

# LOS EFECTOS DE LA INVERSIÓN EN EL DESARROLLO Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES AL PORTADOR

Por el Lic. ROLANDO SOTO JIMENEZ

Profesor de Derecho Económico e  
Introducción al Estudio del Derecho.

## 1.—LA INVERSIÓN Y EL DESARROLLO

1.1 Desde hace muchas décadas, tanto los legos como los conocedores de la economía, llegaron al convencimiento de que el “fenómeno de la inversión”, es el único medio idóneo observado y conocido, capaz de relacionarse con el factor de trabajo para producir más riqueza.<sup>(1)</sup> Se podría afirmar que, después de la década de los años treinta, una preocupación constante de gobernantes y de las personas relacionadas con la producción de cada comunidad, ha sido la de moldear el comportamiento de “la inversión” de tal manera que sus resultados en el desarrollo, sean óptimos y llenen las necesidades apremiantes de la época. Inquietudes tales como cuánto invertir en carreteras, cuánto en educación; qué proporción localizar en inventarios o en maquinaria y equipo de trabajo, desde entonces son discusión de cada día para aquellos hombres que tanto en el sector público como el de privado, bregan con la eficiencia de sus empresas respectivas. Una tarea fundamental de las oficinas de planeamiento y desarrollo en los países subindustrializados, es precisamente la de detectar en forma continuada, las trayectorias y los efectos finales que los diversos tipos de inversión siguen y causan en los diferentes sectores económicos de cada nación.

Si a nivel local el fenómeno de la inversión ha tenido especial relevancia, en el estrato internacional, éste también ha cobrado caracteres singulares. Me refiero aquí a la situación de los mercados comunes y los procesos de integración regional. La inversión como factor de desarrollo es tenido hoy como un punto de especial

(1) Debe observarse aquí, que “fenómeno de la inversión” se asimila al factor capital.

cuidado al momento de las discusiones sobre integración económica entre países independientes. La necesidad vital de economizar energías y esfuerzos mediante la colaboración y la unión, es uno de los motores principales que mueven a los países subdesarrollados hacia la formación de bloques económicos o regionales. Dentro de tal esquema, el tratamiento dado a los canales de inversión a nivel local, desde un punto de vista regional, es insoslayable. En otras palabras, la configuración de empresas públicas o privadas dentro del concepto del mercado común, conlleva decisiones mancomunadas en relación al tratamiento de los canales de inversión que se piensan orientar hacia tales empresas. Puede observarse entonces, cómo la llamada inversión, es el único instrumento capaz de brindar las fuentes de financiamiento que en colaboración con otros factores de la producción, harán que un país cree o no más riqueza.<sup>(2)</sup>

1.2 Los países en vías de desarrollo se han caracterizado entre otras cosas, por su poca habilidad para producir ahorro interno, es decir ahorro local. Por años los economistas y los interesados en el desarrollo de un país determinado —en especial aquellos de los países en proceso de industrialización—, han venido notando la seria escasez de ahorro interno, que redundaba negativamente en las posibilidades de inversión pública y privada.<sup>(3)</sup> A pesar de que el fenómeno de la poca inversión en los países en vías de desarrollo es muy complejo y no se puede explicar en unas pocas líneas, si es necesario y se puede recalcar el hecho de los bajos niveles de salarios y el alto consumo de bienes durables y semidurables, como obstáculos importantes en la generación de ahorro a nivel local.

Para poder ahorrar parte de los ingresos que cada individuo recibe periódicamente, es necesario que una parte proporcional de los mismos quede "ociosa", si tal término cabe, después de haberse separado lo necesario para las necesidades vitales y cotidianas de dicha persona (o familia). Es precisamente ese "pedazo de ociosidad" del ingreso, el que no se produce en los países que como el nuestro todavía tienen escalas salariales ajustadas y estrechas, que en último término, impiden o frenan sustancialmente la formación

(2) Me refiero aquí a la inversión como un fenómeno de toma de decisión por parte tanto de aquellas personas que han producido ahorro como los que captan ese ahorro.

(3) Ver Chenery y Strout A. Foreign Assistance and Economic Development en "American Economic Review, sept. 1966, Vol. XVI. (Tomado de Marshall, El modelo de dos Brechas como medio de cuantificar los requerimientos de Recursos Externos de América Latina. "Revista de la Integración, mayo 1970, p. 43).

de ahorro. Es así que los gobiernos de los países en proceso de industrialización, han optado por captar "coercitivamente" el ahorro, mediante la utilización de los instrumentos tributarios, es decir mediante la aplicación de impuestos obligatorios, que sustraen una parte proporcional del ingreso de los particulares. Sin entrar a discutir las bondades de tales métodos en países como el nuestro, por salirse evidentemente del tema de este trabajo, cabe decir que el cúmulo de esas captaciones de ahorro privado, mediante medidas fiscales y tributarias, configura lo que se denomina "la inversión pública", es decir, el monto de ahorros percibidos por el Estado, que serán destinados para atender las innumerables actividades del mismo.

Pero dejando de lado dicha inversión pública, que como se dijo, no obedece a un mecanismo de ahorro espontáneo de los particulares, ni puede decirse que tendrá un destino estrictamente privado (pensando en términos de desarrollo propio de dicho sector), **tenemos que concluir, que en nuestros países, las posibilidades para los entes particulares de captar ahorro, son muy pobres y limitadas.** El sector privado de la economía en los países en proceso de desarrollo, a pesar de su gran importancia dentro de sus respectivas economías, ha venido enfrentándose en forma continuada al problema de la falta de recursos suficientes, capaces de permitirle un crecimiento y desarrollos que le permitan competir eficazmente con otras empresas y unidades económicas de otros países y conglomerados. Es por esta razón que los gobernantes de estos países, dentro de sus preocupaciones por el fenómeno de la inversión, deberían otorgarle especial atención a los **medios de canalización de ahorro hacia el sector privado, y en especial a aquellos que no menoscaban el esfuerzo de captación de dichos ahorros, por parte del Estado mismo.**

1.3 Aparte de la problemática que encierra la relación entre los negocios y empresas privadas y sus posibilidades de captación de ahorros, es importante para una mejor comprensión de estos temas, el conocer los efectos inmediatos de la inversión en tanto se le considera como local o extranjera o como privada y pública.

