

un mínimo de literatura propia es siempre necesario, sobre todo en el campo jurídico, para darle tierra firme al pensamiento creador, que siempre requiere abundancia de conocimientos para nacer y crecer.

Ayudar a la formación de ese fondo nacional de conocimientos jurídicos es ahora la misión más importante de esta Revista. Con ese fin la Dirección no ha vacilado en dedicar este número a la publicación y difusión de dos ciclos de conferencias promovidos en 1964 por la Unión Costarricense de Abogados y patrocinados generosamente por la Universidad de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia y el Colegio de Abogados.

El primer ciclo versa sobre el Proyecto Retana (por su autor, el Lic. Gonzalo Retana Sandí) de Ley Reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, actualmente en trámite ante la Asamblea Legislativa. Participaron en el mismo el autor del Proyecto y los profesores Jorge Desanti Arce, José Hine García y Eduardo Ortiz Ortiz.

El segundo ciclo publicado trata del actual Código de Comercio. Participaron en el mismo los profesores Raúl Cervantes Ahumada, de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, y Renato Ozores, de la Universidad Nacional de Panamá, ambas reconocidas autoridades del derecho mercantil. En representación de la Unión y del Colegio participaron los profesores Octavio Torrealba Toruño, Ulises Odio Santos y Francisco Morelli Cozza. No se publican las conferencias de los dos últimos por hallarse sometidas a revisión por sus autores.

Considera la dirección que aunque algunos artículos conservan el ritmo suelto y apresurado de la charla, su publicación es necesaria porque es un principio de conocimiento riguroso sobre textos cuya importancia jurídica es de primer orden, incluso para el lego.

Quede advertido el abogado costarricense y extranjero de que, a partir de este número, tiene en nuestra publicación revista y cátedra unidas, para "brillo y esplendor" del derecho en Costa Rica.

LAS PARTES EN EL JUICIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Lic. JORGE DESANTI ARCE
Encargado Derecho Agrario y Minero.
Facultad de Derecho.

Distinguida concurrencia:

Con un propósito netamente divulgativo, porque en lo particular no me considero lo suficientemente capacitado, simplemente un aficionado a estas investigaciones jurídico-procesales, es que nos hemos propuesto participar en este ciclo de conversaciones que quizá con alguna exageración se les llama conferencias. No tienen ese carácter, o por lo menos, el sustentante no se los da porque no tienen el contenido o la sustancia académica necesaria para ser llamadas conferencias. Nos anima como dije antes, el propósito de divulgar, como quien dice correr la voz, dar la noticia de que está por plasmarse e incorporarse a la legislación positiva de Costa Rica un instrumento jurídico-procesal protector de derechos y garantías constitucionales de tal envergadura que podría ser que algunos de nuestros más distinguidos colegas estudiosos de derecho y, más allá todavía, gobernantes, funcionarios de diferentes niveles jerárquicos no se han percatado de la trascendencia que conlleva la aprobación de un proyecto de ley sobre el que vamos a conversar.

Planteadas así las cuestiones básicas sobre lo que va a descansar fundamentalmente el aspecto que seguidamente abordaré, debo advertirles que consideré necesario, dada la dividida para unos, y difusa para otros, ubicación o

(*) Texto conferencia pronunciada por el autor en el Colegio de Abogados de C. R., el 26 de abril de 1964.

esfera de aplicación de esta institución jurídico-procesal, que consideré necesario incursionar en una forma, lo más breve que permite el tiempo, que para algunos podrá resultar abundante o tediosa, pero que creí conveniente para por lo menos mentalmente ubicarnos sobre esa esfera de acción o de actividad en que va a manifestarse esta institución jurídica. Y por ello, estimé forzoso hacer un breve bosquejo histórico acerca de los orígenes o de las fuentes primarias generadoras de lo que hoy día llamamos *jurisdicción contencioso-administrativa*.

Orígenes.—Para efectuar una breve incursión en el ámbito o esfera contencioso-administrativa es de imperiosa necesidad remontarnos en el tiempo para considerar algunas de las circunstancias históricas que produjeron inquietudes en los hombres que se asombraron del poder absoluto, casi ilimitado, —podría decirse—, que tenían y ejercían los gobernantes de épocas pretéritas, pero no por ello olvidadas por nosotros. Tal posición humana ha sido y es consustancial con el concepto y sensación que el hombre tiene del valor político libertad. Acorde con ello se han logrado grandes conquistas con el propósito de limitar, atemperar y reglamentar el ejercicio del poder público, particularmente el referente al Poder Ejecutivo, dada su característica de ser el representativo nato de la parte activa de la Administración Pública y, por ende, es en aquel Poder donde se proyectan, desarrollan, sancionan y ejecutan la mayoría de los actos administrativos. Ratifica nuestra opinión la verdad histórica que luego citaremos.

En los últimos tiempos el aspecto de derecho público que más ha ocupado la atención de los juristas más eminentes, particularmente de Europa, es el que ahora demanda nuestra atención, la *jurisdicción contencioso-administrativa*.

Variados son los enfoques que se han dado a dicha cuestión y variados son también los modos de solución que se han sugerido.

Dice el Dr. Luis Varela, autor del Código de lo Contencioso-Administrativo para la provincia de Buenos Aires, vigente desde 1901, que hasta hace muy poco tiempo había *jurisconsultos que declaraban, "no entender ni saber lo que podía entenderse por jurisdicción contencioso-administrativa"*. Pues decían que las dos palabras que formaban la designación de los recursos estaban reñidas entre sí. Agregaban que, o todas las cuestiones son contenciosas y en este caso son pleitos en que el Estado es sólo una parte y el Poder Judicial es el único juez, o todas las cuestiones son puramente administrativas, y entonces las decisiones del Poder Ejecutivo no podrían ser sometidas al juicio de la revisión de otro Poder que, al destruir sus actos disminuiría su autoridad.

Pero, cualquiera que haya sido la intención y fines de los que han buscado el origen y el objeto de esta jurisdicción en todas partes del mundo, es lo cierto que han convenido en que la *jurisdicción contencioso-administrativa* es esencial en los pueblos libres, cualquiera sea su régimen o forma de gobierno. De ahí que más de un tratadista sostenga que dicha jurisdicción es el único y último reducto que les queda a los liberales en una era sociológico-política como la actual en la que prevalece y rige el sistema intervencionista del Estado. Sólo existe discrepancia entre los juristas en lo que atañe al tribunal que ha de ejercer esa jurisdicción y a los procedimientos aplicables ante el referido tribunal.

En 1789 el mundo se sorprendió, y más Europa, ante las proclamas que hizo *la Revolución Francesa* y particularmente con su *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

Pero ya *Inglaterra* había acordado a los barones sublevados, los principios señalados en la *Carta Magna*, concebida por Juan Sin Tierra.

Los Estados Unidos de América habían dado al mundo demostración cabal de lo que vale una nación gobernada por una constitución escrita.

Los citados movimientos revolucionarios ocurridos en diferentes fechas del tiempo demuestran la presencia del embrión de la jurisdicción contencioso-administrativa que fue objeto de estudio desde entonces, de los juristas de las tres naciones que mejores aportes han dado al mundo para fundar instituciones jurídicas defensoras de los principios de libertad e igualdad entre los hombres.

El Doctor Varela agrega que la razón es obvia por que tanto la Magna Carta, arrancada a Juan Sin Tierra por la amenaza de sus súbditos, la Petición de Derechos que, con el acta de Hábeas Corpus pueden considerarse el trípole en que se apoyan las libertades individuales de Inglaterra, todas esas cesiones del poder en favor del pueblo no han sido sino reglamentaciones de la autoridad soberana de los reyes para obligarla a respetar el derecho de los gobernados.

Años después vemos cómo los Puritanos, que poblaron los Estados Unidos de América, se constituyeron en nación independiente y crearon su constitución escrita, en la que resalta como principal innovación la de suprimirle el poder al soberano, al enmarcar dentro de límites precisos las atribuciones de los gobernantes, de donde resultaron éstos meros delegados del pueblo y, entonces, los derechos de los ciudadanos surgieron superiores e independientes del poder de los mandatarios.

