes en un proceso es el de conocer las resoluciones que emite el juzgador. Este último debe realizar tal actuación judicial mediante lo que se conoce como notificación, que importa

²⁰³ GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. III-29

un conocimiento cierto del acto por el destinatario, a diferencia de la publicación que supone un conocimiento ficto por los resultados²⁰⁴. En otras palabras, debe existir certeza de que la parte conocerá el acto que se intenta comunicar, o por lo menos, el juzgador debe agotar todas las vías posibles para lograr este cometido.

En base a lo anterior, no basta que la ley mencione que un determinado acto se notificará sino que debe regularse de manera amplia los medios por los cuales se dará a conocer el acto. Además deben tenerse en cuenta no solo los medios tradicionales (edictos, tablero judicial, telegrama, fax, etc.) si no también las formas modernas de comunicación, como lo ha hecho en cierto modo el actual Código Procesal Civil y Mercantil, tomando en cuenta la especialidad de la materia en cuestión.

Asimismo, no tiene sentido hacer una enumeración de los actos administrativos que deben notificarse pues la regla es simple: deben notificarse todos los actos que estén destinados a producir efectos respecto de una persona física o jurídica²⁰⁵. Además, no basta con que se notifique únicamente la parte resolutive, puesto que, para lograr una defensa efectiva de sus derechos, el particular debe conocer el acto del tribunal en su totalidad incluyendo no solo la parte resolutive sino su motivación.

En cuanto al emplazamiento, la actual normativa no regula la forma en que deberá emplazarse a la Administración demandada, de la lectura de la ley se colige que tal emplazamiento se lleva a cabo cuando la SCA solicita a la Administración requerida el informe respectivo: bien el relativo a la eventual

²⁰⁴ GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. V-5

²⁰⁵ GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. V-6

suspensión del acto administrativo que contempla el Art. 20 LJCA²⁰⁶ o bien el informe de contestación de la demanda que establece el Art. 24 LJCA.

La mencionada situación genera una serie de dificultades, en cuanto no se prevé de manera alguna quien es el funcionario autorizado para rendir el informe, ni los requisitos que debe reunir el mencionado informe. Asimismo, tampoco se contempla la idea de emplazamiento personal en casos especiales en que se necesite hacerse de la forma indicada.

Por tanto es indispensable que una nueva normativa contemple todos estos aspectos, así como las posibilidades de emplazar por edictos o de cualquier otra forma (por ejemplo, emplazamientos por medios electrónicos) a fin de agiliza la respuesta de la Administración demandada y en consecuencia agilizar el trámite del proceso.

Por otro lado, debe regularse de manera específica la manera en que debe realizarse el emplazamiento a otras partes procesales (terceros interesados en el litigio y el señor Fiscal General de la República)²⁰⁷

²⁰⁶ Establece esta disposición: “*Ordenada o no la suspensión provisional, se pedirá informe a la autoridad o funcionario demandado, acompañando una de las copias que se refiere el artículo 10. Este informe deberá rendirse por la vía telegráfica o por cualquier medio de comunicación análogo dentro de cuarenta y ocho horas.*”

El hecho de haber recibido el demandado la petición de informe a que se refiere este artículo, se podrá establecer por cualquier medio razonable que conste en el proceso”.

²⁰⁷ Pues como se menciona en Cuadernos de Derecho Judicial., op. cit., pág. 263: “*Una doctrina jurisprudencial ya consolidada viene afirmando la insuficiencia de la forma de emplazamiento prevista, imponiéndose entonces la necesidad de que el tribunal emplaze personalmente a aquellos interesados de cuya identidad y domicilio hubiese constancia en las actuaciones. No obstante, no es exigible al tribunal una labor de investigación para averiguar los datos del posible interesado, y tampoco podrá aducir indefensión por falta de emplazamiento quien, habiendo conocido o podido conocer la existencia del expediente administrativo o del ulterior recurso contencioso que hubiere comparecido debido a su propia negligencia”.*”

3.3.4. Necesidad de ampliar la tutela cautelar

Anteriormente se manifestó que la actual legislación sobre este tema resulta por demás insuficiente, por lo que cabe mencionar los aspectos que deberían ser regulados en cuanto a ello²⁰⁸.

En primer lugar, es necesario normativizar los principios mediante los cuales podrá aplicarse una medida cautelar; aunque jurisprudencialmente se han reconocido como principios el *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, es indispensable que ambos sean plasmados de manera explícita en el cuerpo normativo que rige a la JCA y no deben estar limitados a su simple enunciación sino también deben ser definidos y desarrollados en cuanto a sus alcances y límites.

En segundo lugar, debe ampliarse el catálogo de medidas cautelares a aplicar, en razón de que no siempre la medida tradicional de suspensión del acto resultaría eficiente para proteger el derecho conculcado. Esto implica que las medidas a enumerar se constituyen en *numerus clausus* puesto que atendiendo a las particularidades de cada caso así se aplicara la medida idónea que deberá imponerse, siendo de tal forma imposible que la ley prevea todos los casos²⁰⁹.

²⁰⁸ Al respecto comenta GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO., *La Batalla...*, op. cit., pág.279: “Sobre la base que ‘quien tiene razón no puede resultar perjudicado por el proceso que necesita para que se le reconozca esa razón’, y partiendo también de que ‘la larga duración del proceso reclama que el control de la ejecutividad se adelante en el tiempo’, esta nueva doctrina se está articulando resueltamente como la dispensa de una tutela provisional e inmediata a quien es capaz de exhibir inicialmente una ‘apariencia de buen derecho’, tutela sin fuerza de cosa juzgada, como es natural, y reserva de la ulterior sentencia sobre el fondo”.