Como ya lo manifesté en líneas anteriores, en países como el nuestro, las posibilidades de ahorro local y por consiguiente, las alternativas de inversión doméstica, son muy escasas. El ahorro originado localmente, es una de las fuentes primarias para el incremento de los negocios en general. Esto por diversas razones entre

ellas las más importantes: la inmediata disponibilidad de los fondos y la eliminación de agentes o intermediarios que en la mayoría de los casos, tienden a encarecer el costo del capital prestado. Por otra parte, el ahorro doméstico, permite a las empresas nacionales (públicas o privadas), el incitar a la inversión, a personas o individuos, sin distinción alguna que de otra manera (faltando el acicate o incitación), no pensarían en ahorrar ni un medio de centavo. Y esto es una realidad palpable no sólo en los países en vías de desarrollo sino que también en los ya industrializados. Una persona estaría dispuesta a invertir una pequeña proporción de su ingreso-unidad, si se le ofrecen planes atractivos de inversión, no sólo en una empresa determinada, sino en muchas de ellas. Pero por otro lado, la misma persona, no estaría en forma alguna dispuesta —y es lo contradictorio—, a colocar una gran proporción de su ingreso-unidad en una sola empresa.

Esta es precisamente otra de las limitaciones con las que se enfrenta la empresa privada en los países en vías de industrialización o de desarrollo; porque si bien es cierto que el fenómeno se da en otros países de mayor crecimiento económico, el mismo no asume caracteres tan marcados como en el caso nuestro.

Las posibilidades para una empresa particular en Costa Rica, de captar ahorros generados localmente se circunscribe fundamentalmente a la alternativa antes explicada, de la percepción de pequeñas proporciones de ahorros, que fragmentalmente sumados, permiten en algunos casos, reunir sumas relativamente importantes. La otra posibilidad, sea la de lograr que un ahorrante, se desprenda (invierta) de una sola vez de una buena parte de sus ahorros para colocarlos en una sola empresa, no es muy probable que suceda en nuestro medio, excepción hecha de casos muy particulares. Al contrario, es bastante probable que tal persona prefiera transferir tales ahorros, a instituciones o empresas del extranjero, que hayan logrado incitar suficientemente al inversionista a tal punto de convencerlo de las bondades de tal transferencia.

Opuesto al ahorro local, tenemos el ahorro generado en el exterior o si se quiere canalizado a través de entidades internacionales. En este punto, los efectos inmediatos del fenómeno de la inversión en la economía en general, y sus relaciones con las fuentes de captación del ahorro son bastante diferentes en cuanto se les estudia desde el punto de vista del sector público o el privado.

Desde un punto de vista práctico, tenemos que las alternativas para el sector privado de recibir en forma directa los beneficios de los ahorros generados en el exterior, son muy limitadas. Por múltiples razones que obedecen a principios muy enraizados dentro de las mentes de los políticos y economistas del desarrollo, la canalización de los ahorros del exterior se ha venido dirigiendo básicamente hacia el sector gubernamental en cada país. "Hoy —dice el Dr. Carlos Manuel Castillo—, la función de los ahorros externos para el financiamiento del desarrollo es vista como complementaria a los esfuerzos de la inversión interna. En general, los trabajos públicos y la infraestructura económica han dejado ya de absorber fondos privados de capital del exterior; estos fondos son ahora sustancialmente brindados por agencias internacionales de crédito o por los gobiernos en forma individual. Aún más, el desarrollo de la agricultura ha venido a ser considerado como un esfuerzo exclusivamente nacional, auxiliado únicamente por empréstitos extranjeros y asistencia técnica foránea. En esta forma, el énfasis puesto sobre las inversiones extranjeras directas, ha sido variado gradualmente hacia las áreas de la manufactura y el desarrollo relacionado con los recursos naturales".<sup>(4)</sup>

Este fenómeno descrito en forma clara por el Dr. Castillo, se ha venido acentuando cada vez más, a tal forma de que la alternativa de la captación de los ahorros externos en forma directa, por parte de las empresas privadas es casi inexistente, con escasas excepciones contadas con los dedos de la mano. El cúmulo de fondos para inversión existentes o disponibles en el exterior, no puede considerarse hoy como una posibilidad para el sector privado. Es importante aclarar aquí el papel que juegan los bancos de desarrollo fundamentalmente en el marco de los mercados comunes, los que dentro de sus innumerables funciones tienen precisamente la de dotar de capital de trabajo y de desarrollo a cierto tipo de empresas particulares, que de esta manera sí se benefician directamente de los ahorros foráneos. Pero como dije antes, este tipo de negocios susceptibles de tal financiamiento es limitado y calificado.

Otra clasificación de la inversión (ahorro) relevante para los objetivos de este trabajo, es la que se refiere al carácter privado o público de la misma.

(4) Carlos M. Castillo, *Growth and Integration in Central America*, Praeger Special Studies, New York - London, 1966, págs. 163 y ss. Traducción hecha por el autor de este trabajo. El subrayado es nuestro.

Desde el punto de vista de la inversión particular, las posibilidades de captación de los ahorros generados localmente por parte de los empresarios particulares a efecto de cristalizar la inversión, como lo afirmé en líneas atrás—, son muy estrechas por cuanto el monto de dichos ahorros es pequeño además de que el pequeño o mediano ahorrante no está debidamente impregnado y convencido de los beneficios de una conducta ahorrativa y de inversión.

A pesar de tales limitaciones, los negocios privados han podido desarrollarse aquí y en otros países, basándose para ello en unos pocos instrumentos de captación de ahorros del sector privado, que en una u otra forma han operado como los únicos medios de producir más riqueza por parte de este sector de la economía.

