

SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA *

PROF. EDUARDO ORTIZ ORTIZ
Titular D. Administrativo

1. Concepto:

La suspensión del acto impugnado en el juicio contencioso-administrativo es el resultado favorable de una petición incidental (o accidental, según terminología de Briseño Sierra,⁽¹⁾ y tiene carácter cautelar o precautorio,⁽²⁾ tendente a garantizar la supervivencia del derecho o del interés lesionado por aquel acto, cuando la ejecución de éste último puede ocasionarle daños de imposible, grave o muy difícil reparación.⁽³⁾ Puede definirse, con González Pérez, como "La interrupción temporal de la eficacia del acto".⁽⁴⁾

- (1) Entendemos por incidente o accidente toda controversia distinta de la principal, objeto de la demanda y contestación, surgida en el curso de un proceso. Según Briseño Sierra (Teoría y Técnica del Amparo, tomo II, págs. 13 y 14) tales controversias accesorias se llaman incidentes cuando afectan la eficacia del juicio, por lo que entiendo su aptitud para concluir normalmente en el fallo o "la certeza del proveído"; y se llaman accidentes cuando afectan la eficiencia del juicio, por lo que entiendo "la probable ejecución del fin atribuido al acto", lo cual permitiría calificar la suspensión y su trámite como accidente más que como incidente, por ser su evidente función la de garantizar los resultados del fallo contencioso en el caso en que sea estimatorio de la demanda.
- (2) Es medida cautelar o precautoria la que está al servicio de otra definitiva, cuya posibilidad de ejecución cabal trata de preservar. Al efecto basta con la probabilidad o verosimilitud de la existencia del derecho reclamado o, en lo contencioso de anulación, de la invalidez del acto atacado, pues mientras el objeto de la providencia definitiva es el derecho y su certeza, el de la medida cautelar es la disposición de los medios necesarios para hacerlo realizable, cuando es probable. Véase al respecto Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, pág. 77.
- (3) Tribunales y leyes emplean muy diversos términos para calificar el daño que justifica la suspensión, términos tales como grave, irreparable, irremediable, de imposible o difícil reparación, todos más o menos equivalentes en cuanto significan el carácter severo que la lesión debe presentar para justificar la medida excepcional de suspensión del acto; la regla, como se dijo, es la contraria. Puede verse al respecto: Cirilo Martín Retortillo, Nuevas Notas sobre lo Contencioso Administrativo, págs. 228 y 229; Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, tomo III, págs. 333 a 337; Long, Weil et Braibant, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, pág. 256; Pietro Virga, La Tutela Giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione, págs. 330 y 331.
- (4) Jesús González Pérez, El Procedimiento Administrativo, pág. 350.

* Este artículo fue la ponencia presentada por el autor al V Congreso del Instituto Mexicano de D. Procesal, que versó sobre el Ante-Proyecto de Ley Gral. de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Estado de Sinaloa, Congreso que tuvo lugar en Culiacán del 25 al 31 de Noviembre de 1970, fecha hasta la cual alcanza la jurisprudencia costarricense citada en el artículo.

La suspensión es siempre excepcional, por ser la regla la inmediata ejecución del acto administrativo, pese a su impugnación administrativa (a través de recursos) o jurisdiccional (a través de demandas en ejercicio del derecho de acción). Sea que ello se explique por la llamada ejecutoriedad del acto administrativo (que puede ser acción coactiva de oficio cuando haya necesidad de imponer al administrado el cumplimiento de una obligación), sea que represente una aplicación de la División de Poderes y de la independencia del Ejecutivo frente al Judicial,^(4 bis) o bien la única forma de impedir la parálisis de la Administración y de hacer prevalecer su interés frente al privado del reclamante, es lo cierto que el acto administrativo conlleva siempre una doble cualidad, salvo regla expresa en contrario, a saber:

- a) Es título ejecutivo que crea y comprueba la existencia del derecho que declara a favor de la Administración contra el ciudadano (a diferencia de otros documentos públicos, que prueban pero no crean el derecho probado);
- b) Es fuente de la potestad adicional de emplear la fuerza pública para obtener el cumplimiento de las obligaciones a favor de la Administración, sin necesidad de recurrir al Juez.⁽⁵⁾

La suspensión es el acto (administrativo o judicial) que impide el ejercicio de esos privilegios, interrumpiendo temporalmente su existencia, mientras dure el procedimiento o el juicio. No afecta la existencia del acto, por lo que es un error conceptualizarla como una "revocación temporal" del mismo,⁽⁶⁾ sino únicamente su eficacia, entendida como capacidad actual para producir efecto y para servir de base a otros actos de ejecución.

No se funda en razones de legalidad, sino de oportunidad, consistentes en la inconveniencia pasajera de ejecutar otra resolución, pero cuando es judicial y condicionada a motivos previstos por la norma procesal se torna en reglada y esos motivos quedan

(4 bis) Maurice Tourdias, Les Sursis a Execution des Decision Administratives, págs. 7 a 14. y J. M. Auby et Roland Drago, Traite de Contetieux Administratif, tomo II, pág. 314.

(5) González Pérez, *op. cit.*, tomo III, págs. 325 y 326.

(6) Aurelio Guaita, La Eficacia del Acto Administrativo, Rev. de Administración Pública N° 25, pág. 166.

intimamente vinculados, para ser serios y atendibles, a los que justifican la demanda principal. Esto obliga a distinguir claramente unos y otros y hace inevitable una anticipación limitada del fallo con motivo de la suspensión.

La suspensión puede ser total o parcial, según que afecte la totalidad de los efectos del acto o sólo parte de los mismos, y aún puede concebirse que toque sólo uno de los dos fundamentales privilegios antes mencionados, dejando intacto el otro, lo que hace posible, por ejemplo, que sea ejecutiva en la vía judicial la imposición fiscal que no puede cobrarse (por ejecución forzosa) en la vía administrativa. Ello, sin embargo, es poco común y el principio de libertad propio de un ordenamiento liberal y democrático aconseja interpretar en forma amplia y comprensiva de ambos privilegios cualquier norma que autorice la suspensión, refiriéndose sólo a uno de los dos, o sólo a ésta misma. La suspensión judicial regulada por el art. 91.1 de nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es, en todo caso, suspensión total y plena, que impide tanto la ejecutividad del acto en la vía judicial como su ejecución coactiva en vía administrativa (o ejecutoriedad).

2. La suspensión del acto impugnado en nuestra legislación. Antecedente inmediato.

El art. 91.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (N° 3667 de 16 de marzo de 1966) contiene tanto la definición de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad antes mencionados, como la autorización de la suspensión de los mismos a título excepcional y extraordinario.

Dice dicha norma:

"La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión".

Cuando entró en vigencia la L. R. J. C. la única institución similar a la que tratamos era la suspensión en el juicio de amparo, que todavía existe.

Dice el art. 13 de la Ley de Amparo, N.1161 de 2 de junio de 1950:

“Artículo 13:—Cuando se tratare de una violación cuya ejecución pudiera causar perjuicio grave o irreparable, el Tribunal o Juez podrá ordenar la inmediata suspensión de la orden, disposición o acto contra el cual se reclama, mientras se tramita y resuelva el recurso. También podrá el Juez hacer cesar esa suspensión en cualquier momento”.

Esta norma no ha encontrado aplicación razonada en nuestra jurisprudencia de amparo, la cual se limita ocasionalmente a invocarla en el fallo, sin disponer clara y expresamente la suspensión del acto objetado.⁽⁷⁾

Puede obedecer ello al carácter acentuadamente sumario y acelerado de nuestro amparo, que hace innecesaria la suspensión en la mayoría de los casos, lo mismo que al muy estricto criterio que emplean los jueces contra el reclamante en esta vía, aplicable con mayor razón a las medidas cautelares como la suspensión,⁽⁸⁾ cuyo éxito puede depender de la seriedad de la demanda principal, como veremos. Si el destino normal de una demanda de amparo en Costa Rica es ser rechazada, naturalmente ha de ocurrir lo mismo con el incidente de suspensión dentro del respectivo proceso.

La suspensión regulada por el Art. 13 antes citado ofrece las características de ser posible ex officio (y no solo a petición de parte), por inminencia de un perjuicio grave (y no solo irreparable) y en cualquier momento del juicio.

Como antecedente es puramente legislativo y se ha quedado en el papel, sin que, antes de la nueva Ley de lo Contencioso, tuviera real vigencia en C. R. la suspensión del acto impugnado como medida cautelar.

3. La suspensión en el contencioso y su régimen legislativo y jurisprudencial en Costa Rica.

La suspensión del acto impugnado en la vía contenciosa presenta características tanto sustanciales como procesales, enten-

(7) Ver fallos citados por Enrique Guier Sáenz, Sentencias de Amparo, 1950-1962, tomo I, pág. 15, Revista del Colegio de Abogados N° 16, ninguno de los cuales analiza la procedencia de la suspensión ni la otorga, limitándose a mencionar el art. 13 en sus considerandos sin depa-
rarle especial comentario.

(8) Guier, *op. cit.* tomo I, pág. 1 del Prefacio, donde el autor afirma que sólo el 15.4% de los recursos de amparo son declarados procedentes, hasta 1962.

diendo por aquellas las que la definen como acto principal y final del respectivo incidente, muy similares a las de la suspensión en la vía administrativa; y por características procesales las que definen el incidente mismo.

a) Características procesales.

a-1) Carácter incidental y accesorio. Admisibilidad en la plena jurisdicción. Se ha negado a la suspensión del acto impugnado como fenómeno procesal el carácter de incidente o accidente, para atribuirle naturaleza de verdadero juicio con presupuestos y objetivos propios.⁽⁹⁾ Es cierta esa autonomía relativa, pues la suspensión tiene una causa petendi exclusiva (los motivos de la suspensión como acto final) y un petitum también propio, que incide sobre la eficacia y no, como ocurre con la demanda principal, sobre la validez y existencia del acto. Ello no obstante, la suspensión puede existir únicamente si existe un proceso contencioso común en el que pueda insertarse, en forma tal que resulta imposible si ese proceso no existe o si ya terminó. La existencia del contencioso principal es, entonces, un verdadero presupuesto procesal de validez de la suspensión, exactamente como ocurre con un incidente o accidente común. De ahí deriva el que la suspensión también esté formalmente condicionada por los otros requisitos de existencia de dicho proceso principal, tanto en lo que hace a la jurisdicción (que tendrá que ser la contencioso-administrativa para ambos), como en cuanto a la identidad, capacidad y legitimación de las partes (que deberán ser también las mismas).

Quien no es actor en el contencioso principal no podrá ser incidentista en la suspensión del acto impugnado, regla que es aplicable, además, a los posibles coadyuvantes en el incidente, que no podrán serlo si no lo son también de la pretensión del actor. Todo esto se explica fácilmente admitiendo el carácter accesorio de la suspensión respecto del juicio contencioso, en tanto que aquella es una medida cautelar.⁽¹⁰⁾ Este carácter accesorio del incidente (o accidente según Briseño Sierra) de suspensión opera para que el mismo cese con la terminación del juicio principal al que accede, sea cual fuere la causa de esta última, normal (como el fallo) o

(9) Aldo Sandulli, *Il Giudizio Davanti al Consiglio di Stato e Ai Giudici Sottoordinati*, pág. 180.

(10) Sandulli, *ibidem*, pág. 181.

anormal (como la deserción, la satisfacción extraprocesal de la pretensión, etc.). Ello no obstante, la suspensión del juicio principal no afecta ni la acción para promover el incidente, que puede ejercerse planteándolo durante ese lapso, ni tampoco el curso del incidente mismo, que puede continuar hasta fallo final mientras el proceso principal exista, aunque en estado de inactividad por obra de la suspensión.⁽¹¹⁾ Todo lo cual revela que el juicio es presupuesto del incidente sin que el incidente sea parte del juicio.