²⁰⁹ Como establece GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO., *La Batalla...*, op. cit., pág. 282-283: “El abanico de medidas cautelares a adoptar por los tribunales de la Jurisdicción

Pueden mencionarse como medidas cautelares innovativas: la anotación preventiva del recurso en el Registro respectivo, pago anticipado de deudas, la suspensión de la aplicación de una ley (en caso de recursos indirectos).

En tercer lugar, es necesario definir el o los momentos en los cuales puede solicitarse una medida cautelar, así mismo los requisitos de la solicitud. Esto tomando en cuenta que las circunstancias que exijan la adopción de una medida cautelar, no necesariamente surgen siempre al inicio del proceso, sino que también pueden producirse durante cualquier etapa del proceso incluso antes de este, por lo que tendría sentido limitar la oportunidad de solicitud a un solo momento.

Finalmente, debe describirse con amplitud el procedimiento para la adopción de una medida cautelar, ya sea que se realice vía incidente, dentro del proceso, o como un proceso aparte²¹⁰, estableciendo los casos en que el tribunal necesite la concurrencia de las partes para adoptar la medida y los casos en que no, todo ello siempre con el fin de cumplir con una tutela judicial efectiva.

Contencioso Administrativo abarca, no solo la suspensión de la ejecución del acto, sino que se extiende, en definitiva, a todas aquellas que según las circunstancias fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el pleito recayere. De aquí surge el principio que he llamado numerus apertus o de la libre configuración por el juez de las medidas cautelares, no tasados en ninguna lista o catálogos concretos”

²¹⁰ Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO., *La Batalla...*, op. cit., pág. 283, cita como ejemplo el proceso francés llamado *rèfère*: “*El rèfère es, salvo excepciones, un proceso independiente y autónomo, y no un incidente en un proceso declarativo y permite otorgar justicia en cuestión de días, incluso en horas (para lo cual puede utilizarse hasta el domicilio particular del juez), a quien aparece manifiestamente (fumus boni iuris) como el titular del derecho. Esto se extiende hasta la provisión inmediata por el deudor doloso de una parte o de todo el importe de la deuda reclamada. La sentencia de rèfère es revisable, naturalmente, en un proceso declarativo ulterior cuya carga corresponderá al condenado en el rèfère; técnicamente, no produce fuerza de cosa juzgada material”*

3.3.5. Proceso por Audiencias

Como ya se ha mencionado anteriormente, el diseño del proceso contencioso actual responde al principio de escritura y no prevé, de manera expresa, la realización de audiencias. Lo anterior se debe, a la antigüedad de la actual ley y a la concepción ya superada de que el proceso contencioso administrativo es excesivamente técnico y esto no permite un proceso oral.

Así como se estableció anteriormente no existen razones validas para creer que los principios de oralidad e inmediación son incompatibles con el proceso contencioso administrativo. Al contrario, la presencia de los principios de oralidad, inmediación y concentración resulta vital y fundamental para agilizar el proceso. La alegación contradictoria de fundamentos sustantivos, se exponen o realizan de manera ordenada ante el titular del órgano judicial, que a continuación, disponiendo de todos los elementos de juicio necesarios se encuentra en las mejores condiciones para dictar sentencia.

Y estos principios solo pueden encontrar su pleno desarrollo en un proceso por audiencia.

Costa Rica, en su legislación contempla la estructura típica de los procesos por audiencia, aplicables a la jurisdicción contencioso administrativa. Se establece en primer momento los principios generales que rigen las audiencias, esto en el Artículo 85 del Código Procesal Contencioso de Costa Rica“ 1) *La jueza o el juez tramitador y el Tribunal, según sea el caso, deberán asegurar, durante las audiencias, el pleno respeto de los principios de la oralidad.*

2) En el curso de estas, deberá promoverse el contradictorio como instrumento para la verificación de la verdad real de los hechos y velar por la concentración de los distintos actos procesales que corresponda celebrar”.

Asimismo, en este mismo cuerpo normativo se preceptúa la existencia de una audiencia preliminar, la cual tiene objetivos específicos establecidos en el Artículo 90: “ 1) *En la audiencia preliminar, en forma oral, se resolverá:*

a) El saneamiento del proceso, cuando sea necesario, resolviendo toda clase de nulidades procesales, alegadas o no, y las demás cuestiones no atinentes al mérito del asunto.

b) La aclaración y el ajuste de los extremos de la demanda, contrademanda y contestación y réplica, cuando, a criterio del juez tramitador, resulten oscuros o imprecisos, sea de oficio o a gestión de parte.

c) La intervención del coadyuvante.

d) Las defensas previas.

e) La determinación de los hechos controvertidos y con trascendencia para la resolución del caso y que deban ser objeto de prueba”.

Finalmente, de igual manera se contempla la realización de lo que se denomina “Juicio Oral y Público” (equiparable a la audiencia probatoria del actual proceso civil y a la vista pública del actual proceso penal), a esto se dedica todo el Capítulo VII de la mencionado Código.

