

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.

materia es el derecho que habrá de aplicar esa sentencia para resolver la petición del actor.

Esta necesidad del acto administrativo preexistente, a efectos de establecer un contencioso administrativo, deriva no sólo del contenido de la pretensión correspondiente, sino, además, del llamado privilegio del agotamiento de la vía administrativa, por el que se entiende la inmunidad de la Administración a toda demanda contra sus actos cuando previamente no se haya obtenido de ella una reconsideración de los mismos, para evitar un litigio imprudente o innecesario. De este modo, todo litigio contra la Administración supone no sólo un acto de ésta sino, además, una revisión del mismo en agotamiento de la vía administrativa correspondiente, salvo expresa disposición de la ley que limite la necesidad de interponer los recursos ordinarios. Si, como veremos, la Administración no los resuelve, siempre tiene el administrado a su disposición la posibilidad de reputarlos decididos negativamente, por el silencio de dos meses. Sea que haya acto expreso, sea que haya acto presunto, siempre hay un acto a la base de toda acción contencioso-administrativo.

B) —El acto como presupuesto objetivo del proceso contencioso-administrativo.

El administrativista cubano, Fernando Alvarez Tabío, ha dicho que el acto administrativo es un presupuesto del contencioso, (1) en igual sentido en que lo son del proceso común la competencia del Juez, la capacidad de las partes y el carácter o representación con que se demanda (art. 215 Código de Procedimientos Civiles).

Esto significa que la ausencia del acto administrativo exigido por la ley, causa la invalidez del procedimiento y de todas sus actuaciones. Se trata, dado el carácter fundamental del requisito en examen, de una nulidad absoluta e

(1) Fernando Alvarez Tabío, El Proceso Contencioso-Administrativo, pág. 294.

insubsanable, que da lugar a una defensa o excepción de tipo perpetuo, porque dura lo que el proceso mismo, e irrenunciable, porque puede oponerse en todo tiempo aunque se hayan desaprovechado las oportunidades procesales que brinda la ley. El régimen de este presupuesto objetivo del proceso está contemplado en diversas formas en el Proyecto, a saber:

1) —El defecto del acto puede ser apreciado de oficio para declarar inadmisibile la demanda, según lo prevé el art. 41 incisos b) y d) que dicen:

"El Tribunal, previa reclamación y examen del expediente administrativo, si lo considerare necesario, declarará no haber lugar a la admisión del reclamo, cuando constare de modo inequívoco y manifiesto: ... a) ... b) que la acción se deduce contra algunos de los actos no susceptibles de impugnación conforme con las reglas del Capítulo Primero del Título Tercero ... d) que no está agotada la vía administrativa".

2) —El defecto puede ser igualmente apreciado de oficio para declarar inadmisibile la acción, ya no al momento de darle curso, sino al momento mismo de fallarla, una vez listos los autos para sentencia, según lo preven los arts. 59 inciso a) y 60 incisos a) y c), que respectivamente dicen:

Art. 59, inciso a):—La sentencia pronunciará alguno de los fallos siguientes: ... a) Inadmisibilidad de la acción ...

Art. 60, inciso a):—Se declarará la inadmisibilidad de la acción en los casos siguientes: a) que su conocimiento no correspondiere a la Jurisdicción contencioso administrativa; b) ... c) que tuviere por objeto actos no susceptibles de impugnación, a tenor del art. 21 (del Capítulo Primero del Título Tercero).

Cabe preguntarse si únicamente en las dos oportunidades dichas —examen de la demanda previo al emplazamiento

to, o en la sentencia misma— es posible para el Juez, de acuerdo con el Proyecto, pronunciarse sobre falta del acto impugnado. No será posible, en otras palabras, decretar la nulidad de todo lo actuado después del emplazamiento y antes o después de la sentencia, con base en ese defecto?

La exposición de motivos del Proyecto nada dice específicamente sobre el punto y la mejor doctrina española sobre la actual Ley de la materia de 26 de diciembre de 1956, que es fuente de aquél, pareciera ser opuesta a una declaración de nulidad y a una terminación del proceso con base en el defecto del acto impugnado, fuera de las dos oportunidades procesales referidas (2). Es cierto, por otra parte, que dentro de los modos anormales de terminación del proceso, regulados por los arts. 65 a 69 del Proyecto, no se incluye expresamente el auto definitivo, dictado de oficio, que le pone fin por defecto insubsanable de un presupuesto procesal. El hecho de que la inadmisión pueda ser objeto de pronunciamiento en sentencia, de acuerdo con las normas citadas, indica más bien que el Proyecto pareciera considerar normal la terminación del proceso por sentencia sobre los aspectos de forma y no sobre los de fondo del negocio.