El incidente de suspensión puede plantearse en cualquier tipo de contencioso administrativo, sea de anulación, sea de plena jurisdicción (contencioso de indemnización). Los artículos 22, 23 y 24 de nuestra Ley de lo Contencioso establecen una clara distinción entre pretensiones de anulación y de indemnización, cada una de las cuales exige según el tipo una legitimación diversa. Si se pretende únicamente la anulación bastará al efecto el interés legítimo; y si se pretende una indemnización o el restablecimiento de una situación jurídica individualizada será necesaria la titularidad (o la apariencia de tal) de un derecho subjetivo (art. 10.1 .3 *ibidem*).^(11 bis)

Como el incidente de suspensión sólo puede tener éxito si hay la inminencia o el desarrollo de un daño de imposible o difícil reparación, el mismo pareciera inadmisibles cuando la demanda principal se ha limitado a pedir la anulación del acto, sin pretender el reconocimiento y restitución de un verdadero derecho subjetivo lesionado. Ello excluiría la discusión sobre ese daño en la vía princi-

(11) Sandulli, *op. cit.* pág. 83. N. 3.

(11) Bis. La distinción entre jurisdicciones y pretensiones, basada en el tipo de causa petendi (derecho subjetivo o interés legítimo) y de petitum (anulación o indemnización) es más o menos universal. Véase Auby et Drago, *op. cit.* tomo II págs. 425 a 433; Massimo Severo Giannini, *La Giustizia Amministrativa*, págs. 85 a 103. Los artículos 41 y 42 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa de España contienen norma similar a los artículos 22, 23 y 24 de la nuestra, con la sustancial y fundamental diferencia, respecto de los sistemas francés e italiano, de que en España y Costa Rica la distinción entre derecho-indemnización e interés-anulación sirve para calificar pretensiones, no para calificar jurisdicciones ni módulos procesales. En Costa Rica particularmente ha habido una unificación de jurisdicciones relativas al Estado, por manera que se conocen y deciden en una sola y con un solo trámite todas las demandas ordinarias contra el Estado o entes públicos, sean cuales fueren su petitum y causa petendi, salvo muy contadas excepciones a texto expreso de ley; ello hace imposible, por mayoría de razón, las distinciones de jurisdicción que podríamos llamar internas, dentro del campo propiamente contencioso, como la que corresponde en Francia al contencioso objetivo de legalidad o de anulación y al contencioso subjetivo de derechos o de plena jurisdicción. Los artículos 1, 2 y 3 de la ley N° 3667 unifican jurisdicciones estatales o públicas en C. R., con la expresa disposición de que será indiferente la estimación que la parte haga de la naturaleza del caso y aún de la naturaleza misma, pública o privada, de la materia objeto del negocio. Esta unidad de trámite presenta el inconveniente fundamental de obligar siempre a impugnar un acto, aunque se pretenda únicamente una indemnización.

pal y cerraría la posibilidad de hacer lo mismo en el incidente. Este planteo podría racionalizarse más invocando la conexión conceptual que hay entre derecho subjetivo, acto ilícito e indemnización, por un lado, e interés legítimo, acto ilegal y anulación sin resarcimiento, por otro, conexión ampliamente aceptada en doctrina y jurisprudencia, sobre la base del carácter meramente instrumental y procesal, no sustancial (respecto de los bienes de la vida) del interés legítimo, base de las pretensiones de mera anulación.

Consideramos un error tal planteo, que en el fondo se origina en el concepto del interés legítimo como entidad meramente instrumental o procesal, cuyo único objeto es la anulación del acto administrativo ilegal. El interés legítimo es situación jurídica sustancial, en cuanto tiene por objeto la posibilidad de gozar un bien de la vida, a través del ejercicio o no ejercicio, no exigible jurídicamente, de una potestad administrativa. En consecuencia, hay lesión grave de ese interés sustantivo cuando el acto administrativo en que consiste el ejercicio de la potestad en cuestión hace imposible o muy difícil la obtención de la utilidad esperada, tornándola más eventual e improbable. El industrial tiene interés en un monopolio de hecho, o en la igualdad en la competencia, y hay lesión de imposible o difícil reparación a ese interés sustancial cuando se otorgan al competidor ventajas financieras (como exenciones, subvenciones o aportes) que colocan al interesado en la imposibilidad de competir y lo obligan a clausurar su negocio. Podría pensarse que aquí se da más bien un derecho a la competencia leal o legal, pero el error de ese enfoque queda patente admitiendo que la suspensión procede lo mismo si se trata de ilegales granjerías que de legítimos incentivos fiscales, otorgados de acuerdo con la ley, a condición de que la arbitrariedad no sea manifiesta en el primer caso. La suspensión tutela en ambas hipótesis el mismo interés sustancial en la superioridad o igualdad en la competencia, cuyo disfrute puede dificultarse o hacerse imposible por un acto administrativo, exactamente como puede obstaculizarse e impedirse el ejercicio de un derecho subjetivo.

Debe hacerse notar, además, que toda una categoría de derechos subjetivos son considerados por gran parte de la doctrina más desarrollada sobre el tema (la italiana) como intereses legítimos, bajo el nombre de derechos debilitados (*diritti affievoliti*).⁽¹²⁾

(12) Frente a la potestad administrativa que puede extinguirlos.

Consisten tales intereses en el derecho subjetivo sometido a una potestad administrativa discrecional y opuesta, como el derecho de propiedad frente a la potestad de expropiación, o el del concesionario frente a la potestad de rescate. Ese derecho se manifiesta como perfecto y consolidado en cualquier otra relación, excepto frente a la Administración en uso de la potestad que puede conducir a su extinción o disminución. Así como hay intereses en procedimientos de tipo concesional, que consisten en la expectativa de un acto administrativo que otorgue derechos nuevos al interesado (típico el caso de la licitación pública o del concurso para selección de personal administrativo), hay intereses en procedimientos "ablatorios", que consisten en la expectativa de conservar intacto un derecho que ya se tiene (como el caso de los derechos debilitados que antes se mencionaron).

En la hipótesis de los "procedimientos ablatorios" es claro que la lesión al interés se confunde a menudo con la del derecho subjetivo, intercambiándose fenómenos profundamente diversos, pese a algunas autorizadas discrepancias al respecto.⁽¹⁴⁾ El daño de grave o de imposible reparación incide sobre el interés legítimo, y no sobre el derecho subjetivo de propiedad, en los juicios que conducen a anular la expropiación o el rescate de la concesión. La duda sobre la posibilidad del incidente de suspensión se plantea únicamente en el caso de actos de concesión, no en el de actos "ablatorios", como la expropiación y, en general, como todos los demás que suprimen derechos o imponen obligaciones al actor, respecto de los cuales últimos se estima claro el riesgo del daño grave o de imposible o difícil reparación; ambas hipótesis son iguales, sin embargo, en cuanto a dicha posibilidad, dado que en ambas hay un interés legítimo y no un derecho subjetivo, objeto de la lesión.

En conclusión: ni la doctrina ni la ley costarricenses han admitido nunca una exclusión del incidente de suspensión (del acto impugnado) de las acciones y juicios contenciosos de mera anulación, sino que, a la inversa, ha habido un firme consenso al

(12) Enrico Guicciadi, *Giustizia Amministrativa*, págs. 38, 39 y 40.

(13) Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, tomo I, pág. 511.

(14) Eugenio Cannada Bartoli, *La Tutela Giudiziaría del Cittadino verso la Pubblica Amministrazione*, págs. 59 y 60.

respecto, favorable a la admisión y trámite indiscriminados del incidente, que ha hecho innecesaria la decisión sobre el punto. No hay jurisprudencia en el tema.

a-2) Legitimación y partes.

Sólo las partes en el juicio principal pueden serlo en el incidente de suspensión, dada la dependencia y subordinación de éste frente a aquel, antes apuntadas. Sólo puede promover el incidente el actor, pues la Administración y su co-demandado tendrán interés inverso en lograr la confirmación y ejecución del acto a la brevedad posible, razón necesaria y evidente que ha determinado el art. 91.1 de la ley 3667 cuando expresamente se refiere al hecho de que la suspensión podrá ser acordada por el Tribunal "a instancia del demandante", con significativa exclusión del accionado.

Puede haber coadyuvantes, tanto activos como pasivos, cuando haya terceros con interés coincidente frente al actor o al accionado, en la suspensión o en la inmediata ejecución del acto, respectivamente.

Nuestra ley de lo contencioso regula sólo la coadyuvancia pasiva, en favor de los accionados, con lo que crea un injustificado y dañino privilegio procesal en beneficio de la Administración, si se interpreta, como parece hacerlo parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, en el sentido de que la omisión equivale a la prohibición o imposibilidad de la coadyuvancia activa (en favor del actor).

El art. 12.1.2, párrafos primero y segundo de la Ley de lo Contencioso se refieren a la coadyuvancia en favor del accionado, para advertir después que podrá haberla también a favor de la Administración cuando ésta demandare la anulación de sus propios actos dentro del juicio de lesividad, contencioso necesario para la eliminación de actos declaratorios de derechos en beneficio del administrado (arts. 10 y 35 de la ley 3667). Esto hace pensar con cierto fundamento que la intención de la ley ha sido efectivamente la de permitir la coadyuvancia únicamente a favor de la Administración, sea que ésta figure como accionada, que será lo normal, sea que figure como actora, cuando se dé la hipótesis excepcional del contencioso de lesividad. Se trataría de un privilegio más, gratuitamente concedido a la Administración, dueña ya de casi todos los que admite nuestro ordenamiento.

El apoyo de mayor peso a favor de esta interpretación está en la obra de Jesús González Pérez y más aún en su autoridad como el teórico principal en nuestra lengua del derecho procesal administrativo y de la ley española de lo contencioso, matriz de la nuestra. El citado autor desarrolla el tema al hilo de la coadyuvancia pasiva, ignorando adrede la activa, e incluso sugiriendo su improcedencia en el sistema español, dada omisión en el mismo pareja a la que padece nuestra ley sobre el tema.⁽¹⁵⁾

La tesis de González Pérez parece ser una toma consciente de posición sobre el problema, partiendo de la clara distinción que hace entre **coadyuvante** y **litisconsorte**, pero cualquier enfoque parecido en Costa Rica no puede tener otro origen que una confusión entre esas dos tan disímiles figuras procesales, netamente deslindables.⁽¹⁶⁾

En cuanto sólo puede estar legitimado en el incidente de suspensión el sujeto que lo esté en el juicio ordinario pareciera sin lugar la coadyuvancia activa en aquel, si es que no es posible en éste, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Pero el planteo ha de ser totalmente otro si se acepta que el silencio de nuestra ley no implica prohibición de la coadyuvancia activa en el proceso contencioso y que la misma es siempre posible por no haber razones de principio que la impidan, a condición de que se dé realmente la legitimación exigible desde otros puntos de vista. Esta última es la única solución lógica, justa y conforme con la doctrina y con el espíritu tutelar y "garantista" en favor del administrado que anima toda ley procesal administrativa. La coadyuvancia activa debe ser posible en el incidente de suspensión del auto impugnado, porque debe reputarse también posible respecto de la demanda contenciosa principal. Dada la subordinación procesal del coadyuvante respecto de la parte a que asiste, nada puede pedir ni puede dictarse pronunciamiento alguno a su respecto, ni en su favor ni en su contra. En tal sentido el coadyuvante en el juicio principal no puede ser promotor del incidente de suspensión, que sólo puede iniciar el mismo actor, momento desde el cual aquél queda habilitado para coadyuvar también con éste en el incidente.

(15) González Pérez, *op. cit.* tomo II, pág. 364.

(16) Laureano López Rodó. *El Coadyuvante en lo Contencioso Administrativo*, pág. 158; Pietro Virga, *op. cit.* págs. 321 y 322.