3.3.6. Régimen Probatorio

La superación del mito revisor de la JCA no se limita al control judicial de la inactividad administrativa o a la fiscalización de la vía de hecho, sino que además se extiende a la comprobación en sede judicial de la controversia fáctica. El tribunal contencioso no es una simple instancia casacional del

previo expediente administrativo. Por ello, el tribunal no debería limitarse a revisar las actuaciones formales previamente documentadas en el expediente instruido en sede administrativa, sino que en sede judicial debe sustanciar de forma contradictoria sus propias pruebas²¹¹.

En base a lo anterior resulta indispensable desarrollar de manera completa toda la actividad probatoria. En primer plano, debe definirse el momento procesal idóneo u oportuno para proponer o solicitar la práctica de la prueba. Dado que la actividad probatoria, generalmente, es la fase procesal siguiente a la admisión del recurso, resulta lógico que el momento procesal idóneo sea en la interposición del recurso (para el caso del demandante) o en la contestación (en el caso de la Administración).

Lo anterior no implica que si en el transcurso del proceso surgen hechos nuevos no puedan ser discutidos, al contrario, también debe preverse el surgimiento de tales hechos y establecer la oportunidad de que sean controvertidos, siempre y cuando estos se produzcan antes de la sentencia.

Con la regulación anterior se superaría el problema inicial que presenta la actual LJCA al dejar a criterio de la SCA los casos en que deba practicarse la prueba, lo cual deja en indefensión al administrado para probar los hechos que alega.

El siguiente aspecto que debe ser regulado es la carga de la prueba. Como es sabido, en el proceso civil, la obligación de producir prueba corresponde al actor, sin embargo, este principio general debe matizarse por resultar

²¹¹ BLANQUER, DAVID. op. cit., pág. 42

incompatible con ciertos aspectos presentes en el régimen contencioso administrativo. En efecto, priva en el derecho administrativo la verdad material sobre la verdad formal, siendo necesario para el esclarecimiento de aquella verdad un criterio de amplitud con respecto a los recursos y reclamaciones, a fin de facilitar de este modo el control de la legalidad de la Administración Pública. En este orden de ideas, la Administración tiene derecho a obtener prueba sobre hechos que se consideren necesarios para decidir, sin que tal actividad se encuentre exclusivamente en manos de los particulares²¹².

No se pretende con lo anterior eximir al administrado de la carga de probar, si no que la Administración también debe aportar al proceso prueba que justifique la realización del acto²¹³.

Por otro lado, en cuanto a los medios de prueba admisibles, GORDILLO manifiesta que: *“no hay limitaciones jurídicas respecto a las pruebas que pueden producirse debiendo admitirse en principio cualquier clase de prueba de las que se aceptan por la legislación procesal vigente en materia civil; resulta materialmente imposible precisar taxativamente que pruebas deben*

²¹² GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. VII-2

²¹³ Como ejemplifica BLANQUER, DAVID., op. cit., pág. 218 y ss.: *“El reparto de la carga de la prueba es una materia que no está abierta a la libre disposición de las partes del proceso sino que resulta de criterios imperativos cuya infracción puede ser apreciada en casación. Mientras que en el proceso civil la regla general es que cada parte procesal debe acreditar de forma suficiente los hechos en que se fundamente su pretensión, teniendo en cuenta la presunción constitucional de inocencia en el proceso penal la carga probatoria pesa siempre sobre la acusación. En el ámbito contencioso administrativo convergen los dos criterios, así, en materia sancionadora y disciplinaria la carga de la prueba pesa sobre la acusación, y en otras circunstancias rigen las reglas generales nacidas en el seno del proceso civil. En esa línea de establecer criterios para distribuir la carga de la prueba, se sugiere que la carga pese sobre la Administración cuando se trata de actos que limiten los derechos de los ciudadanos (hechos impeditivos) y a estos cuando se ejercen potestades que les benefician, como la autorizatoria o la concesional, o el otorgamiento de ayudas y subvenciones típicas de la actividad de fomento (hechos constitutivos.)”*

requerirse para acreditar, en los innumerables casos que pueden plantearse, los extremos que prueben. El principio, es, pues de amplitud.

El tipo de prueba más adecuado para acreditar los hechos de que se trata depende en buena medida del tipo de situación que se deba probar. En el caso de obras o trabajos públicos, las pruebas fundamentales serán pericias e informes, dictámenes, documentos; en casos relacionados con tramites de jubilaciones, pensiones, subsidios, las pruebas testimoniales cobran importancia decisiva, sin perjuicio de la importancia del otro tipo de pruebas mencionado”.²¹⁴

Con lo expuesto no quiere decirse que no exista necesidad de que se regulen medios de prueba; por el contrario, se estima que deben regularse los medios de prueba en cuanto a su práctica, pero lo que no debiera existir es una taxatividad en relación a las pruebas que se enumeran en la ley, en tanto que existirán situaciones especiales en que los medios tradicionales de prueba no resultarán idóneos; por ello es necesario considerar diferentes medios no tradicionales como pruebas fonográficas o magnetofónicas, fotografías, dvd's, CD-Rom, etc.²¹⁵.

Finalmente, es imprescindible que se regule el criterio para la evaluación de la prueba. Por regla general debe entenderse que en el derecho administrativo existe un sistema de libre valoración de la prueba, es decir, que no se contempla en el PCA la existencia de un sistema de valoración tasada. La valoración judicial, por tanto no debe limitarse a las pruebas

²¹⁴ GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. VI-16

²¹⁵ En cuanto a esto considera GORDILLO, AGUSTIN., op. cit., pág. VI-40: “Es harto probable que la reciente innovación tecnológica amplíe considerablemente los medios de prueba hoy conocidos. Cabe pues estar atento y con la mente abierta”.

practicadas, sino a todo el material factico que conste en el proceso; se trata de que el tribunal acepte o rechace la existencia de los hechos, realizando un trabajo de calificación jurídica de estos.