Si lo que el Proyecto busca es reducir las oportunidades de hacer valer de oficio el defecto del acto impugnado, su redacción actual es suficiente, pero criticable. Si permite lo contrario, debería advertirse expresamente la posibilidad de declarar de oficio en cualquier momento la inexistencia del acto y de poner fin al proceso con base en ella. Nuestra opinión es que, pese a la ambigua redacción del Proyecto sobre el punto, siempre es posible para el Juez con base en el mismo y en la doctrina procesal llegar a esa declaración y a dictar el auto definitivo y extintivo correspondiente aun fuera de las dos oportunidades procesales

(2) Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, tomo II, pág. 358.

reguladas por los arts. 41 y 60 citados, en cualquier momento en que constate o bien que no hay acto impugnado, o bien que el impugnado no reúne, por su materia o régimen, las notas que exige el Capítulo Primero del Título Tercero del Proyecto. Se trata del clásico control sobre los presupuestos procesales que ya nuestra jurisprudencia en materia civil ha estimado debido y oficioso, en todo momento del proceso, hasta llegar, si es preciso, a su terminación prematura. No parece haber diferencia sustancial alguna entre el proceso civil y el contencioso administrativo que amerite diversa solución en este punto.

3) — El demandado puede alegar la inexistencia del acto impugnado por medio de una defensa previa, término español equivalente al nuestro de excepción dilatoria o formal. Dice al respecto el art. 50, incisos a) y b):

“Los demandados y coadyuvantes podrán alegar, dentro de los dos primeros tercios del emplazamiento para contestar, las siguientes defensas previas: a) las que se funden en los motivos que, con arreglo al artículo 60, pudieran determinar la inadmisibilidad de la acción... b) la falta de agotamiento de la vía administrativa”.

Se ha planteado la doctrina la cuestión de si la falta de agotamiento de la vía administrativa equivale a la ausencia del acto, o, a la inversa, si su presencia lo produce. El problema no es de lógica doctrinal, sino de estricto derecho positivo. En Costa Rica, por ejemplo, los arts. 1º y 4º de la actual Ley del Juicio Contencioso Administrativo exigen del acto el ser definitivo para ser impugnado y para ello es preciso haber agotado la vía administrativa. Si no se agota no hay acto impugnado.

La solución parece ser diversa y más matizada en el Proyecto.

Según el art. 41.-1.—inciso d) el no agotamiento de la vía administrativa puede ser constatado de oficio al momento de examinar la demanda antes del emplazamiento,

caso del gravio reclamado.

Si los primeros son inimpugnables únicamente porque los citamente a los consentidos y firmes, por mayoría de razón. Se explicaremos casi de inmediato, pero también impli- cados actos reproductores y confirmatorios, cuya natura- Esta norma se refiere expresamente al caso de los lla-

curridos en tiempo y forma." torios de acuerdos consentidos por no haber sido re- otro anteriores ya definitivos o firmes y los confirma- respecto de: a) Los actos que sean reproducción de "No se admitirá a la acción contenciosa administrativa

Dice al respecto el art. 21, párrafo primero inciso a):

nación. tivos, deviene por ese solo hecho no susceptible de impug- El acto firme, por omisión de los recursos administra- la vía administrativa y se admitió a su legalidad y a su jus- zos, debe suponerse que el actor no quiso impugnarlo en Si ya estos han caducado, porque han transcurrido sus pla- el mismo por el mero omitir o renunciar los recursos de ley. do por el actor, que ha manifestado su conformidad con misible, pero porque el acto impugnado ha sido consenti- Esto significa que la demanda debe declararse inad-

recurrido en tiempo y forma." sentimiento del acto o de la disposición, por no haber sido regado, "de lo que resultare acerca de la firmeza o con- cumplido para todo efecto, según el mismo," sin perjuicio, lución correcta. El otorgamiento de la vía se tendrá por El último período del art. 33, párrafo 4º nos da la so-

llorando el acto directamente a la vía contenciosa? trativa puede suprimir los recursos que la misma le otore, impugnar un acto que no ha combatido en la vía adminis- régimen de los recursos y sus plazos? Si el interesado puede Qué ocurre entonces, cabe cuestionar de nuevo, con el

car la demanda invocando tal motivo.