En síntesis: Pueden ser parte promotora y coadyuvante activo en el incidente de suspensión el actor y su coadyuvante en el juicio principal, respectivamente, con iguales requisitos de legitimación (interés directo y actual en el negocio); y, por igual razón, pueden ser parte y coadyuvante pasivo los mismos del juicio ordinario.

a-3) **Carácter instado y no oficioso.** Según el art. 91.1 antecitado la suspensión puede ser acordada por el Tribunal sólo a instancia del demandante, nunca *ex officio*, lo que queda confirmado con el inciso 4 de la misma norma, la cual prevé la posibilidad de conceder la suspensión de plano y sin más trámite, pero "siempre a petición del demandante", sin lo cual parece prohibido hacerlo. La solución es lógica porque, como se verá, en la redacción de la ley tanto como en la jurisprudencia construida sobre la misma pesa muy poco el interés público favorecido o protegido con la suspensión, que se otorga e instrumenta principalmente en beneficio del interés particular del reclamante, que es normalmente un individuo o persona privada.

a-4) **Carácter definitivo y no interlocutorio.** No hay en nuestro régimen la posibilidad de suspender el auto interlocutoria y provisionalmente, mientras dura el trámite del incidente. La suspensión que se dicta es definitiva en cuanto pone fin a la vía incidental, sin ponerle fin al asunto, que podría reiterarse por motivo superviniente que justifique revisar lo resuelto, mediante nuevo incidente dirigido a ese efecto. El carácter definitivo aludido ha de reputarse tan solo para el efecto procesal preclusivo de nuevas actuaciones dentro del mismo incidente, en cuanto cualquier revisión del auto final tendrá que producirse en otro nuevo, con entera independencia del primero y en legajo separado. No debe entenderse ese carácter preclusivo en cuanto a los efectos procesales fuera del incidente, dado que la decisión final es necesariamente precaria y sujeta al cambio de las circunstancias y urgencias de hecho en que, como veremos, necesariamente ha de sustentarse, las cuales pueden servir —si son nuevas— como nueva causa petendi de otro incidente.

La ausencia de previsión reguladora de una suspensión interlocutoria, dictada al inicio, de plano y con carácter provisional, es lamentable en nuestra legislación, pues son múltiples las situaciones

en que la urgencia exige suspender de inmediato el acto, bajo sanción de ver producido el riesgo irreparable que el incidente trata de evitar.

La previsión que contiene el inciso 4 del art. 91 es muy otra, pues se refiere a la posibilidad de autorizar la suspensión, también de plano y sin más trámite, pero en forma definitiva y no meramente interlocutoria, poniéndole término al incidente.

Se trata de "casos especialísimos", según el art. 91.4, que justifican conceder prima facie la suspensión, siempre a pedido del demandante.

Es lógico que dar lugar a una petición incidental mediante auto definitivo, es más difícil y exige más meditación, cautela y cúmulo probatorio que el auto inicial que otorgue lo mismo provisionalmente, mientras dure el incidente. Duración que suele prolongarse hasta ocho meses en nuestro medio, con tendencia a agravarse y dilatarse más, igual a la que aqueja universalmente todos los procedimientos escritos, judiciales o administrativos.

La experiencia mexicana del amparo en cuanto a la suspensión provisional del acto debe ser recogida con urgencia por nuestro legislador, para poner remedio a tan grave omisión.⁽¹⁷⁾

El carácter excepcional y restrictivo de los "casos especialísimos" en que es posible la suspensión de plano del acto impugnado, que autoriza el Art. 91.4, queda patente con la comprobación de que hasta la fecha y después de más de cuatro años de su vigencia, nunca se ha concedido prima facie una sola suspensión del acto impugnado, aunque varias han sido las pedidas. La motivación ha sido siempre escueta y se ha limitado a afirmar sin más que no se trata de un caso especialísimo, sino de uno normal, que exige audiencia y trámite también normales.

a-5) Oportunidad. "La suspensión, dice el art. 92.1, podrá pedirse en cualquier estado del proceso y se sustanciará en legajo separado". Ello permite plantearla no sólo en primera sino también en segunda instancia, de lo cual último no hay todavía jurisprudencia sentada en nuestro sistema, aunque sea evidente su procedencia dada la amplitud del texto.

(17) Ricardo Couto, Suspensión en el Amparo, págs. 177 a 182; Humberto Briceño Sierra, *op. cit.* tomo II, págs. 186 y sgtes.

Pese a esa amplitud no es posible la suspensión del acto en la etapa de ejecución de sentencia, pues aunque nada dice la ley al respecto es evidente que cualquier daño que entonces sufra el actor estará legitimado y será debido soportarlo hasta agotar el fallo que lo ordena, sin importar para el caso que aquél sea de imposible o difícil reparación. La suspensión, como medida cautelar en beneficio de una probable sentencia favorable al actor, pierde su función cuando la sentencia firme y en ejecución es desfavorable a éste.

Dada la redacción del art. 92.1 pareciera que tampoco es posible pedir la suspensión en forma prejudicial, antes del establecimiento del juicio o interposición de la demanda. Se trata de otra lamentable omisión de nuestra ley, acompañada en esto por la española y por la mayoría de los regímenes contenciosos en el derecho comparado, no obstante ser posibles al respecto todos los supuestos que justifican y configuran la institución del procedimiento prejudicial, accesorio y cautelar, para evitar la inutilidad del juicio futuro, cuando todavía no hay todos los elementos de juicio y de prueba que permitan entablarlo inmediatamente. La solución es criticada en la doctrina y debe ser rechazada en C. R., admitiendo generosamente la suspensión prejudicial del acto impugnado.⁽¹⁸⁾

No tenemos en nuestro sistema jurisprudencia sobre ninguno de los dos anteriores extremos (incidentes prejudiciales o post-sentencia firme de suspensión del acto impugnado).

a-6) Garantía: Para conceder la suspensión el tribunal exigirá al actor una garantía de daños y perjuicios, si los mismos pudieren resultar de aquella en contra de los intereses públicos o de tercero, garantía sin cuya rendición debidamente aceptada y acreditada no se llevará a efecto (o no surtirá efecto, que es lo mismo) la orden de suspensión. Quiere ello decir que la rendición y acreditamiento de la garantía, a satisfacción del Juez, son un requisito previo a la ejecución de la orden de suspensión, no a su adopción. La no rendición afecta la eficacia, no la validez de dicha orden. Desde este punto de vista la garantía juega un papel de una "condictiojuris" con efecto suspensivo de esa eficacia, cuya realización no sólo habilita ésta sino que la hace retroactiva, a partir de la firmeza del auto-correspondiente, de conformidad con el principio universal de que la condición realizada surte efecto desde la fecha del acto condi-

(18) Trujillo Peña y otros, Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo, tomo II, pág. 833.

cionado, por ser éste, a partir de ella, la verdadera fuente de ese efecto. No hay en nuestro sistema jurisprudencia al respecto, pero la conclusión es justa, si se piensa que a partir de la firmeza del auto que ordena la suspensión la Administración está inhibida para actuar y ejecutar, no ya en virtud de una obligación fundada en ese auto y correlativa de un derecho del actor a exigir la suspensión, sino de un deber institucional de respetar lo decidido en firme por el Juez, en homenaje al sistema de División de Poderes y del Estado de Derecho. Toda ejecución que tenga lugar después es necesariamente temeraria y con pleno conocimiento de que se están causando daños calificados en firme por el Juez como de "imposible o difícil reparación".

La garantía sólo puede exigirse ex officio cuando se ordene la suspensión de plano antes aludida y requiere petición de parte interesada en todos los demás casos.

Aunque la redacción del texto legal es imperativa (pues el art. 93.1 de la ley habla de que el Juez "exigirá, si pudiere resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, la caución suficiente para responder a ellos") en los hechos el tribunal goza de amplia discrecionalidad al respecto, dada la indeterminación de los conceptos empleados para circunscribir su actuación.

La ponderación de los intereses en juego, no tanto para fijar el monto de la garantía, cuanto para establecer si procede o no exigirla, ha sido interesante, y casi siempre contraria a la Administración Pública.

El resultado es netamente favorable al incidentista, pues sólo una vez se ha llegado a imponer rendición de garantía.⁽¹⁹⁾

Dispone el artículo 92.5 que pasado 2 meses de levantada la suspensión por causas que no sean el acuerdo de partes (en cuyo caso se estará la responsabilidad del incidentista a los términos de éste) se liberará la garantía si no hay nadie que acredite su derecho

(19) 1er caso.—Resolución del Juez 1 de lo Contencioso Administrativo, de 15 hs, del 23 de octubre de 1967, en ordinario Contencioso Administrativo de Cía. Nal. de Fuerza y Luz c/ Servicio Nal. de Electricidad. Una concesionario del servicio de suministro de energía eléctrica interpone incidente de suspensión dentro del juicio contencioso contra un acto del Servicio Nal. de Electricidad, organismo público contralor y regulador de las empresas generadoras o distribuidoras de energía eléctrica, acto que, al desconocer ciertos gastos de gestión como parte de los costos, impone una reducción de tarifas. El Juez concede la suspensión y no analiza expresamente el problema

Biblioteca de la Facultad de Derecho
y haga valer aquella contra el actor derrotado, liberación que se dará también a petición del accionado cuando el actor no impulse el juicio en forma debida.

a-7) Objeto de la suspensión. Es siempre el acto impugnado y sólo éste.⁽²⁰⁾ En cuanto la suspensión tiende a enervar un

de la garantía, que no fue pedida por la entidad accionada, pero anticipa su posición negativa haciendo ver que si la demanda "se declara improcedente, fácil resultará para la Institución recuperar las sumas correspondientes, como que uno solo será el deudor, la Cía. actora, cuya solvencia-por-cierto-no está en entredicho"; y con ésto se descarta la garantía. No hubo segunda instancia.

2do. caso.—Otra Cía. productora de energía eléctrica, que es la actora, vende el fluido a un ente público de suministro, el cual dicta un acto rehusando el pago de la tarifa cobrada sobre la base de que ésta implica un alza ilegalmente aprobada por el mismo Servicio Nacional de Electricidad. El Juez deniega —como aprobación de la segunda y última instancias— la petición de garantía, afirmando que la recuperación de la suma pagada en exceso a la empresa actora, caso de fracasar su demanda, estaría asegurada mediante el mecanismo simple de la compensación, que permitiría al ente público deducir de sus pagos mensuales el importe de sus créditos por concepto de sobre precio. (Resolución de 15 h. del 23 de octubre de 1967, confirmada en última instancia sin razonamiento adicional, en ordinario contencioso de Compañía Agrícola Santiago c/ JASEMC y el Servicio Nacional de Electricidad).

3er. Caso.—El Estado cancela una concesión de canal inalámbrico para televisora, cancelación cuya puesta en práctica es suspendida. Ante la tardía petición de garantía, el Juez con aprobación del Superior, la deniega, afirmando lo siguiente:

"Que el Juzgado no ordenó caución alguna porque en forma evidente no aparece de autos que la suspensión pueda causar daño o perjuicio a intereses públicos; ya se dijo en el Considerando IV de la resolución combatida que la suspensión no atenta contra el orden, la seguridad y la tranquilidad públicas y que la gestión está fundada en motivos serios y no puramente dilatorios" (Resolución del Juez 1 de lo Contencioso, de 8 horas del 23 de mayo de 1969, confirmada por última instancia sin ulterior razonamiento, en ordinario contencioso de Televisora S. A. c/El Estado).