En el caso de la inversión pública, si se le estudia —como lo dije—, por sus efectos inmediatos en la economía general del país, veremos que, el panorama es bastante diferente. En efecto, al menos en Costa Rica—, las relaciones entre los posibles inversionistas y los efectos inmediatos de dichos ahorros tiene caracteres especiales por cuanto la toma de la decisión del ahorrante de invertir, es transferida al ente público o gubernamental, que es el que decide qué, cuánto y cómo invertir. Débese a esto la compulsoriedad de los tributos, que permite a la larga la obtención de cantidades de ahorro sustanciales que en otra forma, sería dudoso lograr. No incluyo aquí la colocación de títulos u obligaciones en serie que el sector público puede inyectar en la masa de ahorrantes, que sin lugar a duda no obedecen a una obligatoriedad sino que simplemente incitan a tales individuos a tomar o no su decisión.

Este es el caso de los bonos de gobierno o bonos de las instituciones descentralizadas, que también deben considerarse como una seria competencia del sector privado por cuanto aún con sus fluctuantes depreciaciones, representan fuertes sumas de dinero destinadas al sector público, que por tener el respaldo del Estado (con todas las implicaciones psicológicas que esto conlleva), incitan bastante al ahorrante para invertir su dinero ocioso.

Obsérvese entonces, que la limitación de que yo hablaba en cuanto a las posibilidades que tienen las empresas privadas de captar ahorros locales, no aparecen tan marcadas dentro del sector de la inversión pública, a pesar de que gran parte de ésta y de la privada provienen de los ahorros domésticos o locales.

## 2.—LAS ACCIONES AL PORTADOR COMO UN MEDIO IMPORTANTE DE CANALIZAR EL AHORRO HACIA EL SECTOR DE LA EMPRESA PRIVADA

2.1 Enfocando este tema estrictamente desde el punto de vista de captación de recursos financieros por parte del sector privado, observaremos que, dentro de los medios disponibles para atraer el ahorro local o externo, según sea el caso, las acciones en general, son uno de los más aptos para tal fin. Digo las acciones en general, por cuanto en este punto, tanto las acciones comunes componentes del capital social, como las especiales, preferidas o privilegiadas, también emitidas por la empresa, son vehículos capaces de atraer el ahorro generado por otras personas o entidades.

Dentro de la gama de las acciones comunes, tenemos a las nominativas y las acciones al portador. Veamos primero el caso de las nominativas en forma breve tomando en cuenta la naturaleza de este tema, para luego confrontar su estudio con el de las al portador.

Las acciones nominativas y su relación con la captación de ahorro por parte de los empresarios particulares a pesar de que nos permitiría concluir que sí ofrece una buena posibilidad de atracción, no creo que constituya hoy día un vehículo suficientemente ágil y adaptable de captación.

Lo anterior se debe principalmente a que en el mundo de hoy, la modalidad de la acción nominativa puede tener algún impacto en la atracción de capital pero sólo en cierto tipo de empresas, fundamentalmente en aquellas de tipo familiar o que si bien no implican un lazo de amistad, al menos no requieren la recolección de sumas de dinero importantes.

Tal situación obedece y procede del esquema primario de la configuración del negocio social, en el cual, sus caracteres esenciales son por un lado la llamada "*affectio societatis*" y por otro la **aportación de los socios**. Está en el segundo elemento mencionado, sea las aportaciones sociales, el origen de mi tesis de que en la actualidad, las acciones nominativas, no constituyen un instrumento ágil y eficaz para la atracción del ahorro en general. Y esto porque las aportaciones nominales tuvieron su importancia ( y la tienen hoy según sea el tipo de economía nacional de que se trate), en los

### 3. El Silencio Administrativo y su Régimen.

#### i.—Silencio administrativo y caducidad de la acción contenciosa.<sup>(120)</sup>

La Administración Pública tiene el deber de resolver expresamente, lo que en Costa Rica es, además, una obligación en el sentido auténtico del vocablo, correlativa del derecho de petición del ciudadano. Dice el art. 27 de la Constitución:

Artículo 27 Constitución Política: Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho de obtener pronta respuesta."

Ello significa que toda petición o reclamo dirigido a la Administración por un ciudadano, grupo o entidad colectiva, debe recibir pronta respuesta de aquella, no necesariamente favorable. El contenido de la respuesta dependerá de las circunstancias de hecho y derecho que apoyen la petición y podrá ser, de conformidad con las mismas, tanto positiva si aquellas circunstancias crean efectivamente en el ciudadano el derecho subjetivo que reclama, como negativa, si lo contrario. Pero sea cual fuere el contenido de la respuesta, ésta tiene que darse y en un plazo razonable que permita calificarla como pronta y no como retrasada. Lo contrario es una violación cierta de una garantía constitucional, que como cualquier otra violación de un derecho subjetivo acarrea eventualmente responsabilidad de la Administración y amerita protección por la vía del amparo.<sup>(121)</sup>

(120) Para una literatura sobre el silencio administrativo particularmente útil en relación con nuestro sistema tenemos que referirnos a la española; véase especialmente: Garrido Falla, La llamada Doctrina del Silencio Administrativo, Rev. de Ad. Púb. N° 46; García de Enterría, Sobre el Silencio Administrativo y Recurso Contencioso, N° 47 ibidem; Martín Mateo, Silencio Positivo y Autoridad Autorizante, N° 48 ibidem; Fernández Rodríguez, Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios, N° 53 ibidem; Nieto, La Inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso Administrativo N° 37, ibidem; Bolea Foradada, El Retraso de la Administración y El Silencio Administrativo, N° 51 ibidem. En la literatura italiana pueden consultarse con gran provecho la fundamental obra de Ledda, II Provvedimento di Rifiutto; y, además, Renato Alessi, Rilievi in Ordine Alle Impugnative del Comportamento Omissivo dell'Amministrazione Pubblica, Riv. Trim. Dir. Pub. 1964; y Francesco La Valle, Profili Giuridici dell' Inerzia Amministrativa, Riv. Trim. Diritto Pubb., 1962.