Comenta el Doctor Varela que el mismo Montesquieu, al estudiar la Constitución de los Estados Unidos de América, se admiró de la creación de la Suprema Corte de Justicia Federal, pues reconoció que aquel poder desarmado e investido de todas las facultades necesarias para garantizar todos los derechos y asegurar todas las libertades era la más grande concepción del pensamiento humano. Y de veras

antes nada había existido hasta entonces más perfecto que aquel organismo institucional que gozaba de todas las garantías de estabilidad e independencia por su absoluta separación de la influencia gubernativa y por la potestad de que estaba investido, potestad rayana en la soberanía absoluta, puesto que sus decisiones tienen el sello de la infalibilidad, agrega el Doctor Varela.

No obstante la estructura de la Suprema Corte, bien pronto los pensadores norteamericanos notaron que había una enorme falla en la misma, pues los abusos, errores o arbitrariedades del Poder Ejecutivo cuando actuaba como autoridad en la aplicación de sus leyes, reglamentos o decretos, no podían ser de conocimiento del dicho tribunal, con lo que quedaban algunos derechos sin protección judicial y éstos eran, precisamente, los que constituían la materia contencioso-administrativa.

Como el Congreso de la Unión no tenía atribuciones para ampliar la jurisdicción originaria de la Suprema Corte, al principio creyó que bastaba con dictar una ley que autorizase al perjudicado a demandar a la Nación con permiso del Congreso. Pronto se convenció de que era preciso abrir de par en par las puertas de los tribunales a los que reclamaban contra disposiciones del Poder Ejecutivo, cuando actuaba como Poder Público, en el ejercicio de funciones regladas. Nació entonces en los Estados Unidos la Corte de Reclamaciones, que no es otra cosa que un tribunal de lo contencioso-administrativo.

Expone el Doctor Varela: "Esta Corte de Reclamación norteamericana, incorporada a su Poder Judicial, venía a dar un juez a todos los derechos de los habitantes del país que se sintiesen vulnerados por una resolución del Poder Ejecutivo cuando procedía como autoridad administrativa en ejercicio de las facultades que le acuerdan las leyes. Los que no pudiesen llegar hasta la Suprema Corte, podían llegar a la Corte de Reclamaciones. Sólo quedaban fuera

de todo examen y de todo juicio aquellos actos que el Poder Ejecutivo produjese como autoridad política en uso de sus facultades discrecionales y que, por tanto, no pueden ser reglamentados por leyes ni por disposiciones anteriores a su producción".

De esta manera entonces quedaba sembrada, por los anglosajones, la semilla de los tribunales contencioso-administrativos como una de las mejores garantías de los derechos del individuo frente a los abusos del gobernante.

Así, cuando en 1789 los revolucionarios franceses empezaron a discutir sus leyes orgánicas, si bien las instituciones de Inglaterra no habían cruzado el Canal de la Mancha, quizá por razones de idioma, no cabe decir lo mismo de la Constitución de 1776 de los Estados Unidos cuyos benéficos efectos en sus trece años de vigencia eran conocidos ya por Lafayette y sus compañeros de armas al regresar a Francia, después de haber participado en la guerra entre Inglaterra y sus colonias americanas.

Dice el autor Varela que: "entonces pudo ignorarse la verdad, que entonces pudo pasar como una creación francesa la guardia nacional, que no es más que la milicia americana con un nombre distinto".

Entonces pudieron presentarse las Declaraciones de los Derechos del Hombre como resultado de la propaganda filosófica del siglo XVIII. Hoy la historia necesita ser respetada. Hoy basta comparar la Constitución Norteamericana de 1776 y las Actas de la Convención Francesa de 1789 para reconocer que todos los principios de libertad y todas las garantías para asegurar los derechos fueron tomados por ésta de las prescripciones de aquélla".

Así las cosas, no podía olvidarse la materia de la jurisdicción contencioso-administrativa entre esos principios y garantías. Por eso es que en 1791 la Convención Constituyente francesa discute a fondo y con los diversos criterios

de la época los tres primeros proyectos en que surge lo contencioso-administrativo como una materia digna de legislación singular.

El desconocimiento de los hechos históricos narrados ha inducido a error a más de un jurista europeo que ha atribuido a Francia la paternidad de los tribunales encargados de frenar la abusiva o equivocada acción administrativa de los gobiernos, cuando sabemos que dichos tribunales funcionaban ya en los Estados Unidos y en Inglaterra antes de que la Convención Constituyente francesa tomase en cuenta los proyectos de Chabroud y de Pezons, y de que se expidiese, en 1791, la comisión de la asamblea a que aquéllos pasaron sobre el mejor de los sistemas para organizar los tribunales contencioso-administrativos.

Sistemas.—Considero necesario referirme brevemente a los sistemas que han sido cuestión de los doctrinistas en cuanto a si debe predominar el sistema judicialista puro, los sistemas mixtos o aquellos en que el tribunal de lo contencioso-administrativo puede estar incluido dentro de la esfera del poder administrador.

Leamos lo que escribe Varela sobre este punto:

"Es, sin embargo, indudable que fue allí, en la Convención Constituyente francesa de 1791, donde comenzó el debate que aún no ha terminado en la Europa continental tendiente a verificar cuál es el mejor de los sistemas que debe adoptarse para poner en acción la jurisdicción contencioso-administrativa.

El recordado proyecto de Chabroud se limitaba a entregar al Poder Judicial ordinario la materia contencioso-administrativa. El de Pezons cuyo convencional temía que quedasen en los magistrados restos de afecciones monárquicas no sacaba de la misma administración el recurso contencioso-administrativo haciéndole sólo una especie de revisión de lo resuelto por el mismo poder que había dictado el fallo y, finalmente, el proyecto aconsejado por la

Comisión que podría llamarse una transacción, aconsejaba la creación de tribunales mixtos para lo contencioso-administrativo, tribunales formados por magistrados judiciales, y funcionarios administrativos.

Estos tres sistemas de organización de los tribunales de lo contencioso-administrativo discutidos en las postrimerías del siglo XVIII, todavía dividen a los jurisconsultos que se ocupan de estas materias en los comienzos del Siglo XX.

Todos los escritores, así como las instituciones modernas de las naciones representativas, están conformes en que debe haber un juez ante el cual se lleven todos los casos contencioso-administrativos; la lucha y la discusión se producen sólo al buscar este juez y al tratar de definir la materia que forma su jurisdicción.

Por uno de los sistemas, que se ha dado en llamar el judicial puro, se entrega el juicio de las cuestiones contencioso-administrativas a los mismos tribunales organizados como encarnación del Poder Judicial ordinario, determinándose, por leyes especiales, cuál o cuáles de esos tribunales serán los que ejercerán esa jurisdicción y cuáles los procedimientos que deberán observarse en los juicios. Pueden citarse, como ejemplares de este sistema, Italia y Bélgica, en el continente europeo; la Gran Bretaña en sus tres reinos; y en América los Estados Unidos. Debemos agregar ahora a Argentina y Costa Rica por elementos de juicio que luego veremos.

Este sistema es y ha sido combatido por los partidarios de las prerrogativas del Poder Ejecutivo. Según ellos la jurisdicción para resolver lo contencioso-administrativo debe ser retenida por la misma autoridad gubernativa que dicta la decisión cuestionada, porque no admite como posible que un poder público vaya a someter sus actos a los fallos de otro poder.

Sin embargo, es muy de observar a este respecto que los que combaten el sistema que entrega al poder judicial la materia contencioso-administrativa son los escritores monárquicos que defienden las regalías de la Corona.

En Francia misma, considerada equivocadamente como la iniciadora de los tribunales contencioso-administrativos durante el Consulado, durante el Imperio, después de la Restauración, en la Monarquía de Julio y en todas las épocas monárquicas, ha persistido la tendencia de no arrancar de manos del Poder Ejecutivo la resolución definitiva en los juicios en que se pusiese en cuestión la validez de sus propios actos. Hombres tan eminentes como Cormenin, Macarel, Henrion de Pensey, el duque de Broglie, Odilon-Barrot, Dalloz, Tocqueville y Vivien, este último, que puede señalarse como un faro en este escabroso camino, discutieron durante muchos años la cuestión contencioso-administrativa para terminar con el sistema actual de Francia, que no es judicial ni es administrativo, sino ecléctico, especie de tribunal mixto con jurisdicción y procedimientos determinados.