4to. caso.—La Oficina del Café, organismo público contralor y regulador de la economía del café, prohíbe la venta de café mezclado con azúcar, basándose en una ley imperativa. El acto es suspendido y el Juez deniega la garantía pedida afirmando que en el caso no hay posibilidad de perjuicio para terceros ni para el interés público, después de haber tenido como hecho probado que el café azucarado no es peligroso para el consumidor. Resolución del Juez primero de lo Contencioso, ordinario contencioso de Gonzalo Calvo Gómez c/La Oficina del Café. La resolución no tuvo alzada.

5to. caso.—Un único caso ha merecido rendición de garantía, según el Juez. La Liga Agrícola Industrial de la Caña, órgano contralor y regulador de la economía de la caña de azúcar, fija a los ingenios cuotas de producción en distintos tipos de azúcar (crudo, blanco, refinado), según las necesidades del consumo interno o internacional. Un ingenio alega motivos varios para no obedecer la regulación impuesta, que es suspendida. En el caso era particularmente patente la posibilidad de perjuicios serios a terceros, pues el precio del azúcar para el resto de los ingenios y para los productos de caña resulta de una división del producto de la zafra nacional entre el número de quintales, división que se ve afectada por el mayor o menor número vendido, de cada tipo de azúcar, cada uno de los cuales tiene su precio propio. La violación de las regulaciones de cuotas tiene por fin natural fabricar y vender la mayor cantidad posible del tipo más caro y lucrativo (azúcar blanco para consumo interno), con perjuicio para el resto de los productores e industriales. La garantía fue rendida pero nunca exigida, pues al final los daños y perjuicios no se produjeron en el importante monto previsto. (Resolución de segunda instancia de la Sala I Civil de la Ciudad de San José de las 10 horas del 9 de agosto de 1966).

(20) González Pérez, *op. cit.* tomo III, pág. 333.

privilegio de acción, consistente en la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, acto de derecho público, es lógico que no pueda pedirse aquella en relación con actos de derecho privado, los cuales entran actualmente en la jurisdicción contencioso-administrativa costarricense, en razón de la unificación de jurisdicciones contra el Estado operada por la nueva ley de lo contencioso (arts. 1, 2 y 3 *ibídem*). Es un hecho, sin embargo, que tal unificación y la necesidad legal de agotar la vía administrativa, como diligencia preliminar a la interposición de la demanda contenciosa, permiten crear la apariencia de que siempre que se actúa dentro de la respectiva jurisdicción, se discute la validez de actos administrativos reales o fictos, con entera exclusión de relaciones jurídico privadas (regidas por el derecho comercial, civil o laboral), lo cual es falso. Para desvanecer tal error de enfoque basta pensar en que una omisión de la ley que operó la unificación de jurisdicciones, como es la de no admitir excepciones a la diligencia de agotamiento previo de la vía administrativa, no puede cambiar la naturaleza intrínseca de los actos y de las relaciones sujetos a contralor jurisdiccional. En consecuencia, el acto privado (civil, comercial o laboral) seguirá siendo tal para todo efecto dentro de la jurisdicción contenciosa, así como la relación nacida del mismo, sin que pueda interponerse contra uno u otro incidente de suspensión, dado que aquel acto carece de los privilegios de la ejecutividad y de la ejecutoriedad contra cuya fuerza lesiva va dirigida la suspensión a modo de paliativo tutelar del ciudadano. Nuestra jurisprudencia ha sentado ya tal conclusión, aunque con muy breve desarrollo y motivación.

El caso se presentó en ordinario contencioso de Renán Méndez Arias y otro contra el Banco Nacional y otro, y el incidente fue resuelto por auto de la Sala I Civil de las 9 hrs. y 20 minutos del 16 de diciembre de 1969, en condiciones peculiares. Un banco público comercial⁽²¹⁾ entabla acción ejecutiva común contra dos deudores de un pagaré, quienes, a su vez, interponen demanda con-

(21) En C. R. la banca comercial es nacionalizada y pública, formando sistema con una banca central directora, reguladora y contralora, conjunto el cual está sujeto, además, a la vigilancia de la Contraloría General de la República. Hay banca privada, pero no puede recibir ni traficar con depósitos ni ahorros del público, actividad reservada en monopolio a los bancos del Estado. El resultado es el innegable poder de la banca pública, mucho mayor que el de la banca privada. El sistema bancario nacional tiene una ley propia, así como el Banco Central, no obstante que el art. 188 de la Constitución Política, que consagra su autonomía en forma genérica (incluyendo a todos los entes autónomos), no se refiere al sistema, sino a cada banco en particular.

tenciosa contra el banco, alegando que éste no es dueño, sino depositario del título. Dentro del contencioso piden la suspensión de la ejecución mientras dure aquel, lo que es rechazado en ambas instancias, afirmándose que, primero, el incidente sirve para suspender actos administrativos y no ejecuciones mercantiles (las cuales tienen su régimen propio de suspensión) y, segundo, que el incidente es para suspender el acto sin perjudicar la vía principal, a la inversa de lo que ocurriría con el juicio ejecutivo si se suspendiera el cobro. La solicitud de suspensión fue denegada.

La ley no hace distingos entre los actos públicos para efectos de su posible suspensión incidental. Cabría preguntar si cabe ésta contra sus llamados actos de gobierno y contra la inercia administrativa.

El acto de gobierno se caracteriza, donde existe, por no ser judicable ni anulable en la vía contencioso-administrativa (sea en razón de su pretendida santidad supra-administrativa, sea en razón de su rango auténtico de ley, por estar subordinado únicamente a la Constitución, en cuyo caso sale del ámbito de aquella jurisdicción que, según dictado del art. 1º de la Ley 3667, sirve únicamente para controlar la legalidad y no la constitucionalidad de los actos y disposiciones del Estado). En consecuencia, el acto de gobierno ahí donde existe —y concretamente en Costa Rica— no es pasible de suspensión incidental, por no ser ni poder ser materia de la jurisdicción contenciosa.⁽²²⁾

(22) Ello dicho conviene advertir que en C. R. la doctrina del acto de gobierno no existe, al menos en relación con una especial finalidad, pues todo el que emane de la Administración está sujeto a contralor contencioso, si de acuerdo con el ordenamiento está subordinado a la ley, prescindiendo para el caso de su relevancia política o institucional. El artículo 49 de la Constitución Política asegura un control contencioso sobre la totalidad de los actos públicos de la Administración sujetos a la ley, sin permitir distinciones de ninguna especie a efecto de justificar exclusiones de determinados tipos o porciones de la conducta pública. El acto de gobierno, si existe, es el acto constitucional y sujeto nada más a la Constitución, en cuyo caso estará sometido a la jurisdicción constitucional, que corresponde exclusivamente a nuestra Corte Plena. Desde este punto de vista el nuestro es un sistema de contralor contencioso total y capilar de la administración por la jurisdicción, sin residuos de ninguna especie. Puede ocurrir que, por razones circunstanciales de legitimación, un acto administrativo antijurídico quede sin contralor, firme e inimpugnable, lo que acaece diariamente, además, por errores en el contralor efectivamente ejercido. Se trata de disfunciones jurídicas que ningún ordenamiento puede evitar. En C. R. el único acto de gobierno admisible, en cuanto excluido de la jurisdicción, es el acto constitucional, que realiza siempre un Supremo Poder en ejercicio de función política, por la que se entiende la que es libre en el fin y sujeta únicamente a la Constitución. Con este restringido alcance parece posible admitir en C. R. la exclusión del acto de gobierno de la suspensión incidental del acto impugnado en la vía contenciosa.

En cuanto a la inercia cabe advertir primero que no debe confundirse con el acto negativo, expreso o presunto.⁽²³⁾

En materia de amparo hay finas elaboraciones al respecto, sobre todo en la doctrina mexicana y brasileña. Brevemente puede decirse que el acto negativo es el que rehusa un acto pedido, incluso si lo rehusado es una abstención; o bien, es el que impone obligaciones y prohibiciones al administrado, pero en este caso el término alude mal a su verdadero significado, que así quedaría equiparado al del acto desfavorable. En ambos casos el acto puede ser expreso, si se comunica como resolución efectivamente adoptada; o presunto, por obra integradora del silencio administrativo, que, según los arts. 19.1 y 33.1 de la Ley de lo Contencioso, da opción al administrado después de dos meses de hecha la petición o planteado el recurso sin comunicación del respectivo proveído, para tenerlos por desechados en virtud de ficto rechazo, o para esperar la resolución expresa, por un año más (pasado el cual caduca su acción).

El acto negativo se distingue de la inercia en cuanto siempre es un acto, aunque sea ficto y presunto por virtud de silencio. La inercia surge cuando hay silencio no constructivo, por obra del régimen existente para el procedimiento iniciado. Si el ordenamiento, y más concretamente la ley o el reglamento, regula un trámite que dura más de dos meses, sumados sus plazos y etapas de desarrollo dentro del régimen que se le ha imprimido, la antecitada regla del silencio no opera. Podría pensarse en que un silencio de más de dos meses en cualquier etapa del trámite sería suficiente, pero tal enfoque chocaría con el hecho de que el acto ficto resultante podría configurarse, a lo sumo, como un acto interno preparatorio de tipo procesal o procedimental, que no podría ser otro que el propio de la etapa en que la inercia injustificada se ha producido, y en ningún caso el acto final en que debe desembocar el procedimiento como unidad. Este acto final que cierra y corona el procedimiento es precisamente el acto administrativo, único verdaderamente impugnado en cuanto definitivo y único, en consecuencia, que puede ser pasible de un incidente de suspensión. La solución desesperada de asignar a cada etapa dos meses, aunque en el régimen positivo pueda cumplirse en más o en menos, para dar por producido el acto final

(23) Giannini, *Op. cit.*, tomo I. Pág. 575, previene contra la confusión entre silencio y acto negativo, prevención fundada en la medida en que alude al hecho de que hay silencios positivos y silencios irrelevantes.

denegatorio al cabo de la suma total de fases procedimentales no cumplidas, no sólo ignora el hecho evidente de que mejor sería conferir efecto constructivo y negativo al plazo ya establecido en lugar de sustituirlo por otros que la ley no contempla sino, sobre todo, el hecho menos claro pero más importante de que ello equivaldría a dar valor al silencio en un plazo y dentro de hipótesis no previstas por la ley, contra el universal principio de que el silencio no expresa la voluntad de la Administración, ni aún en sentido negativo, salvo que la ley disponga lo contrario, a título expreso y excepcional, de aplicación restringida a los casos por ella tasados.

¿Qué solución dar, entonces, a la hipótesis de la inercia Administrativa?

La solución sólo puede ser positiva, pues implica una grave intromisión del Juez en la Administración, compatible con la División de Poderes, pero excepcional y posible sólo a texto expreso: es la sustitución de la Administración por el Juez, que haga lo que aquella ilegítimamente rehusa. Esto es imposible en sistemas como los centro-europeos, donde esa división impide tradicionalmente al Juez dar órdenes o sustituirse a la Administración, pero es constitucionalmente posible en C. R. En ausencia de norma que lo diga expresamente, los principios no pueden suplir.⁽²⁴⁾ La inercia administrativa sólo puede generar responsabilidades personales del funcionario culpable y eventualmente de la Administración, que así puede verse sujeta a una condenatoria dentro de un proceso de plena jurisdicción, por responsabilidad extracontractual. Fuera de este limitado paliativo, la inercia, por su propia estructura, no está sujeta como tal a la jurisdicción contenciosa ni, en consecuencia, a la suspensión cautelar de tipo incidental que ahora analizamos.⁽²⁵⁾

(24) La tesis de la sustitución contralora a nivel jurisdiccional como técnica de principio, que el suscrito mantuvo con base en el art. 62 inciso b) de la ley 3667, no puede ser aceptable cuando la conducta omitida es discrecional, tanto si es interna como constitutiva de un verdadero acto administrativo, pues lo discrecional sólo pertenece a la Administración, sin que quepa argumento en contrario ni argucia al respecto; dicho sea en rectificación de criterio anteriormente mantenido.