(121) La Garantía del Amparo (recurso de amparo) no es en Costa Rica lo mismo que en México, donde está llamada a la triple función de ser control de legalidad, control de constitucionalidad y tutela de los derechos humanos frente a la actividad del Estado y de otros entes públicos. Su función única en Costa Rica, a la inversa, es proteger contra flagrantes arbitrariedades y vías de hecho administrativas los derechos constitucionales, que por jurisprudencia constitucional son todos los que derivan de la Constitución y no únicamente las libertades públicas, en beneficio de toda clase de personas, incluyendo las públicas. El texto constitucional es el Art. 48, 'in fine', que dice: "Para

Es posible, además, que razones de forma propias de la vía administrativa —como de cualquier otro procedimiento— impidan a la Administración entrar al fondo del asunto. El derecho de petición puede formularse, desde este punto de vista, como el derecho del ciudadano a una pronta respuesta por el Estado sobre el fondo de sus peticiones, reclamos o instancias, salvo que lo impidan defectos formales de la vía correspondiente, en cuyo caso la respuesta deberá darse también y prontamente sobre la existencia de los mismos. Luego, la Administración puede abstenerse de resolver sobre el fondo, sea guardando total silencio y violando el derecho de petición, sea pronunciándose sobre los obstáculos de forma de la vía administrativa iniciada con la instancia del particular, en cuyo caso la violación sólo se dará si tales impedimentos formales no existen y su invocación es una técnica dilatoria en perjuicio del petente. Todo lo que sea abstenerse de resolver sobre el fondo, en forma pronta y razonada, sin motivo que lo justifique, es violar aquel sagrado derecho constitucional.

La L.J.C. ha venido a complementar esa obligación —estrictamente correlacionada con un derecho subjetivo a la respuesta en quien dedujo la petición— con otro deber, en el sentido técnico antes explicado, (de vínculo que hace necesaria una conducta fuera de toda relación con otro sujeto o con su interés individual, indeterminada en cuanto a su contenido en la disposición legal que lo crea, pero determinada en relación con cada caso concreto de aplicación de la ley que haga necesario el cumplimiento del deber).

mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución a toda persona le asiste, además, el recurso de amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley". Nuestro amparo sólo sirve para enervar la arbitrariedad administrativa; para lograr la reparación de los daños y perjuicios causados por la misma es necesario acudir a la vía contenciosa independiente de plena jurisdicción. La sentencia estimatoria es de condena, a no hacer o a abstenerse de ejecutar el acto, lo mismo que a hacer o dictar los necesarios para el retorno real a la vigencia de la libertad o derecho constitucional violados. La sentencia contiene apercibimiento de sanción penal si hay desobediencia a la autoridad, pena que es la prevista por el Art. 305 del Código Penal. La sentencia no anula el acto, sino que implica la orden judicial dirigida a la Administración demandada de anularlo, cuando así sea necesario para la imperativa restitución al estado original de cosas. Si la anulación no es necesaria al efecto, es omisible. La jurisdicción de amparo está en Costa Rica en manos de jueces penales, que pueden, en proceso penal ordinario independiente, sancionar el desacato a la sentencia. Se trata de un evidente error, pues dicha jurisdicción debería ser o especializada (lo que es impráctico por el reducido número de casos), o incluida en la contencioso-administrativa.

El derecho subjetivo constitucional excluido del texto del artículo es únicamente el de libre circulación en el territorio nacional, consagrado por los Arts. 22 y 37, cuya protección específica está en el Art. 48 'ab initio', que crea la garantía procesal del 'habeas corpus', de estructura y función históricas de sobra conocidas en el derecho comparado y reafirmadas en Costa Rica.

Así, el deber de resolver expresamente nace en función de la buena marcha de la Administración y para garantizar que los negocios de ésta serán objeto de estudio y decisión por sus servidores, en vez de preteridos o ignorados con olvido de su intrínseca importancia; pero, en abstracto, es imposible determinar cuáles resoluciones habrá que dictar y en cuáles casos habrá que hacerlo. Ello quedará concretado cuando surjan los hechos o peticiones que obliguen a dictar la decisión expresa, de contenido desconocido e indeterminado en la ley, que se particulariza con vista de cada petición o reclamo.

La L.J.C. consagra este deber —abstracto y sin un derecho subjetivo correlativo a la respuesta— en términos muy similares a como lo hace la ley española, matriz de la nuestra, pero al copiar ésta introduce un agregado que es no sólo la creación de un privilegio más de la Administración sino de uno de los más inmorales e injustos de que ésta goza en Costa Rica.

En efecto: el artículo 38.2 de la L.J.C. de España se limita a imponerle un deber a la Administración, cuando dice:

“Artículo 38.2: En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada”.

El artículo 19.2 de la nuestra agrega algo decisivo y queda redactado así:

“En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada, dentro del plazo de un año señalado en el párrafo 2 del artículo 37.”

El párrafo 2 del artículo 37 dispone:

Artículo 37.2: El plazo para interponer el juicio será de dos meses, que se contará: 1) ...

2) En los supuestos de actos presuntos por silencio administrativo, el plazo será de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, salvo si con posterioridad —dentro de dicho plazo de un año— recayere acuerdo expreso, en cuyo caso será el indicado en el párrafo anterior”.

Esta solución legislativa no sólo borra de la ley el deber de resolver expresamente después del año sino que mata la potestad del órgano para hacerlo, puesto que el plazo aparece como máximo

y, en tanto que tal, de caducidad de la competencia en uso de la cual la Administración puede resolver.

Una vez transcurrido el año de que habla el artículo 37.2, la Administración no sólo no tiene ningún deber de resolver expresamente sino que tampoco tiene la facultad, pues aunque quisiera le estaría prohibido hacerlo y si lo hiciera la nueva resolución sería ineficaz para revivir la acción y sus plazos.<sup>(122)</sup>

No sólo eso: la jurisprudencia ha formulado ya la “filosofía” de tal disposición, cuando ha dicho que se trata de una válvula de seguridad de la Administración, para no mantener indefinidamente abiertas en su contra los plazos de impugnación de las resoluciones o actos administrativos, razón por la cual la resolución tardía dictada después del año carece de valor para revivir una acción ya caduca y habilitar una vía contenciosa definitiva e irreversiblemente clausurada al administrado.<sup>(123)</sup>

Bien lo ha dicho Fernández Rodríguez:

“Si sobre esta falta de resolución expresa, sólo imputable a la Administración, el representante de ésta pretende apoyar la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el intere-