3.3.7. Sentencia

La sentencia, debe ser regulada de manera amplia y detallada dada su importancia por consistir en la culminación del proceso; en palabras de GARCIA DE ENTERRIA *“En las sentencias contenciosos administrativa se contemplan pues, todas las virtualidades de un sistema jurisdiccional específicamente construido para controlar los actos y para asegurar y hacer efectivo el principio de legalidad que constituye la clave del arco del estado de derecho y el de tutela de derechos e intereses de los ciudadanos”*²¹⁶

En base a lo anterior, debe regularse de manera específica el contenido y la estructura de la sentencia. Como es sabido, en materia contencioso administrativa pueden existir dos clases de fallo: uno en que se declare la inadmisibilidad del recurso y otro en que se declare la estimación o desestimación del mismo en cuanto al fondo. Así, la estructura y contenido variara en relación a cual de ambos fallos se trate. En el primer caso, es en consecuencia necesario que en la sentencia se diga la causa o causas que motivan la inadmisión (y tales causas deben estar previamente establecidas en la ley, como por ejemplo: falta de jurisdicción, falta de capacidad, cosa juzgada o litispendencia, entre otros). Y además deberá hacerse la fundamentación respectiva que justifica la declaratoria de inadmisión, la cual no puede versar sobre situaciones que no estén previstas por la ley.

²¹⁶ GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO., *La Batalla...*, op. cit., pág. 664

En el caso del segundo tipo de fallo, el contenido de la sentencia se vuelve más amplio, dado que, mínimamente, se establece que la misma sentencia debe contener los hechos controvertidos en el juicio (no solo los que consten en el expediente administrativo); asimismo, debe existir en la sentencia una relación de los hechos que se consideran probados y la motivación de por qué se considera probados. En este punto conviene aclarar que la motivación no debe ser identificada con la descripción de los hechos conocidos de la convicción psicológica del juez, o de los motivos subjetivos de la decisión, si no con la exteriorización o verbalización en un texto escrito, a fundamento objetivo racional y razonable que justifique el contenido de la decisión judicial²¹⁷.

La motivación a la que se hace referencia debe ser la más completa posible tomando en cuenta todos los elementos que llevaron al juzgador al fallo que se tomó²¹⁸.

Asimismo, la sentencia debe contener un pronunciamiento explícito y completo sobre la indemnización por daños y perjuicios; no debe, por tanto, quedar a criterio del juez si se pronuncia o no, esto con el fin de obtener una pronta y cumplida justicia en todos los aspectos.

²¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II..., op.cit., pág.520-521

²¹⁸ Comenta al respecto BLANQUER, DAVID., op. cit., pág. 554: "Resulta indicado señalar que la motivación suficiente es algo distinto a la motivación extensa y prolija. Hay que evitar posiciones extremas; no cabe pretender una equiparación del discurso de la argumentación judicial con el grado de detalle propio del historiador o exigible al científico. La declaración de hechos probados de la sentencia no debe identificarse como un acta pormenorizada que refleje de forma agotadora en todos sus detalles cada actividad probatoria. La función de los hechos probados no es la de una radiografía exhaustiva de la práctica de la prueba y su apreciación sino ofrecer la información suficiente para las partes".

Por otro lado, también es preceptivo elaborar, los efectos que tendrá la sentencia en razón de las partes, es decir, en cuales casos la sentencia produce efectos *inter partes* y en caso los efectos son *erga omnes*²¹⁹. Lo anterior con el fin de brindar seguridad jurídica a todos los afectados por un acto que se declare ilegal, aun y cuando no todos los afectados hayan participado en el proceso, siendo también obligación del tribunal hacer pública la decisión cuando esta afecte a otras personas.

3.3.8. Ejecución de la sentencia

Tradicionalmente, se ha regulado la fase de ejecución de la sentencias de manera escueta y por tanto insuficiente. El principal error del sistema tradicional era confiar la ejecución de la sentencia a las administraciones, desligándose el tribunal de toda obligación al respecto, consiguiendo el afectado una mera declaración formal de la condena a la Administración la cual no es llevada a cabo. La estructura de la vigente LJCA responde a este sistema, dejando en la mayoría de casos al particular en un completo estado de indefensión.

Por ello, lo primero que debe preceptuarse en cuanto a la ejecución de la sentencia es que, la potestad de hacer ejecutar dicha sentencia corresponde exclusivamente al tribunal contencioso administrativo respectivo. Con lo

²¹⁹ En España, según GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II..., op.cit., pág. 667, se regula así: “Los efectos de la sentencia quedan restringidos normalmente a las personas que han sido parte en el proceso y solo a ellas. Así lo establece el Art. 72 LJ en relación a las que declaran la inadmisibilidad o la desestimación del recurso.

Sin embargo, la anulación de una disposición o acto, precisa el párrafo dos del mismo artículo 72 producirá efectos ‘para todas las personas afectadas’ hayan sido o no partes. Esto es, tiene un alcance *erga omnes*”

anterior se lograría superar definitivamente una de las falencias del proceso contencioso administrativo como se ha logrado en países como España²²⁰.