(25) Las explicaciones más lúcidas de la inercia y sus problemas que hemos leído pertenecen a Alejandro Nieto, La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo, Rev. de Ad. Púb. N° 37, págs. 135 y stes; y Renato Alessi, Rilievi in ordine alle impugnative del comportamento omissivo dell'Amministrazione Pubblica, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1964 pág. 528 y stes. La obra fundamental sobre el tema paralelo del acto negativo, con finas contribuciones al de la inercia, es de F. Ledda, Il Rifiuto di provvedimento amministrativo, UTET, 1964.

Si la suspensión afecta la eficacia, sólo puede referirse a actos jurídicamente eficaces y en curso de efecto, aunque no estén todavía en ejecución. La ejecución hace posible la suspensión, aunque el acto no sea todavía jurídicamente eficaz (por falta de algún elemento necesario como la comunicación, la aceptación, el cumplimiento de las condiciones suspensivas, etc.), porque representa la forma más grave y próxima de ataque al derecho o interés protegidos. De este modo el requisito de la eficacia sirve o bien para admitir la suspensión respecto de actos que lo reúnen, aunque no estén en ejecución, o bien para rechazarla en relación con actos que no lo reúnen y que tampoco están en ejecución, en la primera hipótesis porque ya existe la inminencia de un daño, y en la segunda porque no existe siquiera eso.

La suspensión aparece como una defensa contra el proveído actual o inminentemente lesivo, nunca contra el acto pasado y consumado, ni tampoco contra el acto incapaz, jurídica o realmente, de producir lesión alguna.⁽²⁶⁾

a-9) Recursos: Los actos del proceso incidental de la suspensión, así como esta misma, están sujetos al régimen común de recursos de tipo procesal civil, por remisión expresa hecha por el art. 70 de la ley 3667, que confirma en esto la regla general de vigencia supletoria de ese régimen civil para la materia contenciosa consagrada en el art. 103 *ibídem*, Capítulo de Disposiciones Finales. Los recursos así admitidos son los ordinarios de revocatoria y apelación contra los autos (entre ellos el de suspensión incidental), sin que haya recurso alguno contra las providencias (arts. 857 y 858 Código de Procedimientos Civiles). Es lógico que la suspensión, en tanto que medida cautelar y provisional, ayuna de la autoridad de la cosa juzgada, no esté sujeta al recurso extraordinario de casación, procedente en nuestro sistema únicamente contra las sentencias o autos definitivos de segunda instancia que ponen fin al juicio ordinario revestidos de aquella autoridad (art. 899 C. P. C.).

Advierte el art. 72 que “la admisión de la apelación en ambos efectos no impedirá que el interesado, en cualquier momento, solicite la adopción de las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su oportunidad, la ejecución de la sentencia”, lo

(26) Sandulli, *op. cit.* págs. 179 y 180.

que claramente alude a la suspensión del acto impugnado como una de las técnicas precautorias posibles.

a-10) Autoridad procesal y ejecución del auto de suspensión.

Es una de las principales y más notables características del auto incidental de suspensión en la vía contenciosa costarricense el que, por disposición del art. 93.6, su ejecución está garantizada en forma igual a la de la sentencia principal. Para regularla, la Ley se remite al Capítulo Tercero del Título Cuarto, que dispone De la Ejecución de la Sentencia.

Los aspectos más salientes de tal régimen son algo drásticos, a saber:

i.—Firme el auto el Tribunal podrá adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para su pronta ejecución, aun órdenes, prohibiciones, e, incluso, sustituciones de la actividad estrictamente reglada de la Administración, pues la ley no hace distinciones ni introduce limitaciones al respecto (art. 76); no entra en lo posible el embargo ni la retención de bienes dentro de este esquema, en virtud de prohibición expresa de otra norma que veda el apremio contra el Estado, los Municipios y demás entes públicos, y que no se considera derogada por la nueva ley 3667.

ii.—Firme la suspensión se comunicará, si fuere del caso, (lo que ocurrirá cuando su ejecución implique erogaciones fiscales líquidas), a la Contraloría General de la República y a la Oficina de Presupuesto, a efecto de que éstas, pasados tres meses, imprueben todo presupuesto del Estado o de la entidad pública deudora —ordinario o extraordinario— que no contenga partida suficiente para el pago (lo que podría llamarse contralor improbatario y sustitutorio a la vez, pues conduce indirectamente al registro presupuestario del débito contra la voluntad del deudor público). La Ley no contempla la hipótesis de que haya partida pero no dinero que la apoye, lo que generalmente frustra la técnica regulada.

iii.—Aunque el auto no lo diga la Administración tendrá que pagar intereses por la mora, cuando de sumas líquidas se trate (caso citado de Cía. Agrícola Santiago contra Servicio Nacional de Electricidad y Jasemc) (art. 79 *ibídem*).

iv.—El incumplimiento del auto originará responsabilidad civil y personal del servidor culpable (fuera de la solidaria responsabilidad de la Administración), sin que valgan como justificantes ni la obediencia jerárquica ni la renuncia del cargo (arts. 81 y 82 *ibídem*).

Es evidente que la ley se ha preocupado en exceso de asegurar el pago de sumas líquidas, sin regular las otras hipótesis, generalmente más complejas, cuantiosas y delicadas, que así quedan en ambigua situación en punto a técnicas para lograr e imponer la efectividad de la suspensión ordenada. Nuestro ordenamiento no contempla procedimientos de ejecución de sentencias ni de autos incidentales en juicio contencioso, cuando media una obligación de dar (otra cosa que dinero), de hacer o de no hacer.

La improbación de un presupuesto y, en general, la aplicación por la Contraloría General del régimen de garantía en favor de la suspensión decretada y de su ejecución tuvieron lugar en el incidente de suspensión de Cía. Agrícola Santiago contra Jasemc, para el pago de un cuantioso débito por compra de energía eléctrica por la segunda a la primera, caso que ha tenido gran valor ejemplar, pues logró una rápida suspensión del acto y una efectiva adopción de las medidas necesarias para respetar su intención y su letra.

b) Aspectos sustanciales de la suspensión como acto final.

Abordaré brevemente ahora el ángulo más interesante, complejo y evolutivo del instituto en examen: las condiciones sustanciales de procedibilidad de la suspensión incidental en lo contencioso, así como el régimen del acto de suspensión, una vez dictado. Es aquí donde más finos y fructíferos análisis son posibles.

b-1) Planteo del tema. El material de estudio es muy poco y reducido a seis casos judiciales, que naturalmente no han alcanzado todavía la línea clara y firme de la jurisprudencia. Se tratará de estudiar los motivos que justifican y han justificado la suspensión en nuestro ordenamiento. Es éste un tema de derecho administrativo más que procesal, pues esas condiciones de fondo para otorgar la suspensión son las mismas que pueden fundamentarla en vía administrativa, con todas las características de un acto administrativo, no procesal. Esas condiciones son el equivalente del motivo, causa, antecedente legal o presupuesto determinante del acto

administrativo en la doctrina propia de éste. Como en el derecho administrativo, también aquí la ausencia de ese motivo o su existencia incompleta o discrepante de las asunciones del órgano que dicta la suspensión, la vician de nulidad absoluta e insubsanable.

Es en relación con esos motivos que se perfila netamente el carácter cautelador e inestable de la suspensión incidental y se ponen de relieve los múltiples intereses a que se ordena, según el enfoque que se dé a la institución.

b 2) En general son tres los tipos de motivos que se toman en cuenta para dar lugar a la suspensión incidental, a saber:

- i.—Naturaleza del daño arriesgado por el acto;
- ii.—Seriedad de los motivos de impugnación del acto;
- iii.—Relación del acto con el interés público.

Un eventual elemento a considerar puede ser la actitud del accionado.

i.—Naturaleza del daño. Como se anticipó es requisito invariable de todo régimen de suspensión cautelador del acto impugnado el condicionar su otorgamiento a la existencia o inminencia de un daño grave y excepcional, que justifique esta medida también excepcional.

El art. 91.2 de nuestra Ley de lo Contencioso cumple con tal principio al establecer que:

“Procederá ésta (la suspensión) cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”.

La norma es casi copia de la correspondiente al mismo tema en la Ley española de Justicia Administrativa (art. 122.2 de la Ley 27 de diciembre de 1956). En consecuencia la orientación de la doctrina y la jurisprudencia españolas sobre el tema es importante para las nuestras.

En el derecho comparado se utilizan muy diversos términos para expresar la misma idea, todos aproximadamente equivalentes. (Ver nota 3).

Los casos más usuales de suspensión administrativa en el derecho comparado atañen hoy a problemas edilicios suscitados por

nuevos permisos de construcción u órdenes de demolición, o por urbanizaciones y lotificaciones, etc., por razones que son evidentes: es casi imposible reparar el daño que causa una construcción ya hecha y peor una indebida demolición. Es igualmente importante al respecto la materia de la actividad económica y profesional, con lo que se alude a los cambios o cesantías en el funcionamiento de establecimientos industriales o comerciales, clausura de los mismos, inminencia de quiebra, pérdida sustancial de clientela, debilitamiento extraordinario en la capacidad competitiva, etc.⁽²⁷⁾

La gama de posibilidades es muy variada y depende de circunstancias igualmente disímiles, principalmente económicas y sociales, pues es evidente que el lanzamiento de un inquilino de una casa barata o popular, bajo contrato tarifado con el Estado, no reviste la misma gravedad cuando hay crisis de vivienda que cuando no la hay, ni tampoco en un clima de paz social y prosperidad de las clases pobres, que en un clima cargado de tensión y frustración económicas. La fuerza de tales circunstancias explica —en otro campo— el famoso caso Couiteas, decidido por el Consejo de Estado francés mediante la expropiación de una sentencia judicial firme que, acogiendo una demanda de reivindicación contra miles de poseedores precarios e irregulares, ponía en peligro con su ejecución el orden público en Algeria, en momentos de creciente malestar nacionalista orientado hacia la independencia política (decisión del Consejo de Estado de 30 de noviembre de 1923). La única solución posible, impuesta por la presión de los hechos, fue la inejecución del fallo, contra pago de una indemnización total de los daños y perjuicios, como si se tratara, repetimos, de la expropiación de una sentencia. Esto explica hasta qué punto la circunstancia política, económica y social puede determinar la jurisprudencia en materia como las que nos ocupa.

Los casos decididos en Costa Rica han sido ya citados con motivo de otros aspectos del tema, pero es necesario considerarlos nuevamente desde este ángulo.

Puede intentarse una explicación de los casos que se citarán diciendo que, según los mismos, el perjuicio parece ser de imposible o difícil reparación en Costa Rica cuando ninguna suma puede

(27) Long, Weil et Braibant, *op. cit.* págs. 416 y 417; Sandulli, *op. cit.* pág. 179; Trujillo Peña y otros, *op. cit.* págs. 830, 831, 835 y 836.

reparar con certeza la totalidad del daño causado o volver las cosas al estado anterior a la ejecución del acto. Y es posible también calificar igualmente ese daño cuando, aún siendo probable el retorno a la normalidad, el mismo presenta grandes dificultades y riesgos, por implicar pérdidas cuantiosas, muy prolongadas, difíciles de evaluar y, en todo caso, dependientes de factores fuera del control tanto de la Administración como del administrado actor. Desde este punto de vista no importa que el daño sea calculable y reparable en dinero si se dan una o algunas de las otras notas incompatibles, ya enumeradas: onerosidad, duración, aleatoriedad, complejidad o dificultades de evaluación excesivas.