Este sistema, por el que se entrega la jurisdicción contencioso-administrativa a los tribunales especiales es el más general en la Europa continental, porque viene a conciliar las ideas de aquellos que no quieren someter los actos del soberano al Poder Judicial y las de los que creen que éste debe ser siempre el juez, sin distinción de la naturaleza de los juicios.

Alemania entera, al reorganizarse después de su guerra con Francia, adoptó de la legislación de ésta los tribunales contencioso-administrativos; los talentos y la perseverancia de Gneist y de Molh triunfaron contra las preocupaciones de los que no querían copiar al vencido y tras las legislaciones de 1872, 1875 y 1883, de la Prusia vinieron las de otros estados de Alemania como Baden, Baviera, Wurtemberg, Hesse y otros que también establecieron los tribunales contencioso-administrativos que hoy día existen.

Austria y Portugal pronto siguieron el ejemplo y puede afirmarse que casi toda Europa continental ha seguido el movimiento de Francia iniciado en la Constituyente de 1791, sostenido por Cormenin y Maccarel durante la Restauración, presentado por Vivien en las Cámaras de 1848, patrocinado por el duque de Broglie en el Segundo Imperio y preconizado hoy por Dubois, Aucoc, Saint-Giron y otros que buscan establecer un tribunal especial y permanente con las garantías de la inamovilidad, que tenga, como jurisdicción exclusiva, la de lo contencioso-administrativo.

Tratándose de lo contencioso-administrativo en los tiempos modernos, no es posible olvidar a España, que ha llegado hasta a hacer una cuestión eminentemente política la organización de los tribunales que debían ocuparse de esta materia.

Los debates que precedieron a la ley de 1888 así como los informes a su respecto de la Comisión de Notables son piezas tan completas y eruditas que puede afirmarse que en ellas se agota toda la discusión de tan complicado asunto.

Esa ley, como la del resto de Europa continental establece tribunales especiales para lo contencioso-administrativo, pudiendo considerarse dignos émulos de aquélla los Reales Decretos de 23 de noviembre de 1888, y de 29 de diciembre de 1890, cuyas disposiciones vinieron a completar las de la ley de 1888, no sólo dando organización a los tribunales sino determinando la naturaleza y las condiciones generales del recurso contencioso-administrativo".

El dato histórico del Doctor Varela se queda corto porque la obra suya fue editada y publicada en 1955; no conocía entonces el maestro uruguayo la creación de la modernísima ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 española, que es el fundamento, la horma, pues, de nuestro proyecto de la jurisdicción contencioso-administrativa. Hay que reconocer, porque lo dice la doctrina, que es hasta la fecha quizá la menos imperfecta norma jurídica que regula la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sobre la evolución histórica de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en Costa Rica no se conocen en nuestro medio mejores citas que las que hizo el señor Licenciado don Fernando Baudrit Solera, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuando redactó la Sentencia de Casación de las 15:15 hrs. del 14 de enero de 1959, en el recurso contencioso administrativo de Pacheco Oreamuno y otros vs. Banco Nacional de Costa Rica.

Dijo don Fernando que: "En cumplimiento del Decreto N° 4 de 25 de marzo de 1887, página 156 de la Colección, se legisla por primera vez a lo que parece sobre la materia por el N° 33 de 27 de diciembre del mismo año, página 557".

Después de una amplia narración, don Fernando afirmó: "De lo que queda escrito se infiere sin dificultad que la primera regla expresa de ley con caracteres propios de la jurisdicción contencioso-administrativa fue el artículo tercero de la ley de 22 de julio de 1892. Luego, con alcances más definidos como antes se dijo aparecen las disposiciones copiadas de la ley de 2 de agosto de 1916. Conviene advertir que el artículo tercero de la ley de 1892 fue calificado de inconstitucional por contrariar el principio de independencia de los Poderes. Véase al efecto —agrega don Fernando— la tesis expuesta con el nombre de ¿"Existe en Costa Rica la Jurisdicción ContenciosoAdministrativa"? por el Licenciado don Raúl Gurdíán Rojas en su examen previo al conferimiento del título el 26 de agosto de 1915 y publicado en la Revista "El Foro", Tomo Décimo-primer, N° 6, de 15 de octubre de 1915.

Continúa don Fernando: "También explican satisfactoriamente los antecedentes que se han dejado expuestos, lo que se afirma respecto del artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles, texto vigente aún, del Capítulo denominado Recurso para Agotar la Vía Administrativa en el siguiente párrafo que figura al folio 420 de la Explicación de

las Reformas al Código de Procedimientos Civiles por el propio Licenciado Picado Guerrero y que dice:

"No existen entre nosotros tribunales propiamente contencioso-administrativos ni la pequeñez del país permite pensar que podamos tenerlos. Toda la especialidad de lo contencioso-administrativo entre nosotros consiste en haberse creado un juzgado que conoce en primera instancia los asuntos en que es parte el Estado o que interesan a éste. Los procedimientos generales y los tribunales superiores que deben conocer de esos negocios son los mismos asignados por la ley para los asuntos civiles ordinarios. Esta involucración de materias da lugar a que a veces se pretende que los tribunales de justicia ordinarios entren a conocer de asuntos netamente administrativos que pueden ser del resorte judicial. Demandas han sido presentadas ya para que los tribunales de justicia ordenen la reposición de sus puestos de empleados destituidos por el Poder Ejecutivo y aún se ha querido que aquéllos revisen otros actos políticos ejecutados por éste. Para evitar semejantes pretensiones incompatibles con nuestro régimen legal, se establece en el artículo 970 que no pueden ser materia del juicio contencioso-administrativo (en definitiva Civil de Hacienda) la discusión de los actos de carácter político del Estado y que no pueden dar lugar al mismo el simple ejercicio de facultades discrecionales concedidas por la ley. La jurisprudencia se encargará de determinar, de acuerdo con la doctrina, cuáles son los actos que deben reputarse de carácter político, tomando como base el principio constitucional de independencia de los Poderes".

Como se desprende de lo expuesto, aún el primero de enero de 1938, fecha en que entraron en vigencia las reformas introducidas a nuestra codificación procesal y otras leyes, no existía en Costa Rica la jurisdicción contencioso-administrativa y este aserto es ratificado por la letra del actual artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles que expresa:

"No puede ser materia del juicio civil de Hacienda la discusión de los actos de carácter político del Estado, ni puede dar lugar al mismo el simple ejercicio de facultades discrecionales concedidas por la ley".

Nótese que al darle nuestro legislador cabida sólo a los juicios civiles de Hacienda consideró al Estado en su calidad de persona jurídica, nada más, puesto que conforme a la más autorizada doctrina y jurisprudencia nacional en dicha vía no es pasible el Estado como Poder Público, sino que lo es en su condición de persona de Derecho Privado, conforme lo manda el artículo 261 del Código Civil.

En cambio, harto sabido es que, en la vía contencioso-administrativa el Estado, en sentido lato, es sujeto pasivo como Poder Público, como autoridad pública. Este aspecto ha suscitado diversas polémicas de alto quilataje jurídico-científico por cuanto discrepan los tratadistas. Algunos sostienen que la personalidad del Estado es unitaria, es una sola; otros sostienen con base en la naturaleza de sus actos que tiene dos, que actúa como persona de Derecho Público o como persona de Derecho Privado.

Pero, cualquiera sea la tesis que aceptemos nosotros, es lo cierto que una modernísima tesis ecléctica concuerda en que, independientemente de la calidad o cualidad de personas, si es de Derecho Público y de Derecho Privado, con que el Estado actúa, es lo cierto que a la postre lo que se va a calificar es la naturaleza o el contenido, el imperio, si es que lo ejerce, si lo usa, si lo aplica, en sus decisiones. Y esa va a ser la característica determinante de la ubicación de esa gestión si es como autoridad o si es simplemente como una persona jurídica o una persona de Derecho Privado.