Esto no quiere decir que la ley deba articularse con perjuicio de que la administración no cumplirá lo que se le ha ordenado en una sentencia; de hecho, debe contemplarse un periodo en que la Administración pueda cumplir de manera voluntaria lo que se le ordena hacer o dejar de hacer; y vencido este término darle paso a una ejecución forzosa.

Por otro lado, deben contemplarse las distintas formas de ejecución de la sentencia, pues no todas derivarán en una obligación de hacer sino que muchas veces el caso en cuestión implicará una obligación de no hacer o incluso una obligación de pagar una cantidad de dinero por lo cual debe preverse el procedimiento a seguir en cada caso.

Finalmente, debe considerarse la posibilidad de una ejecución provisional de la sentencia cuando esta aun no ha adquirido firmeza, la cual debería aplicarse de forma similar a como se aplican las medidas cautelares. Con lo

²²⁰ En palabras de GARCÌA DE ENTERRÌA, EDUARDO Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II..., op.cit., pág. 668, "El aspecto más importante del influjo de la arcaica concepción del contencioso administrativo ha sido que la ejecución de la sentencia no estaba confiada a los tribunales que las dictaban, como ocurre en las demás jurisdicciones sino a los propios órganos de la Administración. así lo establecía la LJ de 1956 en su artículo 103: 'La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso'. Pero la Constitución dio el paso decisivo para superar esa vieja traba, que en la práctica hacia de las sentencias meras admoniciones morales para que las administraciones ejecutaran las sentencias que les concernían y contra cuya resistencia resultaba sumamente difícil, y a veces imposible luchar. Por una parte, el artículo 24 proclamó el derecho de 'todas las personas' a 'obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión', precepto evidentemente aplicable a la materia contencioso administrativa y que confía esa tutela a los jueces y tribunales. Por otra parte, el artículo 117.3 precisa que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes. En fin, el artículo 103.1 declara la Administración sometida 'plenamente a la ley y al derecho', lo que incluye, obviamente la sumisión al juez, que es instrumento insoslayable del derecho"

anterior se pretende desincentivar al condenado de interponer recursos que pretendan únicamente retrasar el procedimiento de la ejecución. Deberá por tanto, establecerse los requisitos respectivos para acceder a esta suspensión provisional y los alcances y límites que esta tendría: de igual manera debe preceptuarse los supuestos en que se aplicaría tal medida, evitando de esta manera abusos en la aplicación de esta.

3.4. Aspectos Complementarios

3.4.1. Creación de Tribunales Regionales.

Como bien se ha explicado en el apartado 3.2.2. Un problema latente en la actual estructura del contencioso administrativo viene dado por la existencia de un solo órgano encargado de resolver todos los recursos contenciosos. No significaría un problema esta situación si la litigiosidad en esta materia fuera escasa pero como se evidencia en la siguiente grafica, el número de litigios ha aumentado vertiginosamente en los últimos años:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CSJ INGRESOS DESDE 1979 - 2007		
Año	Demandas Ingresadas	observaciones
1979	41	primer año de vigor
1980	24	
1981	21	

1982	31	
1983	41	
1984	92	
1985	65	
1986	88	
1987	59	
1988	49	
1989	33	
1990	37	
1991	30	
1992	26	
1993	33	
1994	36	
1995	260	
1996	125	
1997	100	
1998	117	
1999	158	
2000	243	
2001	293	
2002	488	
2003	266	
2004	276	
2005	253	
2006	317	
2007	475	
2008	376	

pues lo que se busca es dinamizar la JCA, no generar mas conflictos en ellas, los cuales pueden evitarse teniendo claros los criterios para definir cada competencia. Algunos criterios a tomar en cuenta deberían ser los siguientes:

-Claridad. La competencia para conocer de un recurso contencioso-administrativo debe resultar de la normativa reguladora de la materia de forma manifiesta es decir, sin necesidad de grandes esfuerzos interpretativos.

-Plenitud. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva y, en otra vertiente, el control de la Administración Pública, han de ser susceptibles de ejercicio o actuación en todo supuesto sin que pueda existir ninguna zona administrativa exenta. Esta es, la clausula regia del Estado de derecho por ello la distribución de competencias debe servir para determinar el órgano jurisdiccional competente en todo supuesto.

-Racionalidad. La estructura jerárquica de los Órganos Jurisdiccionales implica que los procesos deben iniciarse en los escalones inferiores, de suerte que a los superiores se llegue por vía de recurso. Este criterio, sin embargo, ha encontrado grandes dificultades para su aplicación en esta jurisdicción, pues tradicionalmente, para determinar la competencia jerárquica o vertical, se han ido buscando una altura análoga en el nivel del Órgano Administrativo que dicta el acto o disposición impugnados y no en el Órgano Jurisdiccional.

-Proximidad al ciudadano. Para que los órganos inferiores, más numerosos que los superiores, estén repartidos por todo el territorio con la distribución de competencias a aquellos, puede abstenerse una mayor cercanía del

ciudadano al órgano jurisdiccional, lo que contribuye a intensificar la efectividad de la tutela judicial. Sin embargo, tratándose de Disposiciones Generales de Administraciones Públicas de ámbito nacional, dado que los afectados por aquella, y, por tanto, posibles recurrentes, estarán repartidos por todo el territorio nacional, la competencia para el conocimiento de su impugnación debe corresponder a órganos jurisdiccionales centrales²²².