la vía administrativa, según se desprende del art. 60 del Proyecto. Ninguno de los incisos del mismo permite recha- dar en sentencia con fundamento en el otorgamiento de Nace de aquí que la acción no puede declararse inadmissi- ble a revelar lo posteriormente, para poner fin a los autos. desaparece el defecto del proceso y ni siquiera el juez po- cutre la oportunidad para oponer la excepción en examen, susceptible de abandono. Desde el momento en que trans- (dos tercios del emplazamiento) y renunciable, porque es ción temporal, porque dura hasta esta etapa del proceso el curso del proceso. Se trata, como se ve, de una excep- defecto y precluye la posibilidad de oponerlo de nuevo en la no interposición de la excepción respectiva subsanada el

El art. 33 párrafo 4º, dispone, en otras palabras, que por no haber sido recurrido en tiempo y forma." meza o consentimiento del acto o de la disposición, mite, sin perjuicio de lo que resultare acerca de la tir- para todos los efectos se tendrá por cumplido el trã- "Si así no se hiciera (si no se opusiere la defensa previa) La solución la da el art. 33 párrafo 4º que dispone:

han transcurrido los plazos legales del recurso debido? los recursos correspondientes. Cabe preguntar qué ocurre cuando se opone la defensa previa todavía no han caducado definitiva y puede corregido el defecto. Esto supone que quedaría en suspenso hasta que sean resueltos en forma tro de los primeros cinco días de este plazo el proceso del juez. Si, además, se acredita haberlos interpuesto den- interponen dentro de los diez días siguientes a la prevención subsanales si los recursos necesarios para adotar la vía se este caso el art. 26 párrafo 3º dispone que el defecto será previa, dentro de los dos tercios del emplazamiento. Para la acciónada puede revelar esa falta mediante una defensa para rechazarla ad portas. Según el art. 20-1. inciso c)

El art. 60 inciso c) expresamente preve que:

"Se declarará (en sentencia) la inadmisibilidad de la acción en los casos siguientes: a), b), c): Que tuviere por objeto actos no susceptibles de impugnación, a tenor del art. 21 ...

El art. 33, párrafo 3º, ya citado, confirma esta doctrina del acto excluído de la jurisdicción contenciosa, en cuanto ha sido consentido y firme, cuando dispone que aunque se tenga por subsanado el defecto de agotamiento de la vía administrativa, ello será "sin perjuicio de lo que resultare acerca de la firmeza o consentimiento del acto por no haber sido recurrido en tiempo y forma". Es decir, que la demanda en tal hipótesis deberá ser rechazada en sentencia, por no ser impugnabile el acto firme que es su objeto.

Si el Proyecto adoptara la solución expuesta, tendría un mérito y ningún defecto: el permitir la subsanación del defecto de agotamiento de la vía administrativa, según el procedimiento previsto por el art. 96, párrafo 3º precitado. Pero el Proyecto llega a mucho más y con ello deja en el aire los plazos y el régimen de los recursos administrativos: los actos consentidos y firmes son impugnables, pese a esa su naturaleza, únicamente para efectos de lograr su anulación, en beneficio de la legalidad objetiva de la administración. El acto firme puede ser anulado siempre que el actor no reclame, al tiempo, un beneficio para él mismo, como el restablecimiento de un derecho subjetivo y la indemnización de daños y perjuicios. Así lo dispone expresamente el art. 21 párrafo 2º, que dice:

"En todo caso, se admitirá la impugnación contra los actos a que se refiere el apartado a) del párrafo anterior (actos firmes y consentidos) mientras estén surtiendo efectos; pero únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura".

Esta norma es una innovación tajante respecto de la Ley Española fuente del Proyecto, que estimamos desafortunada.

En virtud de ella es permitido impugnar el acto consentido y firme, excepto cuando se pretenda, además de la anulación, "el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda", como lo dice el art. 23 del Proyecto al definir las llamadas pretensiones subjetivas o de plena jurisdicción. Estas se distinguen de las pretensiones objetivas o de mera anulación en que persiguen no sólo la eliminación del acto administrativo sino, además y como lo dice la norma transcrita, el reconocimiento y efectividad de un derecho subjetivo, en tanto que las otras sólo se encaminan a lograr la anulación pura y simple.

El párrafo 2º del art. 21 citado, en síntesis, permite impugnar el acto consentido y firme mediante una demanda objetiva de anulación, y no mediante una subjetiva de plena jurisdicción. Se ve claro que permite el tipo de acción más importante y propiamente técnico de lo contencioso administrativo, que es el control puro y simple de la validez del acto. Esta norma del art. 21 párrafo segundo significa, en consecuencia, que quedan en el aire todas las razones dadas por la doctrina, tan valederas como son, en contra de la impugnabilidad del acto consentido y firme. Estimamos absolutamente necesaria su eliminación del Proyecto.