Lo dicho es conforme con la brevísima definición que Enrique Sayagués Laso da sobre lo que es la materia contencioso-administrativa al decir:

"En mi Curso de Derecho Administrativo defino lo contencioso-administrativo como el conjunto de reglas que regulan los litigios en que es parte la Administración Pública".

Observaremos que esta definición es brevísima, porque Sayagués como los entendidos en esto le huye a las definiciones, pues como ya lo dijieron los romanos, hay un gran peligro en definir cuestiones de Derecho.

Pero es lo cierto que al decir el maestro uruguayo que lo contencioso-administrativo regula los conflictos o litigios en que el Estado es parte como Administración Pública, necesariamente lo está remitiendo todo a la condición de Poder Público, esto es, ubicada en la esfera del Derecho Público.

En este recorrido por el tiempo llegamos al año 1949 en que entra en vigencia la nueva Constitución Política, precisamente el 8 de noviembre. Aparece entonces, en su artículo 49 la institución ideal para defenderle y garantizarle al individuo la permanente eficacia de los derechos que le atribuye la Carta Política, como administrado y por extensión, todo el ordenamiento jurídico.

Fue esta una fecha memorable, pues en un Estado de Derecho como el nuestro, era notoria y sensible la ausencia de una jurisdicción específica como la referida, dado que, la misma, precisaba para hacer tangible la declaración contenida en el número 9 del Código Político que expresa, en su párrafo primero, que:

"El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable".

La característica de nuestro Gobierno, denominada responsable, sin forzamiento alguno nos conduce a la conclusión siguiente: Responde porque sólo puede y debe desenvolverse dentro de un marco de atribuciones específicas y expresas y, al extralimitarse en el ejercicio normal y legal

de ellas, incurre en responsabilidad, y ésta, cuando surge de actos ejecutados en su condición de Poder Público, es susceptible de reclamación en la vía contencioso-administrativa cuando no se está en los supuestos previstos para ejercer los recursos de Hábeas Corpus o de Amparo. Esto así por haber una legislación especial para hacer realidad esas garantías o derechos constitucionales.

Las instituciones mencionadas son sólo posibles entonces en un Estado de Derecho, el cual se caracteriza, fundamentalmente, por autorizar la vigencia de figuras jurídico-procesales que autolimitan sus potestades de administración y que, para no hacer ilusoria las garantías y libertades otorgadas a los administrados, él, el Estado, se subordina a las disposiciones del ordenamiento jurídico creado por él mismo.

No obstante que hay abundante y variada producción científico-jurídica sobre figuras propias de Derecho Administrativo, es lo cierto que aún los tratadistas no se han puesto de acuerdo en la escogencia del hombre adecuado de la institución procesal con la cual se hace real el ejercicio defensivo de los derechos que protege la jurisdicción que estudiamos ahora. Así, autores hay que hablan de Juicio contencioso-administrativo; otros de demanda contencioso-administrativa; otros de recurso contencioso-administrativo y también de acción contencioso-administrativa, y bien sabemos que en estricta terminología jurídica estas figuras procesales no son sinónimas.

El proyecto de ley que motiva estas jornadas fue publicado en el Alcance N° 52 a La Gaceta N° 242, del 25 de octubre de 1963, denominado "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", que modificará esencialmente la ley N° 1226 del 15 de noviembre de 1950, que regula actualmente dicha materia en nuestro medio, la cual desarrolla el principio N° 49 de la Carta Política de 1949, que textualmente expresa:

"Art. 49: Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de Derecho Público y en uso de facultades regladas".

La ley N° 1226 de 15 de noviembre de 1950 fue emitida con el fin de regular el ejercicio de la disposición constitucional contenida en el artículo 49 de la misma. Para estos efectos el artículo 1° de la mencionada ley dice:

"Art. 1°—El Juicio contencioso-administrativo tiene por objeto proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas".

Así, con el fin de proporcionarle competencia al órgano judicial especializado en la materia contencioso-administrativa, el artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue reformado por la ley N° 1266 del 21 de febrero de 1951, que en su inciso primero expresa:

"Art. 86.—El Juez de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda conocerá:

1°—De los juicios contencioso-administrativos que se promuevan con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo

o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas".

Entonces reparemos que en las tres figuras jurídicas transcritas se reproduce el contenido o propósito de la jurisdicción contencioso-administrativa y, además, que sobresale de ellas el hecho de que esas formas protectoras de derecho son para toda persona titular de un derecho administrativo; vale decir, que sólo se ocupan del recurso contencioso-administrativo de Plena Jurisdicción, como lo llama la doctrina; fue clara y definida la intención del constituyente primero, y del legislador ordinario después, de ocuparse nada más que de la defensa y protección de derechos administrativos y no de los intereses legítimos, cual ocurría en otras legislaciones conocidas; así mismo quedó fuera de la revisión judicial toda la actividad administrativa del Estado ejercitada dentro del marco de facultades discrecionales conforme a la doctrina imperante entonces sobre la materia.

Sin embargo, en el artículo 2° de la ley aparece un tímido esbozo de la revisión por desviación de poder que es susceptible de impugnación cuando los órganos administrativos incurren en el ejercicio ilegal de sus facultades discrecionales, las que, hoy día, se las considera regladas; es decir, que la existencia del ejercicio de ellas se debe a la ley y sólo dentro de los límites de ésta tienen eficacia legal sus aplicaciones. Aceptamos, en conclusión, que la desviación de poder ha sido cuestionada por esos tratadistas que la consideran como mala política administrativa o violación de la moral administrativa y que cuando ésta se viola se incurre en ese vicio.

La observación anterior se fundamenta en parte en el numeral segundo de la ley ibídem que dice —la que está vigente—:

"Artículo 2º— Sin embargo, cabrá recurso contra las resoluciones que se tomaren como consecuencia de una disposición de carácter general emanada de la potestad discrecional si con ella se lesionaren derechos particulares establecidos por una ley o reglamento u otro precepto administrativo".

Es agradable ver que el término recurso que hace aquí nuestro legislador ha sido empleado en su acepción jurídico-procesal adecuada. Y hago la salvedad de que el descubrimiento no lo hice yo; lo leí en un autor y en él baso mis opiniones.

Con respecto a esta segunda parte, del artículo 2º de la ley actual, que esboza una especie de revisión por desviación de poder, hasta donde mis noticias tienen alcance, no he sabido si alguna vez en la historia patria al tribunal competente se le ha presentado un recurso contencioso-administrativo por violación de esta figura.

— *Las Partes.*—La calidad de parte en nuestro contencioso-administrativo está determinada en el artículo 3º de la ley de la materia que dispone:

"Artículo 3º—La *demanda* contencioso-administrativa podrá interponerla toda persona cuyos derechos administrativos hubieren sido lesionados en los términos que indica el artículo 1º, inclusive el Estado, las Municipalidades e instituciones públicas autónomas o semi-autónomas".

Sobresale de la letra del artículo transcrito, el hecho de que al Estado, sus Municipalidades y entidades autónomas y semiautónomas se les considera sujetos activos del ejercicio del recurso contencioso-administrativo. De este modo queda subsanada la aparente omisión en que el legislador incurrió en el artículo 1º al no otorgarles expresamente la calidad que aquí les da.

Podría pensarse que al decir en el artículo 1º que tiene capacidad procesal, que se considera parte en el proceso ya una vez establecido, que lo ha sabido originado por el recurso, que es el motor de la acción que se ejercita mediante la demanda. Y entonces se debe dar por sobrentendido que al decir toda persona está incluido el Estado y sus instituciones, como lo repite el artículo 3º. Podría no ser; de cualquiera manera el punto no ha sido cuestionado, puesto que se ha visto en él poco interés práctico. Pero en una discusión eminentemente académica quizá podría señalarse o admitirse que nuestro legislador cometió una omisión.