La creación de estos tribunales, basándose en los criterios mencionados, supondría un real avance en la superación de dos problemas de la jurisdicción contencioso administrativa: la mora judicial, y la existencia de un solo órgano. Esto, a pesar de no tratarse esta solución de un tema de carácter procesal o sustantivo, sino más bien un aspecto complementario, pero no por ello menos importante, como se ha comprobado en la experiencia de otros países, como España²²³ y Costa Rica²²⁴.

²²² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, "Curso de Derecho Administrativo". Tomo II..., op.cit., pág. 104-105

²²³ Comenta GAMERO CASADO, EDUARDO., op. cit., pág. 18: "Puede resultar de interés consignar aquí la experiencia habida en España a este respecto. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 promovió una reforma de la planta judicial contencioso administrativa, articulándola en tres niveles: Tribunal Supremo (ámbito estatal), Tribunales Superiores de Justicia (ámbito de cada Comunidad Autónoma, especie regional existente en la organización institucional española casi asimilada a la figura de los estados federados), y juzgados de lo contencioso administrativo (ámbito de la provincia, esto es, el departamento local). Los dos primeros son órganos colegiados y el tercero un órgano unipersonal. La ley concedió a los juzgados la competencia residual de modo que, de haber sido creados conforme a lo previsto hubieran asumido competencias de enorme relevancia. Este ambicioso diseño bloqueó durante años la creación material de los juzgados, confiada a las cortes generales (Asamblea Legislativa) a propuesta del Consejo de Ministros. Surgieron voces fuertemente críticas con la posibilidad de atribuir a órganos unipersonales, sujetos fácilmente a presiones externas, competencias de tan elevado nivel y en las que se comprometen relevantes intereses de toda naturaleza (públicos, económicos, sociales, políticos, etc.). la situación solo ha encontrado salida mediante una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada el 13 de julio de 1998, el mismo día que se promulgó la nueva Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo española mediante la que se han creado materialmente los juzgados. De acuerdo con el nuevo régimen la competencia residual se atribuye a los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, diseñando unos juzgados unipersonales de perfil más modesto del previsto, que han de desempeñar no obstante la urgentísima tarea de descongestionar la colapsada

3.4.2. Necesidad de un procedimiento administrativo uniforme

Actualmente en El Salvador, no existe una ley que regule o unifique el procedimiento administrativo en general. Aunque este tema no es objeto de estudio de la presente investigación, resulta de vital importancia considerar la influencia que tiene el desorden normativo en el ámbito administrativo en el proceso contencioso administrativo.

Por ende, aun y cuando se ordene la jurisdicción contencioso administrativa, persistirá la arbitrariedad administrativa y el actuar discrecional de las Administraciones, con lo que se deja al administrado en un estado de indefensión frente a los poderes públicos. El desorden es tal que cada organismo administrativo posee su propia regulación sobre los procedimientos que se deben seguir ante este, resultando en una extensa

jurisdicción contencioso administrativa española. Al día de hoy existen más de sesenta juzgados unipersonales en España, que conceden una tutela judicial próxima al recurrente desde el punto de vista geográfico, veloz en el resultado, y eficaz en la reducción del colapso que soportan las instancias superiores”

²²⁴ Establecen los Arts. .6 y 7 del Código Procesal Contencioso de Costa Rica: “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda será ejercida por los siguientes órganos:

- a) Los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.
- b) Los tribunales de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.
- c) El Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.
- d) La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Artículo 7.- Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas:

- a) *El Tribunal tendrá competencia sobre las conductas administrativas que se adopten originariamente dentro de la circunscripción judicial donde ejerza funciones.*
- b) *Cuando la conducta administrativa se presente en el límite de dos circunscripciones judiciales o en varias de ellas, será competente el Tribunal que haya prevenido en el conocimiento de la causa. Se considerará que ha prevenido, quien haya dictado la primera providencia o resolución del proceso.*
- c) *En los casos en los que se haya conocido la conducta en ejercicio de potestades jerárquicas, sean propias o impropias, prevalecerá el lugar del dictado del acto de origen.”*

variedad de leyes que abordan los aspectos procesales y los principios que rigen al procedimiento, la mayoría de veces de manera arbitraria.

Por todo lo anterior se considera necesario un mayor control sobre las Administraciones, regulándose un proceso único, el cual debe respetar las garantías del debido proceso, con el fin de evitar los abusos del poder en todas sus manifestaciones.

CAPITULO 4

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

Después de haber finalizado la investigación, a nivel teórico y práctico, se llega a las siguientes conclusiones:

1º. Que la Jurisdicción Contencioso Administrativa tuvo su origen en Francia, basado en el principio de división de poderes, donde se crearon instituciones importantes como el Consejo de Estado, el cual tuvo un papel sumamente relevante en el desarrollo del Derecho Administrativo a través de la jurisprudencia emitida, y asimismo se establecieron importantes criterios como la idoneidad del personal de los órganos de la jurisdicción administrativa, siendo entonces Francia el precursor de la búsqueda de la justicia ante los abusos de la Administración.

2º. Que conforme fue evolucionando la Jurisdicción Contencioso Administrativa, surgieron diferentes sistemas bajo los cuales se ejercía dicha jurisdicción, destacándose dos grandes grupos, siendo el primero de ellos el sistema de jurisdicción especial administrativa, y el segundo, el sistema judicialista, sistemas que a su vez se adaptaron a las necesidades espacio-temporales de cada país, creando en consecuencia diversas variaciones a cada sistema, como el sistema anglosajón o el sistema belga.