(122) Ver casaciones número 86 de las 16 horas del 27 de setiembre de 1967 y número 116 de las 15 horas del 17 de noviembre de 1967. La injusticia de tal solución está a la vista y su disposición es tan tajante en contra del administrado que, para evitarlo y salvar casos injustamente perdidos por su aplicación, nuestros Tribunales han tenido que recurrir a soluciones igualmente criticables, consistentes por ejemplo: en sostener que la caducidad de la lectura de las normas que regulan su organización y sus resoluciones, porque que hablamos no rige para el Tribunal Fiscal Administrativo y sus resoluciones, porque claramente que se trata de una especie de tribunal administrativo, cuyas decisiones tienen que ser expresas —como las de los jueces ordinarios— y respecto del cual no juegan las normas que crean el rechazo presunto de pretensiones por silencio administrativo, que rige en el resto de la Administración. El artilugio no sólo es totalmente infundado, porque el deber de resolver expresamente pesa también sobre el resto de la administración, literalmente impuesto por el artículo 19.2 de la L.J.C., sino, además, gravemente perjudicial, porque priva al ciudadano del beneficio que la regla del rechazo por silencio significa como medio de acceso al contencioso administrativo, ante la inercia de la Administración que nada hace para resolver expresamente. Y como resultado de tal línea de decisión el ciudadano queda expuesto a esperar indefinidamente la resolución del Tribunal Fiscal Administrativo, sin el recurso facultativo que en otras áreas tiene de dar por agotada la vía dos meses después de haberla iniciado sin recibir notificación de la correspondiente resolución.

(123) Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, sentencia de 16 horas del 8 de junio de 1967:

“Si transcurrido el plazo para la interposición de la acción contencioso administrativa el órgano dictó resolución rechazando el reclamo en la vía administrativa y declarando agotada esa vía ello no significa renuncia de la caducidad que ya estaba cumplida, pues ésta, por su naturaleza jurídica, no es susceptible de renuncia, como sucede con la prescripción consumada, ya que de admitirse aquella posibilidad se abriría las puertas a probables colusiones para reabrir el término de presentación de la acción contencioso administrativa, fuera de que al Estado no le es dable legalmente hacer renunciar de esta especie”.

sado resultaría que de prosperar la excepción alegada la Administración obtendría en beneficio de su propia torpeza un resultado injustificable que supone una infracción flagrante del principio "allegans propriam turpitudine non auditur". ... "Esta regla impide en su significado más primario que una persona trate de obtener un resultado favorable para ella con fundamento en un acto o en una situación irregular, cuando de esta irregularidad o de esta ilegalidad es culpable el mismo que trata de obtener el beneficio" (Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios, Revista de Administración Pública Número 53, página 300.)

ii.—El silencio negativo: un hecho jurídico procesal y una eventual forma de incumplimiento de deberes y obligaciones.

El silencio es la nada y como tal, nada puede producir ni expresar, a no ser que la ley le otorgue valor. El rechazo de la pretensión del administrado por silencio de la Administración sólo puede tener tal valor porque se lo da el artículo 19.1 de la L.J.C. y en la medida en que se lo da. Y ese valor lo tiene exclusivamente para hacer posible que el administrado pueda, si quiere y a título enteramente facultativo, dar por agotada la vía administrativa y entablar la acción contenciosa, dos meses después de planteada su petición a la Administración sin respuesta alguna. Se trata de un hecho jurídico, con la única consecuencia procesal de habilitar la vía contenciosa en el interés del administrado, que bien puede, si no quiere aprovechar esa favorable consecuencia, esperar la resolución expresa, como literalmente lo dice el artículo 19.1:

"El interesado podrá considerar desestimada su instancia, al efecto de formular, frente a esta denegación presunta, el correspondiente reclamo administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición."

En consecuencia: la ley no dice, por ningún lado, que la denegación presunta sea un acto equiparable al rechazo expreso, sino que lo será única y exclusivamente para efectos de dar por agotada la vía previa y entablar la acción contenciosa. Esa denegación por silencio no puede tener ningún otro efecto, puesto que la ley, que es la única que puede conferirle eficacia adicional al silencio, no se lo ha dado y al no dárselo se lo ha negado.

El silencio, como omisión total de una conducta debida o esperada, no es siquiera comportamiento, que es lo que podría ser si

—como vimos— tampoco es acto. Ni la ley podría dar a la ausencia de conducta la consistencia de ésta, dado que ello depende de la realidad antropológica y no del derecho. Pero la ley puede darle a la omisión los efectos de la acción, sin pretender en absoluto crear ésta de la nada. Crear actos o actividades sin conducta humana está fuera del alcance del derecho, pero otorgar efecto jurídico a las omisiones o al silencio es algo que cae dentro de su ámbito, pues el derecho no es otra cosa —en gran porción de su contenido— que una regulación autónoma e independiente de las leyes naturales sobre la creación de efectos jurídicos, a partir de los más dispares objetos o eventos. Desde este punto de vista es claro que el silencio no es acto ni comportamiento jurídico sino una ausencia de los mismos— ausencia que es pensable y que tiene realidad sólo en el pensamiento, como ente de mera razón, que decían los escolásticos— que más bien puede calificarse pura y simplemente como hecho jurídico, igual en naturaleza a los otros —como las cualidades de las cosas —que nada tienen que ver con la conducta humana, pero que, ello no obstante, son igualmente productoras de consecuencias de derecho.

El derecho puede otorgar al silencio el valor que quiera en cuanto a sus efectos e incluso, como es bien sabido, el de acogimiento de la instancia dirigida a la Administración. Es el llamado silencio positivo, corriente en las relaciones de tutela administrativa, donde es frecuente que una aprobación, visto o autorización se tengan por dados pasado un plazo de espera dentro del cual tiene que vetar o aceptar el órgano contralor. Pero el silencio positivo es totalmente diverso del rechazo presunto por silencio (o silencio negativo), en cuanto a sus efectos y función. Pues siempre que se da silencio positivo la ley entiende efectivamente equiparar el silencio al acto positivo, en lo relativo a sus efectos jurídicos, que son los mismos en ambos casos. En consecuencia, el silencio positivo modifica e innova el ordenamiento, con igual efecto constitutivo que el acto expreso equivalente. El silencio positivo puede reputarse como acto expreso, para todo efecto, y sobre el mismo puede aplicarse las normas que regulan los actos, con las mismas consecuencias (estabilidad, invalidez, impugnación, etc.).