En todo caso debe descartarse la idea de que un daño no pueda ser grave, de difícil o imposible reparación simplemente por ser patrimonial y económico y tener un valor pecuniario, pues desde ese punto de vista todo daño sería siempre reparable, en último caso según el razonable arbitrio del Juez; como tampoco es aceptable la idea de que sólo los daños patrimoniales o económicos, con exclusión de los morales, puedan justificar la suspensión, pues más bien podría decirse lo contrario y es que si hay daños que presenten dificultades serias no sólo en su reparación sino en su evaluación y duración son los morales y, en general, los que aluden a valores (como los estéticos, históricos, familiares, políticos o religiosos), porque en los mismos están cifrados siempre los aspectos fundamentales de la vida íntima y de relación.⁽²⁸⁾

Casi todas las suspensiones acogidas pueden caer dentro de la aguda síntesis propuesta por González Pérez para explicar la jurisprudencia española. Dice el distinguido publicista:

“De la casuística jurisprudencia dictada sobre el problema pueden inducirse las siguientes reglas generales:

1.—Que conviene distinguir aquellos perjuicios susceptibles de valoración económica (indemnizables, según el art. 40, párrafo segundo L. J.) de aquellos otros que no lo son.

2.—En el supuesto de que los perjuicios no sean susceptibles de valoración económica, debe siempre decretarse la suspensión.

(28) En contra y con razonamientos obviamente superados por la época y las exigencias mínimas de la dignidad, tan vinculadas a la jurisdicción contenciosa, Cirilo Martín Retortillo. *Op. cit.* págs. 237 y 238.

3.—En el supuesto de que sean susceptibles de evaluación económica, debe asimismo decretarse la suspensión, salvo que evidentes razones de interés público impusieren lo contrario, en los casos siguientes:

- i. que tal evaluación ofrezca grandes dificultades;
- ii. que, aún no ofreciéndolas, sea mucho más gravosa, la reparación que la no ejecución;
- iii. que sea presumible la insolvencia de la entidad que, en su día, deberá indemnizar. (El Procedimientos Administrativo, pág. 798).

Veremos de inmediato cómo nuestra reducida jurisprudencia sobre el tema ha tenido ya ocasión de aplicar muchos de estos criterios y que lo ha hecho sobre una línea intermedia de decisión, que garantiza el equilibrio entre la prerrogativa de la Administración y el derecho del particular. Nos limitaremos a una transcripción de los considerandos más relevantes de cada fallo, advirtiendo que las que citemos del tribunal que ha decidido todos los casos en primera instancia (El juzgado 2º de lo Contencioso es reciente y no ha recibido todavía ninguna demanda de suspensión del acto impugnado) corresponden a fallos confirmatorios de segunda instancia que, aunque han agregado, no han corregido nada de lo ahí dicho.

Sentencia de la Sala Civil en ordinario de Hacienda Nuestro Amo c/Liga Agrícola Industrial de la Caña:

Considerando VI:

"Que todo daño y perjuicio es reparable conforme al ordenamiento jurídico, una vez mediante la restitución de las cosas al estado que tenía y el pago de las utilidades no percibidas, y otras mediante una prestación sustitutiva o equivalente, apreciando el justo valor del daño

El caso típico de lesión irreparable a un valor, aunque mensurable económicamente como agravio patrimonial, es la destrucción de un monumento histórico para fines urbanísticos. Basta con que el actor alegue y pruebe ese valor histórico para pedir la suspensión, manifestando el daño irreparable que podría causarse si efectivamente se destruyera, pese a cualquier indemnización, para que la suspensión sea declarada procedente. Casos típicos decididos por el Consejo de Estado en protección a una perspectiva monumental por razones de estética urbanística son los citados por Long, Weil et Braibant, *op. cit.* pág. 258, de la suspensión de un permiso de construcción que importaba la destrucción de árboles y parques centenarios en la avenida parisiense Gabriel (Fenaille, C. E. 27 de junio de 1930); y el de la protección de la isla Tristán contra los trabajos de ampliación del puerto de Douarnenez (Francois Richepin, C. E. 27 diciembre 1938).

y de los consiguientes perjuicios. Esto permite concluir que el art. 91 párrafo 2 de la Ley Reguladora, cuando habla de que el acto administrativo puede suspenderse si su ejecución "hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible", no está aludiendo a una imposibilidad absoluta, que en ningún caso podría existir si se aplicara la doctrina de la reparación del daño mediante una prestación equivalente. De manera que la "reparación imposible" tiene que referirse a los daños que por su propia naturaleza, en sí mismos, no sean directamente reparables. No interesa explicar aquí en cuáles situaciones puede presentarse dicha imposibilidad, ni tampoco si ella existe o no en el caso concreto, pues el art. 91, párrafo 2, también se refiere a daños de reparación difícil; y es obvio que lo "difícil" no depende sólo de la naturaleza del daño sino de otros factores o circunstancias, que los Tribunales pueden apreciar dentro de la amplitud de aquella norma. Ahora bien, la posibilidad de una quiebra y el grave problema de carácter social que afecta a muchos trabajadores, que se ha producido por la paralización de las actividades del Ingenio Zetillal, dan mérito para considerar que los daños causados y que pueden seguirse causando, sí participan de la característica de ser de difícil reparación, por lo que entonces el caso planteado sí tiene acomodo en la citada regla del art. 91, párrafo 2do. de la Ley Reguladora".

Sentencia del Juez 1º de lo Contencioso Administrativo (confirmada en segunda instancia) en ordinario Cía. Agrícola Santiago c/JASEMC y el SNEE:

Considerando IV:

"Que, por lo expuesto, en inminente estado de quiebra o cesación de actividades la empresa generadora, situación a la que está expuesta fundamentalmente por no percibir el total de las sumas correspondientes a venta de energía eléctrica que hace a su único cliente —JASEMC (Junta Administradora del Servicio Eléctrico de Cartago)—; no justificándose por ahora la rebeldía de JASEMC a acatar la tarifa elaborada por el Servicio Nacional de Electricidad en su resolución Nº 1843 de 28 de abril de 1966, que fijó un precio de cuarenta y ocho milésimos de colón por kilovatio hora —que esta entidad califica de provisional— y pudiéndose afectar la tarifa que los consumidores han venido pagando, lo que podría ocurrir si CASSA paralizara sus actividades, situación que daría pie para que JASEMC se viere obligada a adquirir la energía del Instituto Costarricense de Electricidad, que la vende a un precio mayor que el señalado en la antes dicha resolución Nº 1843; y consi-

derando desde luego la crisis laboral a que se expondría el personal de CASSA, debe acogerse la articulación en lo pretendido conforme se dirá (art. 91, párrafo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, N° 3667 de 12 de mayo de 1967)."

No obstante lo fundado del fallo, la Sala de Instancia confirmó por otras razones, atinentes al principio de que una institución reguladora, como el SNEE respecto de las tarifas y del suministro de fluido eléctrico, tiene que ser obedecida por la otra entidad pública sujeta a su regulación —como JASEMC, empresa pública de suministro del mismo fluido—, sin lo cual su rebeldía tendría que interpretarse como una suspensión del acto regulador sin intervención del juez, con violación de la Ley de lo Contencioso, argumento este último de gran agudeza y acierto. Dijo el Tribunal de instancia:

Considerando I:

"lo más atinado es que subsista lo dispuesto por el Servicio mientras se sustancia y resuelve la presente litis, sin perjuicio, claro está, de lo que sobre el particular decidan en definitiva los Tribunales; ello, a fin de que no sea posible que una entidad pública pueda, sin ser superior jerárquico, suspender los actos de otra, lo que en principio sólo cabe ser ordenado por los mismos tribunales de lo contencioso administrativo... De no ser así, tratándose en la especie como se trata de una contratación tan especial como es la relativa a la compraventa de fluido eléctrico, en que generalmente la empresa productora lo vende a la empresa compradora con un porcentaje fijo de ganancia sobre su costo, al mantenerse el acuerdo impugnado, se podrá causar no sólo a la empresa productora un enorme daño sino también al público consumidor, quien por una disparidad de criterio de la empresa compradora con el órgano regulador de las tarifas, podría eventualmente verse, por razón de una suspensión o paralización de la empresa productora, privado de los servicios eléctricos".

Sentencia del Juzgado 1° de lo Contencioso en ordinario de Televictoria S. A. c/El Estado, confirmada sin modificaciones por la Sala de instancia y por el mismo Juez en decisión de revocatoria interpuesta, que complementa y profundiza brillantemente muchos de los razonamientos larvados que daba la primer sentencia, en la forma siguiente:

II.—Sobre el primer Argumento:

"Que el Juez no ignora que el Estado es la persona solvente por excelencia; si no lo fuese no sería Estado. Mas, si para el caso el argumento fuere valedero, caeríamos en el despropósito de tener la ley como letra muerta, desde que de nada serviría que el artículo 91 de la Ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966 faculte al Tribunal para suspender la ejecución, ya que siendo el Estado el perpetuo solvente, nunca estaría en condiciones de quiebra. La correcta inteligencia de la ley es bien distinta: la expresión "de reparación imposible o difícil", que contiene el texto legal antes citado, necesariamente se refiere a aquellos daños que, en sí mismos, no son directamente reparables, y lo de "difícil" no es cosa que exclusivamente dependa de la naturaleza del daño, sino de otros factores que el Juez puede apreciar, a su sano juicio, dentro del marco que le brinda la norma en que se sustenta y que, para el caso, bien lo es la pérdida del personal técnico y administrativo que fue seleccionado y adiestrado cuidadosamente; un personal idóneo constituye uno de los principales pilares de toda empresa y, aparte de que en el país no existen escuelas públicas o privadas, que se especialicen en el adiestramiento de personal para televisoras, obvio parece que el que nos llegue del exterior no se presenta en oleadas de manera que quienes lo requieran puedan escoger a su sabor y antojo, y aquellos que, por su ahinco y tenacidad, puedan prepararse por sí solos no andan por la calle ofreciendo sus servicios al mejor postor. También la pérdida de los contratos para el suministro de películas, desde que obvio resulta que en esta materia la aceptación del público para una empresa de televisión no radica en quienes la constituyen o dirigen sino en la calidad de los programas que ofrece, y lógico es pensar que, por razones de lealtad comercial, los productores de películas no las venden o alquilan a diferentes televisoras para que las "pasen" a la vez y, por el contrario, hasta donde entiende el Juez, la repetición de "series" o programas es infrecuente porque deviene en anticomercial y se refleja en el prestigio de la empresa que lo haga. También participa del carácter de "difícil" la pérdida de los anunciantes que patrocinan los programas; ellos juegan un papel tan importante en el desenvolvimiento de una empresa de televisión que hasta se atreve a afirmar el Juez que no existe una sola que carezca de patrocinio; aun aquellas que funcionan bajo la égida del Estado —como en Italia y Francia— sufragan los gastos total o parcialmente con lo que pagan sus anunciantes. De ahí que en un medio como el nuestro en que, como es público y notorio, existen tres empresas

de televisión, obvio resulta que un patrocinador o anunciante al que se le incumpla un contrato difícilmente aceptará contratar nuevamente con la empresa que le incumplió; sencillamente se irá a otra, con las consecuencias de pérdida de prestigio y de carácter económico que ello conlleva para la que incumplió; consecuencias que aun con el auxilio de prueba pericial, no podría afirmarse que puedan ser reparadas justamente por un Tribunal. Igualmente puede decirse que la televisión a colores, por novedosa en el país, es un factor tan importante que, de no contar con él, "Televictoria S. A." se convertiría pura y simplemente en una empresa más, que entraría al comercio nacional "sin pena ni gloria".