Por manera que surgen así, claramente definidas, las partes en nuestro recurso contencioso-administrativo; esto es, quiénes tienen legitimación para acudir a los tribunales de justicia en procura de reparación de un derecho administrativo, subjetivo, cuando éste hubiere resultado lesionado por una disposición definitiva dictada por un órgano administrativo en la forma indicada en el numeral 1º de la ley que comentamos.

En consecuencia, sólo son partes legitimadas en nuestro actual recurso contencioso-administrativo las personas que sufrieren la lesión de un derecho administrativo pre-existente, y excepcionalmente las que se hallaren en el supuesto contemplado en el inciso a) del artículo 2º que, como dijimos ya, insinúa apenas la impugnación de actos administrativos emitidos con abuso del ejercicio normal de facultades discrecionales; vale decir, lo que es la materia prima propia del recurso por desviación de poder. Asimismo, es dable mencionar la discrepancia que hay entre las disposiciones de los artículos 1º y 3º de la ley 1226, toda vez que en el 1º se dice expresamente:

"Que las disposiciones definitivas de cualquier naturaleza dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, etc. cuando son lesivas de derechos administrativos serán objeto del recurso" y ocurre que en el tercer artículo se agrega que: inclusive el Estado es parte activa para ejercitarlo".

Para armonizar estas normas, puesto que Estado y Poder Ejecutivo no son la misma cosa, debemos entender que la intención del legislador fue la de extender el ejercicio del recurso a los tres poderes clásicos del Estado, el cual, en su función dinámico-administrativa, activa y pasiva, se le denomina Gobierno, tal como lo define el artículo 9º de nuestra Constitución Política.

Las reglas del susodicho numeral primero son reintegradas en el párrafo segundo del inciso segundo del artículo 9º de la ley de la materia.

Así las cosas, de conformidad con la ley 1226 hay que admitir que en los tres poderes del Estado, el único competente para dictar actos irregulares susceptibles de impugnación en la vía contencioso-administrativa es el Poder Ejecutivo o Administrador, como se le llama modernamente. (Afirmo que el único poder competente es el Ejecutivo, de acuerdo con la realidad de Derecho Público de que la competencia de un órgano estatal equivale a lo que en el Derecho Privado es la capacidad jurídica de las personas físicas, que lo serán, en el ente estatal, sólo aquéllas que le ha atribuído expresamente el legislador). Y lo dicho concuerda con la letra del antiguo artículo 49 del Código Político. Digna es de citarse la norma contenida en el artículo 6º de la ley *ibídem* que expresa:

"Artículo 6º—El consentimiento expreso o tácito de la resolución administrativa manifestado por actos posteriores impiden al particular perjudicado reclamar en la vía contencioso-administrativa".

Destácase así una prerrogativa propia del Estado, puesto que el acto irregular consentido sólo le para perjuicio al administrado. De esta manera se ratifica más el supuesto de Derecho Administrativo de que todos los actos de la administración son legales, lo que evita además entorpecer la marcha normal de la maquinaria administrativa con la formulación de recursos extemporáneos.

Sin embargo, el proyecto del Dr. Retana innova en el sentido de que los actos consentidos, si surten efectos perjudiciales, podrán impugnarse a fin de anularlos y evitar su futura aplicación. Se permiten así estas intervenciones en interés de la ley. Esta es una legitimación atribuida a personas que en nuestra ley actual ni siquiera pensó el legislador.

Es ésta, a grandes rasgos, la condición de las partes en el actual recurso contencioso-administrativo que protege, como queda dicho, sólo los derechos administrativos, con la única excepción indicada en el inciso segundo del artículo 2º, "abuso del ejercicio de las facultades discrecionales". Destácanse, además, prerrogativas del Estado en la tramitación del recurso como son, aparte de las señaladas, las que le concede la Ley Orgánica del Ministerio Público, hoy día Procuraduría General de la República.

Corresponde ahora ocuparnos de la trascendental reforma aplicada a la Carta Política en su artículo que vino a transformar nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, además de que la adecuó a la más avanzada doctrina que se conoce sobre la materia. Veamos lo que establece dicha norma reformadora e innovadora creada por la ley Nº 3124.

"Artículo 49.—Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de Derecho Público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá al menos los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

De la letra pura y simple del artículo transcrito, surgen figuras protectoras, ya no sólo de derechos subjetivos, sino que de intereses legítimos de los administrados, así como,

en forma expresa, la desviación de poder ahora es susceptible de impugnación en la vía contencioso-administrativa.

Se desprende entonces del N° 49 de la Constitución que el ejercicio de las facultades discrecionales que hagan los órganos del Estado en su gestión administrativa sea considerado reglado, esto es, sujeto a los límites previamente fijados por la ley, conforme a la doctrina imperante sobre la materia.

La redacción del párrafo primero del artículo 49 donde dice: "con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, etc.", ha dado lugar a diversas interpretaciones, entre nosotros ya sin siquiera discutirse el proyecto de ley en la Asamblea Legislativa.

Gente preocupada por sus alcances ha emitido, entre otras, estas opiniones, de que los llamados actos políticos del Estado o de Gobierno, según otros, y que tradicionalmente estaban fuera de la revisión judicial en Costa Rica, expresamente excluidos de ella, conforme a la regla del número 970 del Código Procesal Civil, han sido estimados como pasibles en la vía contencioso-administrativa en virtud del énfasis puesto por el constituyente al expresar que se garantiza la legalidad de la función administrativa y, claro es que, los denominados actos políticos o de gobierno jamás pueden ser extra-lege. De aquí las dudas.

En la exposición de motivos, el autor del proyecto que comentamos dice que es evidente que están fuera de esta jurisdicción todos aquellos actos o todas las resoluciones de relación entre los Poderes porque su esencia o naturaleza es eminentemente constitucional; pero de la letra escueta del artículo no pareciera surgir esa interpretación con soltura, en una forma casi espontánea, y eso ha dado lugar a más de una opinión diversa desde ahora.

Con apoyo en la misma regla es que el actual proyecto-ley del que nos ocuparemos seguidamente, no se en-

carga de la diferenciación de vías para demandar al Estado, como son la Civil de Hacienda y la Contencioso-Administrativa, sino que declara hábil o competente al Juez de lo Contencioso-Administrativo, cualquiera sea la finalidad perseguida con el recurso, siempre que el mismo le dé admisibilidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo dispone el proyecto que estudiamos.

El Título Segundo, *Las Partes*, Capítulo Primero, Capacidad Procesal del proyecto del Dr. Retana Sandí en su artículo 9° dice:

Artículo 9°.—Tendrán capacidad procesal, ante la jurisdicción contencioso-administrativa las personas que la ostenten con arreglo a la legislación civil, y la Contraloría General de la República, para los fines de lo dispuesto en el artículo 11, párrafo 2°, apartado b)".

Aparece aquí la primera innovación del proyecto de ley, al otorgarle capacidad procesal a la Contraloría General de la República, la cual no tiene tal competencia en la ley actual N° 1226.

Aunque nuestra Sala de Casación, en sentencia de las 15:15 hrs. del 27 de octubre de 1955, por mayoría, sostuvo la tesis de que la Contraloría es un ente semiautónomo a fin de hacerlo pasible de la jurisdicción contencioso-administrativa con base en el artículo 49 de la Constitución reformado, que es la única parte de nuestra Constitución Política donde aparecía una referencia a un ente semiautónomo, que la más autorizada doctrina los repudia porque sostiene que es como tener una personalidad jurídica a medias.

De modo que la innovación que estamos citando en el proyecto de ley al otorgarle esta capacidad procesal a la Contraloría, que siendo un órgano auxiliar de otro Poder no tiene personalidad jurídica propia definida, en el sentido estricto del término, se le está atribuyendo a esa institución

de suyo trascendental en la vida jurídico-administrativa de un Estado de Derecho, como el nuestro, una competencia que quizá hará pensar en una re-estructuración de la misma Contraloría para su eficaz intervención en esta clase de asuntos.