El silencio negativo, en cambio, tiene en la L.J.C. sólo un efecto: abrir la posibilidad de impugnar el acto en la vía contenciosa, ninguno otro, y es, por tanto, un evento puramente procesal

o preparatorio del proceso, que carece de valor sustantivo como verdadero acto administrativo negativo, cuyo régimen y demás notas jurídicas le son enteramente extraños. Desde el punto de vista de la L.J.C. se trata de un hecho —como se dijo— y no de un acto jurídico, cuyos efectos derivan de la ley y no de la voluntad de la Administración, lo que es evidente si su existencia nace, justamente, de la renuencia de la Administración a resolver en forma expresa.

El silencio negativo puede producir otro efecto, pero de nuevo como hecho jurídico y no como acto administrativo. Ese silencio es, además y necesariamente, un acto ilícito, que viola el deber y la obligación administrativos —correlato esta última del derecho constitucional de petición— de resolver expresamente. El administrado puede fundar un reclamo de responsabilidad contra la Administración por el retraso indebido en resolver expresamente, si el mismo le ha parado perjuicio, con entera independencia de si el acto pedido era o no discrecional y de si tenía derecho o no a una resolución favorable. Si la incertidumbre creada por el retraso injustificado produce por sí misma rompimiento de un negocio, la disminución de clientela, la pérdida de otro derecho condicionado a la decisión en cualquier sentido de la petición planteada, el administrado tendrá ahí una causa autónoma de daño y podrá reclamar la reparación, en forma también autónoma respecto de cualquier otra causa de pedir.

Y si el silencio no es un acto no podrá sujetarse al régimen de tal en ningún aspecto ni adquirir las cualidades del acto administrativo común: no podrá llegar a ser firme, ni consentido, ni confirmatorio, ni reproductor, ni fundar ni desmejorar otras resoluciones o situaciones jurídicas, fuera de la estrictamente procesal de habilitar la vía contenciosa, agotando la administrativa.

Es por esta carencia total de efecto jurídico como acto negativo, que la doctrina esta acorde en que el juicio anulatorio de ese rechazo presunto sólo puede ser declaratorio y equivale a lo mismo que a sentar la existencia de la obligación o deber de la Ad. de proveer expresamente en un determinado sentido, que fue violado, por el silencio, sin que la sentencia pueda tener el menor valor modificativo de la realidad en contra de la Ad., si, además de esa platónica declaración, no se da simultáneamente a ésta, la orden de realizar el acto o de prestar el servicio omitidos, y, subsidiariamente, la sustitución de la Ad. por el Juez en la conducta

debida. La anulación de la nada, efectivamente, nada puede producir, a no ser que —como se apuntó— se complemente esa pretendida anulación con un mandato o una sustitución de conducta. Hecho procesal, no acto sustantivo, eso es el silencio presunto de nuestra L.J.C. y como tal —no como acto— debe considerarse.

iii.—El silencio y los expedientes sujetos a trámite.

Si un acto definitivo es discrecional, ello basta para hacer imposible que el Juez pueda ordenarlo o sustituirse a la Administración para dictarlo, salvo que tenga jurisdicción de mérito (como ocurre con el Consejo de Estado de Italia, dentro del juicio de “ottemperanza”). Pero si el acto pedido es totalmente reglado y debido, el silencio administrativo implica una violación del derecho subjetivo, ya no a una respuesta cualquiera, sino a la decisión favorable, que es objeto de ese derecho. En tal hipótesis y en sistemas diversos al francés (donde el silencio administrativo equivale a la muerte del derecho, porque no hay jurisdicción de condena ni sustitutiva frente a la Administración, ni aún en ejecución de sentencia) la inercia de la Administración puede dar origen a un juicio en que, aparte de la responsabilidad, la Administración resulte condenada a otorgar el acto pedido y, eventualmente, sustituida por el Juez en ejecución de sentencia, como lo creemos posible en Costa Rica (respecto de actos totalmente reglados).

Pero he aquí que topamos nuevamente con los privilegios de la Administración sutilmente conectados a su posición de demandada en todo proceso contencioso, pues la Administración suele jugar con el silencio a sabiendas del grave aprieto en que coloca al administrado y su interés por el simple retraso en decidir. En efecto: la omisión contenida en el silencio y la inercia pueden ser tanto del acto final como de un acto inicial o intermedio de trámite. El trámite preparatorio es necesario para dictar el acto no sólo legalmente (lo que es obvio en nuestra hipótesis) sino técnicamente, por la complejidad del asunto y por la experiencia administrativa que su decisión requiere. Es posible, incluso, que los plazos de ese trámite, aún diligentemente aprovechados, sumen más de los dos meses, lo que es más claro todavía cuando están legalmente fijados y el resultado lleva al mismo desfase por exceso sobre el plazo legal productor del rechazo presunto.