### C—Materia del acto impugnabile.

Las notas del acto impugnabile quedan definidas por la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en razón de la materia, y por las cualidades que aquél debe reunir, como presupuesto objetivo del proceso.

1) Materias incluidas.

1) Según el art. 1 del Proyecto la Jurisdicción Contencioso Administrativa estará encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y las disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.

En esta norma se fija un requisito material del acto impugnado, cuando se dice que deberá estar sujeto al Derecho Administrativo. En razón de ello parecerían salir de esta jurisdicción los actos regidos por cualquier otra rama del derecho objetivo, público o privado. Sólo el acto público regido por el derecho administrativo sería impugnado en esta jurisdicción.

El proyecto se caracteriza por una gran amplitud al respecto, que permite casi reducir a una sola todas las jurisdicciones aptas para conocer de reclamos contra el Estado.

Pese a ésta su redacción inicial, el art. 2º del Proyecto le atribuye a la misma jurisdicción contenciosa todo los asuntos civiles del Estado, que ahora corresponden a la materia Civil de Hacienda; responsabilidad del Estado, atribuciones del Juez Civil de Hacienda de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial, y todo lo relativo a los contratos de la Administración destinados a obras y servicios públicos, tal y como lo preve el inciso a) del art. 2º citado.

Puede concluirse, entonces, que la jurisdicción contencioso-administrativa quedará encargada también de todos los litigios civiles del Estado, con igual órgano e igual trámite. Quedarán refundidas en una sola, llamada contencioso-administrativa, ambas jurisdicciones.

Es atendiendo este resultado que creemos inconveniente la redacción del Proyecto, cuyo artículo 1º pareciera indicar lo contrario. En lugar de afirmar que el acto im-

→  
pugnado habrá de estar regido por el Derecho Administrativo, el Proyecto debería decir, para ser fiel a su punto de vista, que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa estará encargada de conocer las pretensiones que se deduzcan contra todos los actos y actuaciones del Estado, salvo las excepciones contempladas por la misma ley. De este modo quedaría claro que su tendencia es unificar la jurisdicción del Estado, excepto las materias que taxativamente se encomienden a otras jurisdicciones especiales.

Le redacción que se aconseja conducirá a la total eliminación del art. 2º del Proyecto, cuyo lugar adecuado es la regla general que define la materia del contencioso-administrativo.

Corresponde a ésta, según lo dicho, tanto la materia administrativa como la civil del funcionamiento del Estado.

Es ésta la primer apertura sustancial del Proyecto en la regulación de su objeto y materia. Aunque ello pareciera ir en perjuicio de la especialización de funciones, nos parece absolutamente correcta esta innovación, por doble motivo. En primer término porque, como apunta bien la exposición de motivos, resulta absurdo hacer cuestión de competencia y de validez del proceso de lo que no es sino cuestión de fondo, cual es la naturaleza civil o administrativa del acto y del derecho controvertidos. Significa un grave despilfarro de energía procesal el tramitar un litigio contencioso-administrativo y anularlo en sentencia, porque la materia es Civil de Hacienda, no obstante ser los mismos el Juez y el procedimiento.

En segundo término, el derecho civil de la Administración padece tan fuerte interferencia del derecho administrativo, hay en su seno tanta prerrogativa, tanto reflejo de privilegios o de cargas especiales inexistentes entre particulares, que resulta oportuno unificar su interpretación y aplicación con el derecho administrativo. Un reciente autor francés, después de hacer un prolijo análisis, ha llegado a

la conclusión de que si bien "el derecho civil, tal y como es aplicado por la Administración al particular, no difiere fundamentalmente del derecho común de las relaciones entre particulares... el derecho civil al que está sometida la Administración, en beneficio del particular no es, al contrario, el mismo que se aplica en las relaciones privadas" (Jean Lamarque, Recherches sur l'application du droit prive aux services publics administratifs, pág. 495).

Imaginemos un crédito corriente contra el Estado por alquiler de una casa privada para escuela primaria. Ha de ser el Ministerio de Hacienda y no otro quien lo firme, someterse a aprobación de la Contraloría General de la República, que exigirá partida presupuestaria suficiente y prohibirá toda renuncia de garantías o de derechos en favor del particular. Si el Estado incumple, el particular no podrá embargar sus bienes para hacer efectivo el derecho y aquél gozará dentro de juicio de una serie especial de prerrogativas fijadas por el Código de Procedimientos Civiles. Y cuando la índole del contrato civil amerita licitación la interferencia del derecho público es todavía más acentuada.