El Capítulo Segundo, "Legitimación", del mismo Título exprésase así:

"Artículo 10.-1.—Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y de las disposiciones de la Administración Pública:

a) Los que tuvieren interés legítimo y directo en ello; y"

¿Qué significa esto? Nótese que el párrafo primero, apartado a), otorga capacidad procesal a las personas que tuvieren interés legítimo y directo en la anulación de los actos y disposiciones de la Administración Pública cuando éstos les pararen perjuicio. Créase así, y digo esto por lo que más adelante contiene el proyecto, en una sola norma jurídica el recurso contencioso-administrativo Objetivo, llamado de Anulación por el Consejo de Estado Francés; de Ilegitimidad en los Códigos de las Provincias de Santa Fe, Córdoba, Jujuy y La Rioja, de la República Argentina; en otras se le denomina recurso de legalidad.

Estos recursos tiene la característica de que los efectos de la sentencia dictada en ellos son erga omnes, en forma contraria a los de los contecioso-administrativos de plena jurisdicción, que como son subjetivos, los efectos de la sentencia son sólo para las partes, las que se han vinculado en la relación jurídico-procesal.

No faltan tratadistas que argumentan que en la formulación de los recursos contencioso-administrativos de Anulación no hay partes con capacidad como en la vía civil, puesto que las consecuencias que se derivan de estos recursos equivalen a los de una mera denuncia administrativa. El punto es polémico.

Lo anterior queda dicho a modo de información, pues en nuestro proyecto no se da eso como lo demuestra el párrafo primero del artículo 10, apartado a).

La situación comentada es otra innovación del proyecto de ley, ya que la actual no tutela los intereses legítimos de las partes.

Continúa el artículo 10, párrafo 1º, apartado b) que manda:

"b) Si el juicio tuviere por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración central o descentralizada, la dicha legitimación corresponderá a las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostentaren la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afecte directamente a los mismos, salvo en el supuesto previsto en el artículo 20, párrafo 4º, en que bastará la legitimación a que se refiere el apartado a) precedente".

Las reglas de este apartado son en grado sumo innovadoras de nuestro contencioso-administrativo dado que, conforme al proyecto, se podrán impugnar directamente los reglamentos y demás disposiciones de tipo general.

Se limita la legitimación a las entidades que representan intereses generales, pero se permite a los particulares que las impugnen, indirectamente, cuando, por aplicación de ellas, pueda ocasionárseles un perjuicio. Se garantiza así aún más la violación de un derecho o interés de los administrados. Se obtiene también un gran avance en la fiscalización de actos administrativos emanados de la potestad reglamentaria de los entes descentralizados en Costa Rica puesto que, conforme a la legislación vigente, dichos actos están fuera de revisión judicial por vicios de inconstitucionalidad, según el caso, cuando aquéllos no re-

quieren la sanción aprobatoria del Poder Ejecutivo. Se robustece así también el principio de unidad de la Administración Pública y se respeta la pirámide jerarquizada de la misma.

Hay más de una sentencia que por razones de método no cito aquí, en que la Corte Plena también se ha pronunciado en recursos de inconstitucionalidad contra disposiciones reglamentarias autónomas de las instituciones descentralizadas nuestras.

Adviértase que en la ley actual vigente ni siquiera se esboza semejante regla como esta de que hablamos de la impugnanación de normas de carácter general, porque como sólo se particulariza para proteger un derecho subjetivo, esta actividad estatal está fuera de la revisión jurisdiccional contencioso-administrativa.

Dispone el artículo 10 en su párrafo 2º lo que sigue:

“si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, con o sin reparación patrimonial, únicamente estará legitimado el titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento que considera infringido por el acto o la disposición impugnadas”.

La innovación que consigna el párrafo transcrito es la de que éste contiene los dos recursos contenciosos conocidos en doctrina: el de Anulación y el de Plena Jurisdicción. Dado que el recurrente puede intentar, además del reconocimiento de su situación jurídica individualizada, lesionada por el acto impugnado, la reparación patrimonial del daño producido por la misma; obvio es que esto sólo puede hacerlo el titular de un derecho administrativo y que puede alegar el perjuicio patrimonial que ha sufrido; en el otro no, porque en el fondo el recurso de Anulación, —dicen algunos tratadistas—, se instituye y se resuelve en interés o beneficio de la ley nada más, o sea de la administración de legalidad.

El numeral 10 del proyecto de ley, manda en su párrafo tercero:

“La Administración contra un acto propio firme y creador de algún derecho subjetivo, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa del que emanare el mismo, declare, en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos que él representa”.

Esta es otra de las grandes innovaciones del proyecto de ley que estudiamos: la creación en Costa Rica del Proceso de Lesividad, alabado y censurado por los tratadistas, según su criterio o posición frente a él.

En la exposición de motivos se dice cuál es la garantía aún mayor para los derechos de los administrados; ha sido tomado en cierto modo de la legislación argentina, que a la vez lo toma de la legislación española.

Más de un tratadista dice que este principio es, si se quiere, un retroceso en la dinámica administrativa, puesto que la entraba, al otorgarle competencia a los mismos órganos de la Administración para revisar sus propios actos que consideren defectuosos y que ello es una amenaza para la institución de las potestades o de los poderes de revocación que tiene el Poder Ejecutivo, como órgano jerarca y director de la Administración.

De todos modos, por ahora no podríamos nosotros señalarle perjuicios a una institución que si la mantiene la ley más nueva sobre la materia como es la española, debemos admitir que es beneficiosa.

Sin embargo, cualquiera sea la opinión mayoritaria sobre el punto, es lo cierto que la figura comentada pretende que, mientras el jerarca máximo del órgano administrativo no declare que el acto que le instituyó un derecho subjetivo a alguien debe ceder ante el supremo interés público, aquél deberá considerarse subsistente y consolidado.

Quizás podría argüirse que, aparte del trabajo que le proporcionará a la Procuraduría General de la República la consulta previa que los órganos del Estado deben formularle como lo dispone el artículo 35, en su párrafo segundo, a fin de plantear en la vía contencioso-administrativa la nulidad de dichos actos, mediante el proceso de lesividad, seguramente se entorpecerá la normal gestión administrativa, puesto que la declaración de lesividad no podrá dictarse antes de que la Procuraduría dictamine sobre el punto.

En acatamiento de las aplicaciones lógicas de las escalas jerárquicas, es innecesario ocuparnos de la regla del párrafo cuarto del artículo 10 puesto que, su simple lectura nos lo determina así.

Veamos a quiénes se les considera sujetos pasivos en el proyecto de ley, según normas del numeral once.

“Artículo 11,-1.—“Se considerará parte demandada,

- a) la Entidad de que proviniera el acto o la disposición a que se refiere el juicio, salvo que se tratara de actuación del Poder Ejecutivo, de sus órganos, o de función administrativa de los otros Poderes, en que se demandará al Estado; y
- b) las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto o disposición impugnados”.

Son notorias las innovaciones que resaltan del párrafo transcrito en relación con la ley actual 1226. En el apartado a) se dice que la pura actividad administrativa, por excepción, que realizan los Poderes Legislativo y Judicial, es susceptible de impugnación por la vía contencioso-administrativa. Tal posibilidad jamás, antes de ahora, se había previsto en nuestro sistema jurídico-administrativo. Y debemos alegrarnos porque con las reglas referidas no se quedarán al margen de la revisión judicial los actos administrativos irregulares que dictaren los Poderes del Estado, que están excluidos de dicha revisión actualmente.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Y en el apartado b) se dispone, por primera vez en Costa Rica, que quienes derivaren un derecho administrativo del acto o disposición impugnados, tendrán capacidad procesal para intervenir en el recurso contencioso y a cuyos efectos debe considerárseles parte demandada, con el fin de que la sentencia que se dicte los afecte.

El ejemplo típico que cabe en este supuesto es el del nombramiento de una persona en el puesto vacante dejado por otra, cuando ha sido sustituida por una decisión de la Administración Pública y la cual, necesariamente, es objeto de impugnación en la vía contencioso-administrativa. En nuestro medio se da en los puestos de directores de las instituciones descentralizadas.