Son muchas las interrogantes que surgen y la solución de la mayoría —práctica, sino teóricamente— siempre favorable a la Administración. Esta, al abstenerse, obliga al administrado a tener por rechazada su petición y a impugnar un rechazo absolutamente misterioso por inmotivado, que, por otra parte, puede resultar eventualmente fundado y legal como resultado de la investigación y de los estudios que la Administración debió y no ha querido iniciar. La incertidumbre del Juez no será menor que la del administrado. El Juez podrá difícilmente fallar un asunto dentro de una jurisdicción revisora montada sobre y contra actos administrativos supuestamente bien tramitados, cuando no existen ni el acto ni el expediente y cuando, además, este último es totalmente necesario por la complejidad técnica de la materia, complejidad que, por otra parte, convertirá al Juez en un improvisador peligroso si trata de sustituir a la Administración en la valoración de los diversos elementos de juicio, típicamente administrativa. Es casi seguro que el Juez, dentro de ese marco, se abstendrá de fallar sobre el fondo y enviará al actor victorioso, de pírrica victoria, ante la misma Administración para que ésta resuelva, limitándose a ordenarle que inicie inmediatamente el expediente y decida a la mayor prevedad. Mandato vano del Juez, si la Administración, sabedora de la situación de ignorancia y precariedad de juicio que padece el Juez, decide no obedecer y prolongar abierta o veladamente el silencio. En cuyo caso el único remedio para el administrado y sus quejas sería hacer otro juicio de responsabilidad contra la Administración, y eventualmente penal contra el funcionario culpable, quien llegada la hora de nuevas órdenes judiciales, podría ser libre y maliciosamente sustituido por otro, con la orden ya dada de no ejecutar el fallo. Y no faltará algún Juez que —con la típica y universal benignidad judicial para con la Administración— sostenga que abstenerse de fallar, cuando el Juez debía y tenía que hacerlo, es legal y correcto, dado que por ese su carácter revisor, la jurisdicción contenciosa le impide entrar a resolver extremos que la Administración no ha resuelto, aunque le hayan sido pedidos a ésta y aunque el no haberlo decidido sea exclusiva y maliciosa culpa de la Administración. La tendencia de los tribunales en España, con ley igual a la nuestra (que viene de ella), ha sido la de no fallar, enviar al actor ante la Administración para que ésta resuelva el fondo del asunto y obligarlo a entablar posteriormente otro proceso, si el acto final de fondo también resulta

contrario a sus intereses; solución ampliamente criticada por la doctrina de allá y con toda razón, dado que sólo conduce a multiplicar los juicios y los gastos del administrado por la exclusiva culpa o dolo de la Administración, que adrede juega en su contra con el silencio o con las resoluciones de evasiva, que, sobre la base de argumentos de forma, escamotean la decisión de fondo.

La solución doctrinal dada en España al arduo problema planteado —del fallo sobre actos denegatorios presuntos (por silencio de la Administración) o sobre actos que no entran al fondo del expediente, por razones de forma invocadas en la vía administrativa —es matizada y nada satisfactoria.<sup>(124)</sup>

En primer lugar, se da el inevitable y correcto, pero desalentador, reconocimiento de que no habrá solución jurisdiccional posible cuando el acto denegado (expresa o presuntamente) sea discrecional y la jurisdicción sea —como en España y Costa Rica— de pura legalidad y no de mérito, pues entonces la sentencia —aún favorable y anulatoria— equivaldrá a una pírrica declaración de la infracción por la Administración del deber de resolver, sin que el Juez pueda hacerlo en lugar de ésta ni, al menos, ordenarle el dictar un acto de contenido determinado. Problema éste, respecto de la discrecionalidad administrativa, que no tiene otra solución que la arbitrada en Italia con el juicio de “ottemperanza”, jurisdicción de mérito que recae sobre la oportunidad de ejecutar o no el fallo y, caso afirmativo, cómo, con posibilidades para el Juez de levantar el expediente sustitutivo del de la Administración y, ante la omisión de ésta en resolver, de sustituirse a ella, dictando en su lugar el acto discrecional que la circunstancia amerite.

El problema se plantea, además, en relación con los actos totalmente reglados, debidos por la Administración frente a un particular que normalmente tiene un derecho subjetivo correlato de ese deber, que es más bien una obligación. Y aquí tampoco la solución propuesta parece conveniente ni satisfactoria, por mucho que parezca razonable y lógica: el Juez podrá y deberá fallar no sólo sobre los aspectos de forma que supuestamente han impedido a la Administración entrar al fondo del asunto, sino que deberá fallar sobre éste, pero a condición de que el pronunciamiento de admisión de la Administración se haya dado al final del procedimiento admi-

(124) Manuel Clavero Arévalo, El Carácter Revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las Sentencias Anulatorias de Actos en los que la Administración no entró en el Fondo del Asunto, Rev. de Ad. Púb. N° 42, páginas 217 y siguientes.

nistrativo debidamente tramitado, con aporte de toda la prueba necesaria para resolver, y no al principio y de entrada, cuando ese material de juicio para la Administración no existía todavía ni, por tanto, puede estar actualmente disponible para el Juez. En esta hipótesis —la doctrina española parece sugerir— es procedente la recomendación de que el asunto sea devuelto a la Administración, para que ésta instruya —como tenía que hacerlo— y resuelva, con la posibilidad de un nuevo juicio para el administrado, si la Administración se mantiene en su inercia o resuelve contra su interés. Discrepamos de tal solución que, sin embargo, es más liberal que la de la jurisprudencia española, desfavorable a un pronunciamiento del Juez sobre el fondo cuando no haya otro de la Administración, con estímulo para la inercia administrativa en su forma más dolosa, articulada hacia el fin de provocar una cadena de juicios escalonados del administrado, sólo en conjunto efectivos para depararle justicia, que así resulta no sólo costosa sino lenta e incumplida. La solución para evitarlo es justamente la contraria: cuando hay silencio o evasiva de la Administración para no resolver el fondo del asunto el administrado debe poder demandar y obtener no solamente que se declare la infracción del deber de resolver en forma expresa y se anule el eventual rechazo por razones de mera forma, sino que se declare también el deber de resolver sobre el fondo en el sentido conveniente al interés del actor, para que, en ejecución de sentencia, el Juez dicte el acto reglado y debido, subsidiariamente y si no lo hace la Administración. Lo contrario sería obligar al administrado a hacer un juicio para lograr un mandato sobre la Administración de iniciar o fallar el expediente administrativo, y eventualmente otro u otros, para que ésta última inicie cada una de las etapas del mismo, en las que ella se detiene adrede, antes de lograr un primer fallo judicial sobre el fondo del negocio.

No tenemos ni hemos encontrado respuesta para la hipótesis de procedimientos con plazos legales (o razonables) de trámite mayores que los dos meses constitutivos del silencio negativo. Es nuestra opinión que la inercia continúa por dos meses de inactividad de la Administración, en tales casos, equivale a renuncia por ella del resto de los plazos y hace aplicables en su contra las soluciones anteriormente propuestas, para las hipótesis en que aquella habilidosamente rehuye decidir el fondo, invocando falsas razones de forma.

privilegios y principios de legalidad.