Este solo ejemplo demuestra por sí mismo que es una fundada innovación la unidad de jurisdicción civil y administrativa que propugna este Proyecto.

La ventaja fundamental del mismo radica, sin embargo, en otro aspecto de mayor relieve: con la unificación de materias civil y administrativa ha desaparecido el absurdo requisito de que el derecho vulnerado sea de índole administrativa, para que haya competencia en el caso.

La doctrina dominante sobre el punto había llegado ya a la conclusión de que el "derecho administrativo" para efectos de la jurisdicción contenciosa no es el originado en una norma de esa índole, sino cualquier derecho que limita la conducta administrativa. Es el acto lesivo y no el derecho lesionado lo que debe ser administrativo para reputar cum-

plido este requisito de la jurisdicción (3). Pero sistemas de avanzada, como el español, sobre la base de la tesis opuesta, han declarado estar fuera de la competencia de lo contencioso aquellos asuntos en que el título del derecho lesionado era civil, aunque era claro que el acto perjudicial era unilateral e imperativo, de típica índole pública. Supóngase, para aclarar con un ejemplo, que la Tributación Directa hiciera contribuir a una sucesión indivisa por concepto de impuesto sobre la renta sobre la totalidad de su patrimonio inventariado, y que el albacea reclamara el derecho a pagar exclusivamente sobre la mitad correspondiente a los derechos sucesorios, con exclusión de gananciales. Para resolver el punto sería preciso determinar primero si los gananciales son o no un patrimonio separado de aquellos derechos, de conformidad con el Código Civil. Si se llegara a resolver afirmativamente la cuestión, por aplicación de este último, la imposición estaría mal hecha y sería nula en cuanto al exceso. Ello no obstante, la cuestión podría haberse reputado civil y no administrativa, a la luz del criterio privatista apuntado, porque para resolverlo habría sido preciso aplicar únicamente las normas del Código Civil sobre sociedad conyugal. Conclusión absurda, dada la naturaleza claramente pública del acto de imposición fiscal, sea cual fuere la índole de sus supuestos y antecedentes jurídicos.

En general, la doctrina española reputa civiles las cuestiones sobre supuestos de esta misma índole de los actos

- (3) Manuel Argañarás, Tratado de lo Contencioso-Administrativo, pág. 59: "la vulneración del derecho subjetivo abrirá la vía contencioso administrativa, toda vez que esa vulneración provenga de la inobservancia, por la autoridad administrativa, de la norma administrativa que regula su actividad y limita su poder de mando... lo que interesa, en verdad, a los fines de la jurisdicción contencioso administrativa es que la integridad del derecho subjetivo, cualquiera que sea su fuente, esté garantida por una norma administrativa y que esta norma haya sido infringida por la autoridad administrativa en el desenvolvimiento de su actividad como poder público".
- Fernando Alvarez Tabío, El Proceso Contencioso-Administrativo, pág. 414: "En suma es de índole administrativa todo derecho que regule esas actividades públicas; bien se promulgue directamente con ese fin, bien se trate de normas generales de derecho civil, penal o procesal aplicables como supletorias en el caso".

públicos, y, sobre todo, las concernientes a lo que un ilustre autor italiano (Zanobini, L'Amministrazione Pubblica del Diritto Privato, Scritti Varii di Diritto Pubblico, pág. 19 y test) ha llamado la administración pública del derecho privado y definido como la "participación del Estado en la formación y el desarrollo de los derechos privados, a través de actos sustancialmente administrativos". Sus figuras principales son los actos de registro público, de certificación, de expedición de atestados (de educación escolar, de salud, de buena conducta, etc.) y, sobre todo, las declaraciones de la Administración necesarias para adquirir un derecho privado, como la intervención del Gobernador en el matrimonio. En todas estas hipótesis (actos del Registro de la Propiedad, de Marcas, del Estado Civil, etc.), la doctrina privatista mantiene el carácter civil del negocio y la incompetencia de la jurisdicción contenciosa. En Costa Rica tal tesis no sólo es la predominante, desde el punto de la Ley actual del Juicio Contencioso Administrativo, que separa esta jurisdicción de la civil de Hacienda, sino que está consagrada por una serie de normas especiales, como las atinentes a los ocursos, por ejemplo, que fijan un trámite especial para la impugnación de los actos administrativos correspondientes.

Creemos que con el Proyecto podrán ser impugnables en la vía contenciosa administrativa todos los actos del Estado aunque sean privados los derechos que afecten y sean civiles o mercantiles las normas que deba aplicarse para la solución del conflicto jurídico.