Esta figura, innovadora en nuestro régimen administrativo, como queda dicho, existe desde hace largo tiempo en otros ordenamientos jurídicos. En Francia, verbigracia, fue creada jurisprudencialmente por el Consejo de Estado, que se ha ocupado de esta institución desde 1848. En 1872 le dio entrada al tercer opositor y al tercerista; en 1889 volvió a negar la admisibilidad de su intervención y finalmente en 1912, en un caso que la doctrina cita, el caso “Boussuge”, decidió definitivamente el Consejo de Estado francés incorporar esa defensa en beneficio de los administrados. Esta institución, por tanto, ha sido copiada por otras legislaciones.

En la mayoría de los Códigos de lo contencioso-administrativo de las Provincias argentinas está vigente la figura del tercerista coadyuvante o interesado y del tercerista excluyente u opositor, según el caso, como se le denomina en Francia.

De modo que la entidad que crea el apartado b) del artículo 11 del proyecto, es la tercería coadyuvante, pues le da capacidad procesal al interesado en que se mantenga el acto impugnado que le ha creado el derecho de permanecer en el cargo, conforme al ejemplo expuesto; coadyuva él así con la Administración. Esto es, el sustituto del director

destituido, por ejemplo, necesariamente es parte, pues tiene interés directo en que su nombramiento se consolide y se convierta en un derecho, el que le ha surgido del mismo nombramiento, pero éste es de un acto aparentemente defectuoso que es cuestionado en la vía contencioso-administrativa. Entonces, para que lo perjudique el acto, la sentencia que podría anularlo, forzosamente tiene que vincularlo en la relación jurídico-procesal para que lo dañe, para que lo afecte la decisión. Porque se puede dar el caso, como ahora que nuestra ley no autoriza esa institución, de que el acto de remoción de funcionarios de distintas entidades estatales sea declarado nulo y qué pasa con el nombramiento del sustituto? Ese es un punto no resuelto, pero que el proyecto se encarga satisfactoriamente de solucionarlo.

Ordena el párrafo segundo del numeral 11 lo siguiente:

"Artículo 11.-2.—A los efectos de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado anterior, cuando una Entidad dictare algún acto o disposición, pero éstos no fueren firmes sin previo control, autorización, aprobación o conocimiento de oficio o a instancia de parte, de la Administración estatal o de otra Entidad administrativa se entenderá por parte demandada:

- a) El Estado o la Entidad que dictare el acto o la disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización fuere aprobatorio del mismo; y
- b) La Entidad fiscalizada y la que ejerciere la fiscalización si mediante ésta no se aprobare el acto o la disposición impugnados, excepto que ambos órganos formaren parte del Poder Ejecutivo en que se demandará al Estado; o que la fiscalización de esa aprobatoria la ejerciere la Contraloría General de la República en que registró el apartado a) de este párrafo, sin perjuicio de que la Contraloría pueda intervenir como coadyuvante".

Fuera de la ratificación lógica que aquí se hace de las potestades jerárquicas de los órganos del Estado, en lo que se refiere a la fiscalización o revisión de los actos dictados por entidades inferiores, a fin de que aquéllos queden firmes si fuere preciso, con la aprobación o confirmación de ellos, resalta de nuevo la innovación de atribuirle a la Contraloría una mayor ingerencia en la fiscalización de los actos administrativos; obvio es que en su esfera propia de acción o especialidad orgánica, como las denominan algunos, puesto que no es otra cosa considerarla parte en el recurso, con capacidad procesal como tercerista coadyuvante, vale decir, con derecho para insistir en el mantenimiento del acto cuestionado.

El artículo 12 en su párrafo primero decide:

"Podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del demandado, cualquier persona que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o de la disposición que motivaren la acción contencioso-administrativa".

Es ésta otra innovación del proyecto que analizamos dado que, la regla transcrita le otorga capacidad procesal a quien apenas tiene un interés legítimo que debe ser directo y actual, obvio es, en el mantenimiento del acto impugnado a la Administración; dicha disposición no existe en la ley actual 1226.

Dice el párrafo 2º del mismo artículo 12:

"También podrá intervenir como coadyuvante de la Administración que demandare la anulación de sus propios actos lesivos, quien tuviere interés directo en dicha pretensión".

La innovación creada por la regla anterior es muy significativa en vista de que la Administración Pública goza de un plazo de 4 años, según el proyecto, para calificar y decidir la oportunidad y conveniencia de pedirle al Juez de lo Contencioso-Administrativo, que declare la nulidad de sus

propios actos, cuando estimare que éstos lesionan al interés público. Y lo relevante de la regla es la capacidad procesal dada a una persona para que, si tuviere interés dentro del plazo dicho, concorra al tribunal y coadyuve con la Administración en su esfuerzo por lograr la declaratoria de lesividad de su acto propio.

Decimos que la capacidad procesal de parte se le confiere a una persona, porque el proyecto dice *quien* tuviere interés directo en dicha pretensión, pero decimos que es interpretando la redacción, la letra del redactor, no obstante que, en estricto sentido semántico, el pronombre relativo *quien* sólo se aplica a las personas físicas.

Pero entendida la intención de la institución jurídica, es esta la interpretación recta que cabe, y no otra.

Agrega el párrafo 3º del artículo 12 comentado:

"Si surgiere oposición a la intervención del coadyuvante, se sustanciará en la vía incidental, dentro de tercero día posterior al apersonamiento respectivo".

Esta disposición es congruente con la calidad que ostenta el tercerista coadyuvante en este caso, que es la de un interesado y no la de un titular de derecho subjetivo directamente lesionado.

No es parte en el sentido puramente procesal civil, como se entiende corrientemente, y de ahí las innovaciones y la ubicación que le dan a él si sus gestiones son reñidas u opuestas por una de las partes con el ejercicio de un derecho subjetivo.

Estatuye el artículo 13 del proyecto que nos ocupa:

"Cuando la legitimación de las partes derivare de alguna relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiere actuado como parte".

Estas normas no requieren ninguna aclaración puesto que esto es un principio general de derecho común.

El numeral 14 expresa lo siguiente:

"Los Colegios Profesionales, Sindicatos, Cámaras, Cooperativas, Asociaciones y demás entidades constituidas legalmente para velar por intereses profesionales o económicos determinados, estarán legitimados como parte, en defensa de estos intereses o derechos".

Es esta otra gran innovación que crea el proyecto, en vista de que, conforme a las normas vigentes en esta materia, dichas entidades colegiadas no tienen capacidad procesal para ocurrir a la vía contenciosa en defensa de sus derechos y, mucho menos, claro está, en protección de sus intereses legítimos, que son considerados por los tratadistas como derechos "in fieri", esto es, en formación o expectativas de un derecho, como dicen otros autores, nada más.

El Capítulo III, "Representación y Defensa de las Partes", estatuye lo siguiente:

"Artículo 15.-1.—La representación y defensa de la Administración del Estado, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, corresponderá a la Procuraduría General de la República.

2.—Los funcionarios de la Procuraduría General de la República no podrán allanarse a las demandas dirigidas contra la Administración estatal, sin estar autorizados para ello por el Consejo de Gobierno o, en su caso, por el respectivo Poder o Entidad, ajena al Poder Ejecutivo".

Lo dicho en el primer párrafo no significa ninguna novedad, puesto que la situación de la Procuraduría en estos casos es idéntica a la que le otorga su actual Ley Orgánica y la ley 1226 de repetida cita.

Pero en el párrafo segundo sí aparecen innovaciones en esta vía específica, como las siguientes:

Dispone el párrafo 2º del artículo 15 del proyecto que los funcionarios de la Procuraduría no podrán allanarse a las demandas formuladas contra la Administración, sin previa autorización para ello, tanto del Consejo de Gobierno, cuanto del Poder o Entidad estatal, en su caso, según corresponda.