3º. Que en El Salvador se aplicó el sistema judicialista con regulación especial, puesto que existe una ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y un orden jurisdiccional específico inserto en la jurisdicción

general del Estado (en el Órgano Judicial), y compuesto por un tribunal especializado, que conoce de los asuntos en que se aplique el derecho administrativo, conservándose, no obstante, influencias del sistema francés.

4º. Que la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente en El Salvador fue promulgada el 14 de Noviembre de 1978 y entró en vigencia el Primero de enero de 1979, basada en la Constitución de 1962, sin haber sufrido ninguna reforma hasta la fecha, modificándose únicamente el número de magistrados que la integran.

5º. Que la actual ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa presenta muchos aspectos que no han sido regulados de manera completa o suficiente, los cuales han tenido que ser desarrollados por la jurisprudencia, como es el caso de los principios que rigen a esta jurisdicción, la actividad administrativa impugnada y la excluida, la pretensión, entre otros.

6º. Que la vigente ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es de carácter preconstitucional, dado que fue promulgada antes que la Constitución vigente, la cual data de 1983, y tiene ya 32 años de haber sido promulgada, convirtiéndose esta situación en un severo problema, dado que muchos de los postulados de la Ley han sido superados con el tiempo, asimismo, su contenido no se adapta a las necesidades actuales de la sociedad en general y no armoniza con los preceptos constitucionales vigentes, pues está basada en disposiciones de una Constitución derogada.

7º. Que la actual composición de la Jurisdicción Contencioso Administrativa implica que sea únicamente la Sala de lo Contencioso Administrativo la que resuelve absolutamente todos los asuntos contenciosos en materia administrativa, lo que implica una acumulación de trabajo para la Sala de lo

Contencioso Administrativo y que el proceso se torne dificultoso y hasta cierto punto inaccesible para el administrado, sobretodo, para los que no residen en la capital.

8°. Que en la actualidad, en la mayoría de casos, los procesos tardan hasta dos o tres años en resolverse, lo cual lesiona directamente el derecho a la tutela judicial efectiva dado que mantiene al particular en una situación de incertidumbre jurídica por un periodo prolongado de tiempo, aunado al hecho de que la litigiosidad en esta materia va en franco aumento, generando por tanto más casos irresolutos.

9°. Que la normativa vigente sobre el Proceso Contencioso Administrativo regula en un proceso totalmente escrito, en el que se le da más importancia al expediente administrativo que a las alegaciones que puedan brindar las partes, y la falta de aplicación de los principios de oralidad e inmediación, mantienen a la JCA desactualizada en relación a la evolución del derecho administrativo y del derecho en general.

10°. Que debido al carácter revisor del Proceso Contencioso Administrativo, según el cual el tribunal únicamente se limita a examinar la legalidad o ilegalidad del acto, no existe una regulación completa de la actividad probatoria en esta materia, limitando la práctica de la prueba a cuando el tribunal lo considere necesario, haciendo remisión al Derecho Civil, lo que genera incertidumbre en cuanto a los tramites, los medios de prueba que pueden ser usados, como serán practicados, entre otros aspectos.

11°. Que la tutela cautelar en materia contencioso administrativa es manifiestamente insatisfactoria, en tanto solo se prevé la adopción de un tipo de medida cautelar, siendo esta la suspensión de la ejecución del acto

impugnado, la cual no siempre será la medida idónea en todos los casos, y asimismo, no se enumeran los requisitos para poder solicitar la media en cuestión, dejando todo esto en una notoria situación de desventaja al particular frente a la Administración.

12º. Que en los últimos años se ha observado un vertiginoso aumento de litigios en materia contencioso administrativa, lo cual contrasta con el número de casos resueltos por la Sala, denotándose la poca efectividad del actual sistema frente a las necesidades de la sociedad actual, resultando evidente la necesidad de transformación de esta jurisdicción.

4.2. Recomendaciones

Luego de expresar las conclusiones a las que se llegó al ejecutar esta investigación, se exponen a continuación algunas recomendaciones que conllevan a posibles soluciones de la problemática planteada, las cuales son las siguientes:

1º. Se le recomienda a la Asamblea Legislativa, la pronta promulgación de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que se adecue a la actual Constitución de la República, y a las necesidades modernas de la sociedad salvadoreña, para lograr una efectiva justicia administrativa en el país, y evitar así un inminente colapso de esta jurisdicción, regulando todos los aspectos mencionados en este trabajo de investigación.

2º. De igual manera, se recomienda que dicha Ley sea basada en los principios modernos del proceso contencioso administrativo, expresados por diversos autores de la materia, así como por las legislaciones de otros países y la jurisprudencia nacional e internacional al respecto, con el fin de lograr

resultados efectivos en la tutela judicial en materia contencioso administrativa, y así no dejar de lado ninguno de los aspectos que debería contener dicha ley para lograr el mencionado fin.

3º. Se recomienda asimismo que la tutela cautelar en materia contencioso administrativa sea ampliada en todos sus aspectos, tomando en cuenta la especialidad de la materia y la situación de desventaja del administrado, dejando de un lado de una vez por todas el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, transformándola en un proceso con todas las garantías necesarias, para evitar así el menor daño posible en la esfera jurídica del administrado.

4º. Debido a la actual lentitud e ineficacia del Proceso Contencioso Administrativo, y lo notorio que resulta que el actual sistema escrito es obsoleto, es necesario que el Proceso Contencioso Administrativo se vuelva un proceso por audiencias, respetándose los principios de oralidad, inmediación y concentración, los cuales resultan vitales y fundamentales para agilizar el proceso, tomándose como referencia las experiencias de otros países, como Costa Rica y España.