En síntesis: al atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa la totalidad de las relaciones civiles del Estado el art. 2º del Proyecto permitirá llevar a su conocimiento:

a) la impugnación de los actos administrativos de la Administración, sea cual fuera la índole —privada o pública— de los derechos que afecten y de sus supuestos o antecedentes jurídicos;

b) la impugnación de los contratos y actos privados del Estado, para anularlos, interpretarlos, ejecutarlos o para

exigir el reconocimiento y reparación de los derechos que puedan violar;

c) la ejecución forzosa o la indemnización sustitutiva de cualesquiera clase de derechos del particular contra la Administración o el Estado en general.]

En este último extremo, cabe una observación de importancia. Un sector importante de la doctrina ha mantenido la tesis de que las acciones de anulación, fundadas en la existencia de un simple interés legítimo, están referidas a un acto que es su objeto, mientras que las de plena jurisdicción, fundadas en un derecho, están referidas a relaciones jurídicas estáticas. En consecuencia, se afirma, en unas puede pedirse la nulidad del acto lesivo, en tanto que en otras sólo es posible pedir la reparación del derecho lesionado. Este enfoque tenía parcial consagración en Costa Rica por la dualidad de jurisdicciones, Contenciosa y Civil de Hacienda, donde sólo era posible pedir la anulación y la reparación del derecho, respectivamente.

En general, según este criterio, las pretensiones principales de ejecución o indemnización de un derecho subjetivo, son posibles únicamente en la vía civil de Hacienda, aunque se refieran a una relación regulada por el derecho administrativo. Con la unificación de jurisdicciones que ahora se propone —en el Proyecto en examen— pareciera que estas simples pretensiones de ejecución forzosa o de mera indemnización, sin referencia alguna a la anulación de un acto, quedan sin vía procesal para satisfacerse. Si atendemos la redacción de los arts. 22 y 23 del Proyecto, que fijan las clases de pretensiones deducibles en esta vía, advertimos que se trata de los dos tipos clásicos ya antes mencionados de acción contenciosa administrativa (de anulación y de plena justificación) y que, aparentemente, no hay prevista pretensión alguna que, sin pedir la anulación del acto, se limite a demandar el reconocimiento y restablecimiento del derecho lesionado.



Aunque ello está admitido por el art. 2º, que remite a la regulación actual de la materia Civil de Hacienda hecha por la Ley Orgánica del Poder Judicial, convendría que en el capítulo del Proyecto, correspondiente a la pretensión procesal, se incluyera expresamente la regulación de ésta que es la petitoria de todo juicio civil de Hacienda: ejecución forzosa o indemnización sustitutiva, sin anulación de acto alguno.

## 2) Materias excluidas.

Según el art. 4º del Proyecto: *CRJCA*

"No corresponderán a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

a) las cuestiones de índole penal y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, correspondan a la jurisdicción de trabajo;

b) las cuestiones que se susciten sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales de la República, sin perjuicio de la indemnización que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponda a la Jurisdicción contencioso administrativa".

Esta norma excluye de la jurisdicción contenciosa los asuntos penales, laborales y políticos del Estado. Son éstas las tres principales exclusiones o límites de la jurisdicción consagradas por la ley.

### Materia Penal.

La materia penal está excluida de la jurisdicción contenciosa. Aparentemente es muy fácil su determinación. Es materia penal la relacionada con actos de la Administración que signifiquen delitos y ameriten penas (contra sus agentes).

El problema es que la Administración tiene dos potestades sancionadoras cuyo perfil puede presentar similitudes y originar confusiones con la potestad punitiva

propriadamente tal del Estado: son la potestad disciplinaria y la potestad correctora de la Administración.

El concepto de potestad disciplinaria es de común conocimiento. Es la potestad que sirve para mantener el cumplimiento fiel de los deberes que corresponden al agente público. Su origen está en una relación especial con el Estado, como la del empleado público, generalmente nacida de un acto administrativo favorable al particular, llamado concesión, autorización o admisión, que le permite ponerse en contacto y bajo la vigilancia de ésta, para un fin común a ambos. Así, no sólo el empleado sino el usuario de un servicio público —de hospitales, de ferrocarriles, de museos o bibliotecas, de crédito, etc.— puede verse expuesto a una sanción disciplinaria por incumplimiento de las reglas de comportamiento que le exige el servicio mismo mientras haga uso de sus prestaciones. El que recibe y no devuelve un libro prestado puede perder el derecho a seguir obteniéndolos, el que se coloca en el balcón de un tren en marcha puede ser obligado a descender en la próxima estación, el que no se somete al reposo médico prescrito dentro de un hospital puede ser recluido e inmovilizado o, cuando menos, desatendido mientras no obedezca, etc.