La primera innovación consiste en que, de acuerdo con el aparte segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los funcionarios de la Procuraduría para hacer lo contrario a las prohibiciones señaladas en el párrafo 1º del dicho artículo 17, requieren autorización previa, especial y terminante de la Asamblea Legislativa o del Poder Ejecutivo, y el actual proyecto excluye al Cuerpo Legislativo y en su lugar pone al Consejo de Gobierno y al Poder o Entidad estatal cuyo acto administrativo haya sido impugnado judicialmente. Y desde luego que tal innovación debe crearse, toda vez que en el proyecto se considera posible de impugnación contencioso-administrativa, la actividad administrativa que excepcionalmente realizan los Poderes Judicial y Legislativo, y entonces, obvio es, que corresponde al órgano demandado autorizar las gestiones que le están vedadas realizar a los funcionarios de la Procuraduría dado que con base en el párrafo primero del artículo 15 del proyecto, como representación del Estado, es a la Procuraduría a la que le corresponde esa representación o defensa.

En consecuencia, la segunda innovación consiste en que, además de la autorización del Poder Ejecutivo, ahora se requerirá la de los otros Poderes o entidades del Estado, según sea dictado el acto impugnado por uno u otros órganos. Esto no se da ahora en la ley actual, por cuanto los actos de los Poderes Judicial y Legislativo, en su actividad administrativa material, están completamente fuera de esa revisión jurisdiccional.

Ordena el párrafo 3º del referido artículo 15:

"Artículo 15, párrafo 3º.—Si estimaren que el acto no se ajusta a Derecho, lo harán saber, en comunicación razonada, al Ministro o al Superior de que dependa el órgano autor del acto, para que acuerde lo que estime procedente, en cuyo caso podrán solicitar la suspensión del proceso por el plazo de un mes".

Además de que las reglas anteriores pretenden ahorrarle al Estado ingentes sumas que habría que pagarle al recurrente victorioso si resultara aquél condenado en ambas costas, en vista de haber litigado el Estado a sabiendas de que su causa no era justa, significa tal calificación para los funcionarios de la Procuraduría General de la República una carga tremenda de responsabilidad y trabajo, ya que tendrán que estudiar y analizar todas las reclamaciones, como si se tratara de asuntos de "previo y especial pronunciamiento", dada la trascendencia que conlleva una omisión de criterio técnico-jurídico de parte de la Procuraduría, sobre la legalidad o ilegalidad del acto impugnado, de lo que depende el éxito de las actuaciones del Estado, puestas en entredicho por el recurrente.

El artículo 16 del proyecto, dispone lo siguiente:

"Artículo 16.—La representación y defensa de las Entidades descentralizadas, o de los particulares, se regirá por las respectivas leyes orgánicas o por la legislación común, en su caso".

La regla transcrita consolida la división administrativa que impera en nuestro sistema, el cual, conforme a la corriente en boga, demarca en dos sectores la Administración: centralizada y descentralizada. Acorde con ello, el proyecto de ley le atribuye a los personeros legales de la última la representación y defensa de derechos e intereses legítimos en la jurisdicción que crea el proyecto que estudiamos.

En consecuencia, el artículo 16 deslinda el campo de acción de las entidades públicas, en forma evidente y clara, y define además, por exclusión, que la Procuraduría General de la República no tendrá que asumir la defensa de esos entes, ni asesorar a sus personeros, con vista de la letra expresa del numeral comentado.

El número 17 del proyecto dice literalmente:

“Artículo 17.-1.—Las personas que actúen como demandados, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1, apartado b), del artículo 11, o como coadyuvantes, con excepción de la Contraloría General de la República, deberán litigar unidos y bajo una misma representación y dirección, siempre que sus posiciones no sean contradictorias.

2.—Si en el plazo que se les concediere no se pusieran de acuerdo para ello, el Tribunal resolverá lo que estime procedente”.

Del artículo 17 transcrito, fuera del hecho de que se ratifica la especial capacidad procesal que el proyecto le confiere a la Contraloría General de la República, el dicho numeral acoge la figura conocida de la “economía procesal” al disponer la representación común de partes litigantes, cuando éstas no tuvieren intereses opuestos.

La intención de lograr “economía procesal” queda ratificada con la redacción del párrafo 2º del artículo ibídem, puesto que deja al Tribunal la decisión final sobre el punto a falta de conformidad de partes.

En el Capítulo Sexto, “Disposiciones Finales” del proyecto de ley, se crean otras innovaciones, como se ve de la letra del artículo Nº 105, párrafo 3º, que dice:

“Artículo 105.-3.—Quedan modificadas todas las leyes que se opongan a la presente, en la parte en que deban aplicarse a la materia contencioso-administrativa,

entre ellas los artículos 96, 227, párrafo 2º, y 228 del Código de Procedimientos Civiles; los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Nº 33 de 1º de diciembre de 1928 y Decreto-Ley Nº 40 de 2 de junio de 1948); y los artículos 10, 11, 13 y 15 de la Ley Nº 11 de 10 de setiembre de 1925, reformados por la Nº 1401 de 6 de diciembre de 1951 (impugnación de acuerdos municipales”).

Como se ve, el párrafo copiado innova en lo que respecta a las modificaciones que introduce a varios artículos del Código Procesal Civil, pero la innovación que sí interesa destacar es la referente a los números 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que autorizan ahora a reponer términos vencidos en los asuntos judiciales a cargo de sus funcionarios, así como también disponen la llamada apelación de “derecho”, que de oficio debe formular el funcionario judicial que tramita el asunto; todo claro está, fundado en las prerrogativas que la Constitución y las leyes otorgan a la persona moral perpetua de nuestro ordenamiento jurídico, que lo es el Estado. Por manera que con las disposiciones del artículo 105 párrafo 3º del proyecto de ley que estudiamos, deviene en desventajosa la posición de la Procuraduría, toda vez que al no poder ejercer en la jurisdicción contencioso-administrativa los derechos especiales y exclusivos de que goza en su condición de representante legal del Estado ante los tribunales comunes, deberá conducirse al igual que un administrado singular sin privilegio alguno.

Las modificaciones comentadas son congruentes con la opinión de la mayoría de los tratadistas de Derecho Administrativo, que afirman que la tramitación del recurso contencioso-administrativo debe ser paralela a la que se da a las instrucciones sumariales penales, dada la trascendencia pública que conlleva la sentencia que dicten los tribunales competentes sobre la validez o invalidez del acto ad-

ministrativo, impugnado por quien se sintiere agraviado por el mismo. Y obvio es que la solución del diferendo creado entre la Administración Pública y sus administrados debe ser dada en el menor tiempo posible, a fin de que las partes en conflicto sepan a qué atenerse: aquélla en cuanto al ejercicio de sus potestades de administración, y éstos en tanto administrados saber la exacta medida de sus derechos e intereses frente al Estado y sus instituciones.

Estas son, a grandes rasgos, las innovaciones dignas de comentario que el proyecto de ley del Dr. Gonzalo Retana Sandí, denominado "Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", introduce en el Título Segundo, "Las Partes".



MATERIA Y OBJETO DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO*

Lic. EDUARDO ORTIZ ORTIZ
Titular Derecho Administrativo,
Facultad de Derecho.

A) — Delimitación de la materia y del objeto del juicio.

Todo juicio supone una petición para que el Juez realice una actuación frente a otra persona, en beneficio del actor. Para seguir a Guasp (Derecho Procesal Civil, pág. 225) puede decirse que la pretensión procesal es la declaración de voluntad, por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración.

Lo típico del proceso contencioso administrativo es que en el mismo la pretensión del actor se refiere siempre —o debe hacerlo— a actos administrativos. Esta pretensión tiene por específico fin el lograr la anulación o reforma de actos administrativos, haciendo valer los vicios jurídicos que padecen. El actor, en otras palabras, le pide al Juez que anule o reforme un acto frente a la Administración que lo dictó y frente a cualquier otro interesado. De este modo todo juicio contencioso tiene una materia y un objeto típicos y necesarios: un acto de la Administración, que es el objeto, y el derecho administrativo que lo regula, que es la materia. Objeto del juicio es el acto que recibirá los efectos de la sentencia, confirmándolo, reformándolo o anulándolo; y

(*) Texto de conferencia pronunciada por el autor en el Colegio de Abogados de C. R. el 28 de abril de 1964.