Los privilegios son, tal y como han quedado definidos, formas de desigualdad a favor de la Ad. Pub. y contra el ciudadano, con efecto inmediato sobre éste, a quien exponen a una intervención administrativa agravada (por la disponibilidad de medios de decisión y coerción más efectivos) o a un debilitamiento, cuando no supresión, de sus derechos subjetivos o de sus medios jurídicos de ataque y defensa frente la Ad Pub. Cuando se examinan, su perfil más notorio es justamente el que presentan como situaciones jurídicas subjetivas y objetivas, que afectan directamente el régimen de existencia y de ejercicio de los poderes y deberes del individuo ante la Ad.

Desde este ángulo se ve claramente que se trata de incidencias sobre la libertad, la propiedad, las garantías constitucionales y las demás situaciones jurídicas del ciudadano, cuyo régimen debe estar reservado a la ley y a fuentes secundarias con limitada delegación o autorización de ésta (donde tal limitada delegación sea posible).

Las situaciones objetivas tendrán que estar expresamente legisladas para ser tales, puesto que no representan otra cosa que ese régimen aplicado a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En la medida en que ese régimen sea inexistente, lo serán también las ventajas que depara y de ellas no podrá prevalecerse la Administración.

En cuanto a los privilegios que son potestades de imperio, como el de la ejecutoriedad y, en general, todos aquellos que son situaciones jurídicas activas, no accesorias de relaciones administrativas especiales (como las contractuales de la Administración), regiría el principio de legalidad expresa, que exige la ley de base para la existencia de cualquier potestad pública y tal requisito sólo podría excusarse en los términos comunes de las excepciones a la legalidad escrita, en las cuales el principio opera pero sobre reglas no escritas, como los principios generales de derecho, la jurisprudencia, la costumbre, etc. Una de esas excepciones es justamente la supremacía especial, entendida como la superioridad de la Administración frente a otros sujetos, que, con motivo de otra relación principal, están en contacto físico y jurídico permanente o de largo plazo con el aparato administrativo.

Pero ocurre igualmente con los privilegios que son, a la inversa, liberación de sujeciones o imposición de cargas, pues siempre, para que lo sean, ese efecto habrá de producirse frente al ciudadano como sujeto pasivo y receptor de las limitaciones que impone: liberación de sujeciones, pero en favor de la Administración; imposición de cargas, pero sobre el particular. Lo que permite reiterar que cualquier forma de privilegio de la Administración, sea cual sea su incidencia sobre la situación jurídica del ciudadano como sujeto pasivo del mismo, exige previsión legal expresa, sin la cual debe reputarse inexistente y nulos los actos que la Administración realice invocándolo.

Esto es lógico por la misma razón que justifica el principio de legalidad, que es la ubicación de la libertad como valor supremo de un sistema humanista, en el que el derecho administrativo ha crecido no para habilitar a la Administración, sino para habilitarla limitándola, en beneficio del ciudadano. La libertad es la regla y la intervención, o el tratado discriminatorio a favor de la autoridad, la excepción. Lo que naturalmente no conlleva sostener, como se ha hecho, que los privilegios sean excepcionales en el derecho público. Si se trata de medios necesarios para el ejercicio de las potestades de imperio de la Administración, instrumento único para alcanzar sus fines en circunstancias definidas por la ley (que impone actuar autoritariamente) o por los hechos (cuando queda mejor servido el interés público con el imperio que con el contrato), se trata de medios o modos normales para la Administración de gestionar sus cometidos. No hay carácter excepcional en el privilegio con relación al derecho administrativo ni público en general, porque en relación con el derecho administrativo el privilegio de la Administración es absolutamente debido y normal con relación al derecho privado. Y dado que aquel es el derecho común de la Administración y que el derecho privado sólo puede regir si está modificado por el contacto con ella, cuando es llamado supletoriamente para llenar la ausencia total de reglas específicas aplicables, es bien claro que la norma que consagra el privilegio no puede reputarse excepcional ni de interpretación restrictiva, como suele decir alguna parte de la doctrina. Es regla consustancial con el derecho administrativo, que es un derecho transpersonal y de desigualdad frente al ciudadano.

Es evidente, sin embargo, que ese carácter normal del privilegio y de la norma que lo habilita o crea, no impide que rijan a su

respecto todas las reglas del derecho administrativo, una entre las cuales es, como se apuntó, la estricta legalidad de las posiciones subjetivas de la Administración, desfavorables al particular, como garantía de la libertad y de la propiedad. Sin ley de base no habrá privilegio y ese solo principio bastará para coartar la creación del mismo por vía analógica o a lo largo de un pretendido derecho institucional, impuesto por la realidad autoritaria de la Administración y de su funcionamiento diario.

La realidad institucional parte de la histórica o política, pero para arribar al derecho que se impone a ella, seleccionando y consagrando sus diversos aspectos en función de valores. Quiere decirse que si el valor supremo del derecho administrativo es la persona y su dignidad, el sentido institucional de éste y del derecho de los privilegios es primariamente la defensa de esa dignidad conciliada con la autoridad, nunca su erradicación por la supresión de las garantías y defensas del individuo, entre ellas como principal la legalidad de la acción administrativa.

Desde este ángulo los privilegios son —como las potestades públicas— entidades peligrosas aunque absolutamente normales dentro del derecho administrativo, y como tales existirán únicamente ahí donde estén autorizadas, en la medida en que lo estén. La interpretación extensiva que desarrolla el contenido del texto escrito es posible, pero sólo dudosamente la analógica, que habría que evitar, salvo inminente peligro para un valor colectivo titulado por la Administración, que no pueda salvarse sin utilizarla.

Todo lo anterior queda firmemente enraizado en nuestro derecho público, después de observar —como lo hemos hecho— el progresivo afianzamiento del Poder Judicial en Costa Rica, conjuntamente con la desconfianza institucionalizada en contra del Poder Ejecutivo, el más poderoso de los nuestros, precisamente en razón de su supremacía histórica y política.

En un sistema así, la legalidad ha de exigirse estrictamente frente a los privilegios de la Administración, sean éstos cuales fueren y del rango que fueren.