*Mujer* El dueño concesionario de una línea de autobuses puede sufrir la suspensión o la cancelación de su derecho si alza las tarifas sin autorización del Ministerio de Transportes, lo mismo que el usuario de una línea ("paja") de agua puede perder su derecho si utiliza más del volumen prescrito.

En todas las hipótesis dichas hay una relación que se llama especial, porque nace de un acto (o contrato) que no afecta a todos los ciudadanos y que origina a favor de la Administración la potestad tácita para regular y sancionar la indisciplina del administrado dentro de la misma. La naturaleza de esta potestad disciplinaria se distingue claramente de la potestad penal porque ésta nace y puede ejercerse frente a cualquiera, aunque no tenga relación al-

guna con el Estado (como empleado, concesionario o usuario de sus servicios), por el mero habitar en su territorio. La potestad punitiva del Estado no es especial, se dice, sino general. Deriva de ahí el que una misma falta pueda ser sancionada simultáneamente en la vía penal y en la disciplinaria, porque son dos faltas y dos sanciones diversas; y que aunque haya proceso penal pendiente puede abrirse y terminarse por aparte el proceso disciplinario referente al mismo hecho. Sin embargo, la Administración no puede —y sería nulo el acto contrario a esta regla por incompetencia en la materia— disciplinar y sancionar un acto invocando únicamente motivos o normas de tipo penal, cuya apreciación corresponde exclusivamente a los jueces de la respectiva jurisdicción. Si, en cambio, invoca razones de servicio y normas administrativas relativas a los deberes del funcionario, la sanción es regular aunque el acto tenga también trascendencia penal. En todo caso la sanción disciplinaria es impugnabile ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, aún si el ataque se funda en que hay un vicio de competencia por la invasión de funciones jurisdiccionales de índole penal.

La distinción es mucho más sutil cuando se pretende definir lo que es la potestad correctiva frente a la potestad punitiva. El problema nace de que ambas se fundan en el deber general de sumisión que todo ciudadano tiene frente al Estado, a diferencia de la potestad disciplinaria, que, como se dijo, supone una particular relación concreta con éste. De ese común carácter entre ambos tipos de potestad nace el que no se pueda acumular una sanción correctiva con otra penal e, incluso para algunos (4), deriva la subordinación de la Administración a la Justicia en el ejercicio de dichas potestades.

(4) Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas, Fernando Garrido Falla, Revista de Administración Pública, número 28, página 40.

La potestad correctiva, para definirla con Sayagues (Tratado de Derecho Administrativo, tomo 1, pág. 425) es la de la Administración para "sancionar a quienes infringen las leyes y reglamentos que regulan el ejercicio de la función administrativa". Se da principalmente en el campo fiscal y de policía. (5)

Las sanciones en que se manifiesta son de múltiple naturaleza: "multas, recargos, intereses punitivos, apercibimientos, censuras, suspensiones, destituciones, arrestos, degradación, pérdida de ascenso, traslados, caducidades, retiros de actos jurídicos, comisos, clausuras, exclusión de ciertas actividades" (Sayagues, ibidem pág. 425). Ejemplos de nuestro derecho pueden ser: el contribuyente que intente dolosamente evadir el pago del impuesto de la renta, deberá pagar, además de su monto y del recargo por mora, otro tanto igual al que intentó evadir por concepto de multa (Art. 43 de la Ley de la Renta); los negocios que no tengan patente para vender licores perderán la que tienen para otros artículos si venden aquellos (art. 28 de la Ley de Licores); la Municipalidad puede imponer sanciones por las infracciones a la Ley de Construcciones, tales como multas, clausuras de locales, desalojamiento coactivo de los mismos, destrucción de obras hechas sin licencia municipal previa (art. 88 Ley de Construcciones); el incumplimiento de las obligaciones del Industrial protegido por las franquicias