5º. Se recomienda asimismo la creación de Cámaras o Tribunales Regionales en las principales ciudades del país, con el fin de superar la mora judicial, y la existencia de un solo órgano resolutor, basándose la creación de dichos tribunales en los criterios como la proximidad al ciudadano, el ejercicio pleno del derecho a la tutela judicial, entre otros, dinamizando así la jurisdicción contencioso administrativa, tomando en cuenta también el aumento de las demandas presentadas en esta materia en los últimos años.

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS

AA. VV., **“Cuadernos de Derecho Judicial Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Aspectos Procesales”**, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

ABERASTURY, PEDRO Y OTROS, **“Curso de Procedimiento Administrativo”**, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

ALVAREZ- GENDIN, SABINO, **“Tratado General de Derecho Administrativo”**, Tomo IV, Casa editora BOSCH, Barcelona, 1958.

AUGER LIÑAN, CLEMENTE, **“Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Aspectos Procesales”**, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

AYALA, JOSE MARIA, **“Manual de Justicia Administrativa”**, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2003.

BIELSA, RAFAEL, **“Derecho Administrativo”**, Tomo V, 5ª edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1957.

BLANQUER, DAVID, **“La Prueba y el Control de los Hechos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa”**, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2006.

DIEZ, MANUEL MARIA, **“Derecho Procesal Administrativo: Lo Contencioso Administrativo”**, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983.

ENTRENA CUESTAS, RAFAEL, “**Curso de Derecho Administrativo**”, Volumen I, Editorial Tecnos, 11ª Edición, Madrid, 1995.

FALCON, ENRIQUE M., “**Derecho Procesal Civil, Comercial, Concursal, Laboral y Administrativo**”, Tomo II, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f.

FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, “**Jurisdicción Administrativa Revisora y Tutela Judicial Efectiva**”, Editorial Civitas, España, 1998.

FRAGA, GABINO, “**Derecho Administrativo**”, 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 1973.

GAMERO CASADO, EDUARDO, “**Derecho Administrativo**”, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “**Curso de Derecho Administrativo**”. Tomo I, Quinta Edición, Editorial Civitas. Madrid. 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Y FERNANDEZ, TOMAS-RAMON, “**Curso de Derecho Administrativo**”. Tomo II, Décima Edición, Editorial Thomson-Civitas. Madrid. 2006

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “**La Batalla por las Medidas Cautelares**”, 3ª edición ampliada, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2006.

GARCIA OVIEDO, CARLOS, “**Derecho Administrativo**”, Tomo II, 7ª edición, Editorial E.I.S.A. Pizarro, 1959.

GONZALEZ PEREZ, JESUS, “**Derecho Procesal Administrativo**”, Segunda edición, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

GONZALEZ RODRIGUEZ, MIGUEL, “**Derecho Contencioso-Administrativo Colombiano**”, Segunda Edición, Sociedad Colombiana de Abogados, Colombia, 1976.

GORDILLO, AGUSTIN, “**Tratado de Derecho Administrativo: El Procedimiento Administrativo**”, Tomo 4, Segunda Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002.

LINARES, JUAN FRANCISCO, “**Derecho Administrativo**”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000

OLIVERA TORO, JORGE, “**Manual de Derecho Administrativo**”, Editorial Porrúa, México, 1997.

RACIONERO CARMONA, FRANCISCO, “**Temas de Derecho Administrativo I: Conceptos fundamentales de Derecho Administrativo**”, Tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2004.

TREVIÑO GARZA, ADOLFO J., “**Tratado de Derecho Contencioso Administrativo**”, Editorial Porrúa, México. 2004.

LEGISLACION

NACIONAL.

Constitución de la República, Decreto N°. 38, 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial, N°. 234, Tomo N° 281 del 16 de diciembre de 1983.

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, D.L. N° 868, de 05 de abril de 2000, publicado en el D.O. N° 88, Tomo 347, del 15 de mayo de 2000.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D.L. N° 81, de 14 de noviembre de 1978, publicado en el D.O. N° 236, Tomo 261, de 19 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica Judicial, D.L. N° 123, de 06 de junio de 1984, publicado en el D.O. N° 115, Tomo 283, de 20 de junio de 1984.

Código Penal, D.L. N° 1030, de 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. N° 105, Tomo 335, de 10 de junio de 1997.

INTERNACIONAL.

-- **Código Procesal Contencioso de Costa Rica.**

-- **Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España (1998)**

JURISPRUDENCIA.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia de Amparo de 25 V 1999.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
Sentencia de Amparo de 13 XII 2004.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 5 XI 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 17 I 1997.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 22 VI 2001.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 11 XI 1997.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 2 III 1999.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 16 XII 1998.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva del día 9 I 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 12 V 2005.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencias definitivas de 20 VI 2005.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 28 X 1998.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 22 I 2002.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 27 IX 1997.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva del día 19 XI 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 25 III 1998.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 27 X 1997.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva del día 30 III 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 27 IX 1995.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 25 VIII 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 26 I 1996.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 27 I 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 28 II 2005.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 27 I 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 20 IX 2002.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 26 VI 1998.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 19 XI 2004.**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. **Sentencia definitiva de 28 VIII 2002.**

CORTE DE CUENTAS DE LA REPÚBLICA. **Sentencia definitiva, Juicio Ref. 75-S-97.**