Sentencia del Juzgado 1º de lo Contencioso en juicio de Antonio Calvo Gómez c/Oficina del Café, sin apelación:

Considerando II:

"Que con las probanzas aportadas a los autos, estima el Juez que la ejecución del acto impugnado ocasionaría daños y perjuicios de reparación imposible o difícil en los términos del art. 91.2, de la ley N° 3667 de 12 de marzo de 1966. Dicha ejecución entrañará para el demandante y sus coadyuvantes graves perjuicios desde que la costumbre de mezclar café con azúcar en el proceso de torrefacción es antiquísima en el país —data de más de cuarenta años— y estuvo legalizada por muchos años. Los peritos catadores que nombró el juzgado... señalaron una serie de circunstancias que ponen en evidencia lo difícil que será desarraigar esa costumbre en los consumidores nacionales, lo difícil o casi imposible que resulta para los torrefactores abastecerse de materia prima uniforme dadas las disímiles calidades que ofrece la Bolsa así como la pequeñez del tamaño promedio de los lotes de café que cada quince días se rematan en ella, de donde el recurso industrial por excelencia viene a ser la mezcla con azúcar con lo que se obtiene un sabor uniforme, una mayor coloración y un mayor rendimiento, a la par que dicha mezcla no ofrece ningún peligro para la salud, la acción estimulante es menor en el café mezclado con azúcar que en el café puro y además la mezcla es de un mayor contenido energético. Si a lo anterior se une el peligro que significa para los industriales el cambio de sabor de café que puede generar en los consumidores una confusión suficiente como para desplazar la demanda de una marca a otra marca o producto, obviamente los más afectados serán los pequeños y medianos industriales, valga decir los más débiles, ya que por esa misma condición de autosuficiencia no podrán participar en una guerra de competencia que

será el resultado del alza de precios del café para el consumidor interno, consecuencia a su vez de la eliminación de mezclas. Finalmente no debe omitirse que de mantenerse la ejecución del acto impugnado, los industriales tendrán que someter las maquinarias que usan en la torrefacción del café a una serie de costosas modificaciones dado que el diseño actual de las mismas está concebido para empaques con determinado volumen y peso específico, los que variarán sustancialmente al eliminarse las mezclas, modificaciones que, caso de prosperar la acción, no tendrán justificación alguna. Procede, pues acoger la articulación...".

Juicio Ordinario de Antonio Calvo Gómez c/Oficina del Café.

Sentencia del Juzgado 1º de lo Contencioso en ordinario Cía. Nacional de Fuerza y Luz c/El Servicio Nacional de Electricidad, sin apelación:

Considerando III:

"En efecto, la negativa del Servicio Nacional de Electricidad a aceptar como gasto de operación las sumas que la Cía. ha venido pagando a su firma consultora por un período de más de veinte años y que la Institución aprobó sistemáticamente y sin excepción se traduce desde luego en una disminución de ese gasto de operación y correlativamente en una baja de las tarifas por venta de la energía eléctrica que pagan los consumidores —en el caso para Servicios Generales no Residenciales, según el antedicho Acuerdo de Ejecución—; de ahí que, caso de promover la demanda la Cía. Nacional de Fuerza y Luz estaría en posición difícil o imposible de recuperar las sumas que por diferencia de tarifas dejaren de pagarle sus clientes y que incluso a la larga, podría dar pie para una condena en daños y perjuicios contra los escuálidos fondos del Erario Público, representado aquí por la Institución demandada...".

Posteriormente en resolución que rechazó la revocatoria interpuesta, de las 13 hs. del 20 de octubre de 1969, el mismo juzgado reafirmó y aclaró más lo dicho como sigue:

Considerando V:

"Para el caso obvio resulta que, de prosperar la demanda, si se hubiere permitido la ejecución del acuerdo impugnado, la actora tendría derecho a recuperar las sumas dejadas de percibir con motivo de la

rebaja de tarifas, cosa poco menos que imposible o difícil si se considera el número de abonados o usuarios, y para ello dos caminos le quedarían: o los demanda para el pago de la diferencia tarifaria que dejaron de pagar o solicita un reajuste —elevación de tarifas—, hasta completar el total de la recuperación. La primera solución no sería viable por los naturales tropiezos que surgen cuando se trata de cobrar sumas pequeñas, incluso los de carácter legal si se recurre a los Tribunales. La segunda se puede presentar como de carácter que conlleva la natural intranquilidad, desasosiego y animadversión. No está por demás recordar los sucesos dolorosos que en la ciudad de Cartago tuvieron lugar, con motivo de las tarifas eléctricas, que hasta una vida truncaron".

Se refiere el fallo en su última parte transcrita a la huelga de pagos surgida en Cartago con motivo de una alza de tarifas eléctricas, que desembocó en motines y finalmente en una muerte, todo para forzar una baja sustancial de tarifas e, incluso, la creación de una nueva entidad de suministro, ya mencionada (JASEMC).

Unico caso rechazado entre las suspensiones pedidas-fuera del relacionado con los pagarés, cuyas razones fueron sucintamente explicadas-es el presentado en juicio ordinario de Representaciones de Películas S. A. y Paramount Inter-American Film Inc. contra el Consejo de Defensa Social y el Estado. Dicho Consejo prohibió la exhibición de la película llamada El Bebé de Rose Marie. Las empresas dueñas del derecho de exhibición interpusieron incidente de suspensión, alegando que perdían la novedad, los gastos de propaganda y el ambiente de espera y suspenso previamente creado para atraer público.

Esos dos fallos, de primera y de segunda instancia, ofrecieron razones muy interesantes, para justificar su rechazo.

Dijo el Juez en resolución de las 13 hs. del 5 de enero de 1970:

"La procedencia del incidente implicaría una victoria total adelantada para la parte demandante y esa no es precisamente la inteligencia que debe dársele al art. 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y dice el Juez que significaría una victoria total adelantada porque el debate del juicio perdería todo interés para la parte actora que habría conseguido el fin principal sin haber obtenido un pronunciamiento de fondo, con carácter de cosa juzgada, que le

permitía exhibir el filme. Además no existe, a juicio del Juez, motivo serio alguno dentro de los argumentos en que se funda la articulación, que permita autorizar la pretendida suspensión de los actos administrativos impugnados; en efecto, la ejecución de los actos no significa para los demandantes un serio perjuicio, pues no les acarrearán una paralización total y absoluta de sus actividades, ni le crean una situación económico financiera difícil de modificar".

La Sala de instancia al confirmar, dijo con agudeza:

"Que en la especie no concurre el caso de excepción previsto en el artículo 91.2 de la Ley de lo Contencioso Administrativo: el que la no suspensión de lo impugnado afecte o reduzca las ganancias de los demandantes, torna la cuestión en una netamente comercial o patrimonial, en las que, en principio, ninguna reparación de daños y perjuicios es imposible o difícil; y de todas maneras, como la prohibición es general dentro del país, se mantendrán, ante la insatisfacción del público deseoso de ver el filme; expectación que, incluso, bien podría incrementarse a raíz tanto de la mencionada prohibición (por la curiosidad a que todas éstas dan lugar), como por la natural sensación que produciría la sentencia, en el supuesto de que llegue a ser estimatoria de la demanda".

He aquí cómo estos dos fallos, sobre todo el primero, toman partido a favor de una censura de tipo moral contra una exhibición fílmica, aduciendo, entre otras razones de innegable peso, el que acceder a la suspensión conduciría a un daño de imposible o difícil reparación, pero no para el actor incidentista, sino para el Estado o para el público, puesto que por la duración normal del contencioso sería dar por ganado el juicio sin llegar a sentencia. Casos similares han sido discutidos en México, con discrepancia entre los autores sobre la procedencia o improcedencia del amparo en tales circunstancias.⁽²⁹⁾

(29) Caso muy similar el decidido por la Suprema Corte de Justicia de México negando el amparo a un empresario, contra una prohibición de dar una corrida de toros en fecha muy inmediata. "La Corte Suprema de Justicia, al conocer de la revisión del auto de suspensión, negó ésta, fundándose entre otras razones en la de que si se concediera, el quejoso obtendría de antemano el objeto que perseguía con el amparo, quedando, por lo tanto, éste sin materia" (según Couto, *op. cit.* pág. 46).

La solución es discutida por Briseño Sierra afirmando: "la corrida de toros no es una consumación física irreparable. En primer lugar, cabe celebrarla en otra fecha, por los mismos propósitos, con los mismos sujetos y con iguales resultados; aquí la suspensión de la negativa, conduciendo al otorgamiento del permiso, no da idénticos resultados a la resolución contraria, porque puede combinarse el amparo con la exigencia de responsabilidad."

ii.—Seriedad de los motivos de impugnación.

Se hizo ver que toda medida cautelar —como la suspensión del acto impugnado— supone una verosimilitud del derecho pretendido por el actor o —para decirlo con la palabra clara de Calamandrei— “basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar” (op. cit. pág. 77). Condición necesaria, aunque no suficiente por sí, para el otorgamiento de la suspensión, es la apariencia fundada y razonable de que la acción contenciosa contra el acto impugnado está bien fundada en derecho. Se trata del famoso “*fumus boni juris*” de los romanos, propio de toda acción y medida precautorias, y sin el cual el Juez quedaría obligado a denegar la suspensión.

Este requisito ha sido exigido por todos los sistemas que contemplan la suspensión cautelar del acto impugnado, sea por ley, sea por obra de la jurisprudencia.⁽³⁰⁾

Su desarrollo conceptual y práctico ha tenido lugar especialmente en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, donde es condición tan decisiva e importante como la de la naturaleza grave o irreparable del daño. La doctrina ha mantenido viva por decenios una empeñada polémica sobre la relación entre la apreciación de tal requisito de seriedad de la demanda principal y el mérito de fondo de la misma.

La jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia que empezó por definir esa seriedad de fondo como la cualidad de todo motivo de impugnación del acto que fuera no dilatorio y no rechazable de plano (noción amplia y liberal), redujo posteriormente su fórmula a la mucho más estricta de que el motivo de impugnación hiciera posible —aunque no probable ni segura— la anulación del acto, para desembocar en el criterio severo y de excepcional cum-

(30) El art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de España contempla la potestad de suspender el acto en la vía administrativa cuando su nulidad es de pleno derecho.

La poca relevancia del requisito en examen en el ordenamiento español actual se hace patente por el silencio de su mejor tratadista en la materia sobre el extremo, como puede verse de la lectura de González Pérez, *op. cit.*, tomo III, págs. 325 y stes.

En cuanto a Francia véase Tourdias, *op. cit.* págs. 116 a 127 y Auby et Drago, *op. cit.* tomo II, págs. 324 y 325.

En cuanto a Italia, Sandulli, *op. cit.* pág. 178.

plimiento de que serio es única y exclusivamente el motivo que hace muy probable o casi segura la anulación final del acto.⁽³¹⁾

Esto ha conducido al ilustre tribunal a un análisis exhaustivo y riguroso de las condiciones de fondo necesarias para la estimación de la demanda con motivo del fallo del incidente de suspensión (del acto impugnado), al punto de que —contra la crítica de la mayoría de la doctrina— ese fallo incidental implica normalmente una anticipación sustancial y decisiva del fallo de fondo del asunto contencioso. En Francia el motivo serio de impugnación, vinculado como presupuesto de acogimiento al incidente de suspensión, se ha convertido en el motivo fundado de anulación del acto impugnado.

La situación de Costa Rica es peculiar a este respecto, pues hay una notable ausencia de mención en la ley a la seriedad, solidez o probabilidad de éxito de la demanda principal como condición de otorgamiento de la suspensión. La explicación radica en la Ley española de lo Contencioso, de quien tomamos esta omisión, a la par de otras muchas instituciones de nuestro contencioso, sin advertir que allá está suplida la laguna en la Ley de Procedimiento Administrativo.⁽³²⁾

En consecuencia, casi no hay advertencia ni análisis del requisito en nuestra jurisprudencia. Los jueces no se preocupan de razonar sobre la procedencia o improcedencia de fondo de la demanda principal o, al menos, sobre su probable éxito, para negar o conceder la suspensión. Muy breves alusiones hay al tema en algunos de los fallos ya citados. Pero es innegable que con el tiempo la tendencia a considerar hondamente la seriedad de la demanda tomará cuerpo y presencia, pues, como se dijo, es ello una exigencia ineludible en el empleo de toda medida cautelar.

(31) Tourdias, *op. cit.* pág. 124; Auby et Drago, *op. cit.* tomo II, pág. 324.

(32) El sistema español no es totalmente omisión al respecto, como sí lo es el nuestro, con grave olvido que debe remediarse rápidamente. En efecto: el problema de la seriedad de los motivos de impugnación y de la demanda se plantea en España en relación con los actos nulos de pleno derecho, tal y como están definidos por el art. 47 de la Ley de Procedimientos Administrativos del país (prescindencia total de trámites necesarios para un acto o para la formación de voluntad de un órgano colegiado, incompetencia absoluta, carácter delictuoso etc., todos casos los más manifiestos y graves de nulidad). El art. 116 de la misma ley dispone que la suspensión del acto será potestativa en tal hipótesis. Véase comentarios al respecto en González Pérez, *El Proced. Administrativo* pág. 798, y Trujillo Peña *op. cit.* tomo II, Pág. 831, según quienes la simple alegación de nulidad plena no bastaría para decretar la suspensión en lo jurisdiccional, aunque pueda ser suficiente en lo administrativo.

Lo poco que hay es lo siguiente:

Sentencia de la Sala 1ª Civil en ordinario contencioso pre-citado de Hacienda Nuestro Amo c/Liga Agrícola Industrial de la Caña:

Considerando I:

"La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa... enfrenta a los Jueces ante el deber de pronunciarse sobre la suspensión del acto administrativo impugnado, para decretarla cuando corresponda, a manera de una medida de carácter precautorio en prevención de que la demanda pueda llegar a prosperar, posibilidad que está implícita en la ley y que el Tribunal no puede desechar al resolver sobre la solicitud de suspensión, salvo quizás en el caso muy calificado de que se estuviera en presencia de una demanda improcedente y temeraria, que así pudiera apreciarse a simple vista, hipótesis en que cabría denegar la suspensión, desde luego sin aludir a razones vinculadas con la improcedencia de la demanda (para no adelantar criterio, como se dice corrientemente) sino fundamentando el rechazo en el propio texto del art. 91.2 de la Ley Reguladora, a cuyo tenor puede denegarse la solicitud cuando la ejecución del acto no sea susceptible de "ocasionar daños de reparación imposible o difícil", concepto que por sus propios alcances, deja un amplio margen de discrecionalidad a los Tribunales".

Aquí la Sala adopta la tesis liberal en cuanto a la apreciación de la seriedad de la demanda como requisito de fondo del auto de suspensión, consistente en sostener que el mismo queda cumplido si prima facie la demanda no es improcedente ni temeraria, e incluso entra en el análisis del problema de la anticipación de criterio, resolviéndolo mediante el recurso de disfrazar el rechazo de la demanda poco seria o temeraria como una inexistencia de un daño de imposible o difícil reparación, lo que en ocasiones será imposible y sólo al alcance de un Juez muy imaginativo.

En la resolución del incidente planteado en ordinario de Televictoria S. A. contra el Estado, favorable a aquella, el Juez de primera instancia se limitó a hacer una breve alusión —reiterada al decidir la revocatoria interpuesta— al hecho de que la "pretensión de suspensión" (no la demanda ordinaria) "se funda en motivos serios y no con fines puramente dilatorios", con lo que parece

haberse trasladado a la demanda incidental la calificación que correspondía o tenía que hacerse en relación con la principal.

No hay, fuera de tan escaso y poco significativo material, ningún otro desarrollo de la jurisprudencia sobre el tema.

iii.—El interés público relevante.

La inevitable colindancia de todo interés privado con el público, en la sociedad moderna, hace de éste un tercer probable requisito de acogimiento del pedido de suspensión.

Es evidente que cuanto más lesivo sea un acto administrativo al interés público más plausible y útil será la suspensión del mismo. En este sentido, la coincidencia de intereses del actor con los de la comunidad fortalece la posición de aquel, haciendo menos riguroso el requisito del daño grave, irreparable o de difícil restitución. Esto es reconocido incluso por la jurisprudencia y la doctrina francesas, que han optado por conferir primacía decisiva y autónoma a la tutela del interés privado en el incidente de suspensión, después de un breve período de vacilación.⁽³³⁾ Pero en Francia el contrapeso hacia la comunidad y su inevitable presencia en todo conflicto con la Administración Pública está dado por la ley, concretamente por el decreto legislativo del 30 de setiembre de 1953, cuyo artículo 2 expresamente dispone que "en ningún caso el Tribunal podrá suspender la ejecución de una decisión que afecte el mantenimiento del orden, la seguridad o la tranquilidad pública". No obstante que tal norma sólo afecta a los tribunales administrativos de primera instancia y no al Consejo de Estado, es lo cierto que ello vincula seriamente a todo juez, en cuanto forma parte del mismo sistema administrativo que ambos aplican.

La jurisprudencia ha seguido fielmente la prohibición anterior en cuanto a actos que afectan el orden y la tranquilidad externas ("ordre dans la rue"), pero no en materia de seguridad de las personas, en la cual se ha empezado a decretar suspensiones nuevamente, lo que no deja de ser paradójico.⁽³⁴⁾

(33) Long, Weil et Braibant, *op. cit.* pág. 416. Ello no obstante hay polémica al respecto, pues autoridad tan reconocida como Andre de Laubadere, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, pág. 447, tomo I, llega a afirmar que una condición de procedencia de la suspensión es que "la suspensión esté justificada por razones de interés general".

(34) Auby et Drago, *op. cit.* tomo II, pág. 319.

En Italia y en España la preocupación por el interés público en todo incidente de suspensión ha estado siempre presente en la ley y en la jurisprudencia.⁽³⁵⁾

La exposición de Motivos de la Ley de lo Contencioso de España se refiere expresamente al tema, cuando dice:

“Al juzgar sobre su procedencia se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Respecto de la dificultad de la reparación, no cabe excluirla sin más por la circunstancia de que el daño o perjuicio que podría derivarse de la ejecución sea valorable económicamente”.

Esta inquietud quedó cristalizada en el art. 123.1a) de dicha Ley, donde se obliga al tribunal a dar audiencia al abogado del Estado sobre el extremo de si la suspensión pedida puede acarrear o no grave daño al interés público, sin que pueda otorgarse aquella sino previa audiencia al Ministerio o Autoridad de que procediese el acto o la disposición objeto del recurso sobre el mismo punto, caso de que el Abogado se manifieste en forma desfavorable a la pretensión, que es lo normal.

Nuestra Ley no contiene nada del género.

La única referencia concreta al interés público y su eventual conflicto con la suspensión pedida que en aquella nuestra Ley puede encontrarse está en su art. 93.1, que impone la rendición de garantía cuando el Juez estimare que podría resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero, con lo que subordina así aquel interés, aún siendo evidente el conflicto, al privado del actor.

Como afirmamos respecto de la omisión relativa a la seriedad de la demanda principal, ésta que puntualizamos tendrá que ser suplida por la jurisprudencia y ha empezado ya a configurar la muy reducida existente.

(35) Enrico Guicciardi, *La Giustizia Amministrativa*, págs. 243 y 244; Francisca Pera Verdagué, *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, págs. 369 y 370; Trujillo Peña y otros, *op. cit.* tomo II, pág. 765; Segismundo Royo Villanova, *Problemas del Régimen Jurídico Municipal*, pág. 53.

Una primer idea importante es la relevancia especial que esas decisiones antecitadas han reservado al interés público dirigido precisamente a la protección de la empresa privada, como fuente de riqueza y de trabajo. En la medida en que tal tendencia se acentúe buscando la conjugación entre el interés del empresario y la productividad social de su empresa, como polos contrapuestos, tal posición es loable, pues toma en cuenta el punto de partida inicial del instituto en examen, que es la temporal preterición del interés público ante el privado, cuando éste parece legítimo y defendible frente al primero. La exacerbación de tal punto de vista, que evoca un trasfondo ideológico liberal y decimonónico, puede conducir a la aceptación del interés privado como criterio único de valoración, en cuanto se dé por real y necesaria su coincidencia con el público en circunstancias de peligro para la supervivencia de la empresa, lo que sería criticable.

Decisiones ilustrativas son las siguientes:

Sentencia antecitada de la Sala 1 Civil en ordinario de la Hacienda Nuestro Amo c/La Liga Agrícola Industrial de la Caña:

Considerando VI:

“Las alegaciones que hacen los apoderados de la Liga para atribuirle carácter prevaleciente al interés público en relación al interés particular de Hacienda Nuestro Amo, no son determinantes para denegar la suspensión, pues el interés público no es extraño a la protección de las empresas privadas, desde que las actividades que éstas realizan constituyen fuente de trabajo y son factores de importancia en la economía nacional. De manera que el interés público existe tanto por parte de la Liga de la Caña (en atención a los altos fines que le han sido confiados), como también en lo que se refiere a la necesidad de que las actividades del Ingenio Zetilla no se paralicen por más tiempo; y ante la alternativa de proteger uno u otro interés, pues los dos se han puesto en pugna, esta Sala se inclina por hacerlo en favor del segundo, por tratarse de un interés que por ahora es más inmediato y que necesita de impostergable protección”.

Esta consideración se ha repetido y casi copiado en dos fallos posteriores de primera instancia, sin que lo haya reiterado la Sala Civil.

Hemos citado otro caso —el de Cía. Agrícola Santiago c/JASEMC y el SNEE— en que el factor considerado para suspender fue la inminente desocupación de varias decenas de trabajadores por la cesación de actividades de una generadora de electricidad y la consiguiente crisis económica en la zona rural afectada, pero en este caso fue colocado en primer rango el interés de la empresa privada en obtener una justa retribución por su artículo, diciendo el Juez de instancia:

“el criterio que hasta el momento tiene el Juez es el de que los integrantes de JASEMC han ignorado el principio del equilibrio entre los intereses de los consumidores y el de la empresa privada y antes de complementarlos los consideran como antagónicos, haciendo caso omiso del beneficio a que uno de ellos tiene derecho legal y natural y de ahí que no garanticen el funcionamiento eficiente de la empresa ni le permitan una recaudación adecuada para cubrir el mantenimiento de propiedades y gastos de operación”.

Lo dicho fue perfectamente justo en el caso y puntualizó bien, para desvanecer equívocos en cuanto a la prudente orientación del fallo, la necesidad del equilibrio entre interés público y privado para la decisión final del incidente de suspensión, exactamente como ocurre en todos los demás campos del derecho administrativo y procesal administrativo.

No hay nada más, fuera de estas dos leves menciones, que puedan orientar con seguridad sobre el rumbo futuro de nuestra jurisprudencia en cuanto a tan delicado extremo.

CONCLUSION:

- 1.—El incidente de suspensión es institución necesaria;
- 2.—Para su mejoramiento en Costa Rica y su adecuada regulación en Latinoamérica, conviene incluir siempre, dentro del correspondiente régimen, los siguientes imperativos:

- a) Posibilidad de acogimiento interlocutorio de plano en casos de urgencia o evidencia, así como posibilidad de un rechazo de plano, por iguales motivos;

- b) Necesidad de una razonable seriedad en los fundamentos de la demanda principal, que, sin conducir a prejuzgar el fondo del litigio, permita predecir como probable —aunque no como seguro— el éxito de dicha demanda;
- c) Necesidad de incluir dentro de las condiciones de fondo y procedencia de la demanda de suspensión un ajuste mínimo de ésta con los intereses de la comunidad;
- ch) Regulación de las hipótesis de inercia administrativa, para ponerle fin sin detrimento de la División de Poderes, salvo conflicto inzanjable entre el Juez y la Administración de que se trate.