(5) Se ha considerado que el Derecho Penal Administrativo se ocupa de tres clases de transgresiones: Primera: las faltas de policía, llamadas a veces, impropriamente, delitos de policía, y que están constituidas por la desobediencia a los reglamentos de policía de tránsito o a otras disposiciones que tienen por objeto conservar el orden público. Las normas relativas a estas faltas forman el "Derecho Penal de Policía"... Segunda: Las contravenciones a las normas que establecen deberes de los particulares hacia la Administración Pública, conocidas comúnmente como "leyes administrativas" tales como los ordenamientos relativos a pesas y medidas, aguas, pesca, energía eléctrica, etc. Entre estas normas sobresalen por su importancia económica las leyes tributarias o fiscales. A esta clase de normas corresponde el Derecho Penal Administrativo, strictu sensu, y el Derecho Penal Tributario o Derecho Penal Fiscal... Tercera: Las faltas de disciplina... Este tipo de faltas es el objeto del Derecho Disciplinario (Margarita Lomeli Cerezo, El Poder Sancionador de la Administración Pública en Materia Fiscal, págs. 157 y 158).

aduaneras que señala la Ley de Protección y Desarrollo Industrial, facultan al Poder Ejecutivo para declarar caduco el contrato que se las otorga, lo mismo que el que la empresa favorecida haya dejado de reunir, por causas atribuibles a ella misma, las condiciones que motivaron su clasificación como industria nueva, todo dentro de la vía administrativa (arts. 36 y 37 de la dicha Ley).

Se plantea el problema de saber si estas sanciones, que van desde la multa hasta la privación de derechos otorgados por la misma Administración en muy diversos campos (sanitario, fiscal, económico, edilicio, de orden y seguridad, etc.) son actos administrativos impugnables ante la vía contenciosa o verdaderas penas reservadas al Poder Judicial, según la reserva expresa dispuesta por el art. 39 de la Constitución Política.

Es elemental advertir que se trata de sanciones a imponer por la administración, por o como consecuencia de hechos antijurídicos violatorios de las leyes administrativas.

La discusión ha sido ardua en la doctrina sobre si delito y pena son entidades cualitativamente diversas de falta y de sanción administrativa (6). La doctrina es unánime,

(6) Según Garrido Falla se apuntan las siguientes diferencias (leves) entre pena y sanción administrativa: a) que las sanciones (administrativas) sean impuestas por órganos eminentemente administrativos; b) que consista en el pago de una multa o en la privación de ciertas facultades o derechos (suspensión de ciertas publicaciones, cierre temporal de un establecimiento); c) la sanción administrativa puede alcanzar a personas jurídicas (entidades locales o asociaciones); d) basta el simple dato de la voluntariedad de la acción, sin que se exija dolo ni culpa; la multa administrativa no es convertible en prisión pero se transfiere a los herederos, etc. . . ." op. cit. pág. 36). Según Villegas Basavillbaso hay las siguientes diferencias entre delito y falta administrativa: "median entre el delito y la contravención notas diferenciales específicas que acusan caracteres inconfundibles; la ejecución de oficio es extraña al derecho penal; el régimen de la prescripción y de la acción y de la pena obedece en el Derecho Penal a otros principios; las condiciones personales del agente, que son tenidas en cuenta por el Derecho Penal no juegan principaliter en la contravención; la incriminación de los hechos es mucho más restringida en el delito que en la contravención; la sanción en la contravención puede ser aplicada a personas de existencia ideal, mientras que la sanción en el delito es aplicable al hombre; en la contravención puede allanarse el agente a las consecuencias del hecho, lo que es inadmisibles en el Derecho Penal (Derecho Administrativo, tomo 1, págs. 134 y siguientes).

por lo pronto, en un hecho fundamental: hay una similitud muy grande entre sanciones administrativas y sanciones penales, y, sobre todo, no hay ningún principio que permita establecer una diferencia esencial y clara entre ambas. Se trata de un mismo fenómeno jurídico sancionador que se articula gradualmente desde la simple amonestación hasta la pena de muerte, sin variar fundamentalmente de naturaleza.

Por otro lado hay una clara diferencia intuitiva entre las sanciones que tienden a lograr el fin perseguido por el deber cuya infracción se sanciona y las que intentan únicamente vengar y evitar la repetición del hecho antijurídico. Es claro que no es lo mismo, por ejemplo, condenar al pago de una indemnización de daños y perjuicios o al cumplimiento forzoso de la obligación, que condenar al cumplimiento de una pena de prisión.

Podría decirse que pena es, en el sentido del art. 39 de la Constitución Política, la sanción de tipo aflictivo y retributivo, y simple sanción la de fin reparador (del agravio causado). La mayoría de las sanciones administrativas, sin embargo, son retributivas porque no tienden a reparar nada y, en tal sentido, verdaderas penas.

Para evitar el vicio de inconstitucionalidad en la potestad correctiva de la Administración, hay Constituciones —como la de México— donde expresamente se definen las sanciones que puede imponer el Juez y la Administración (7).

En Costa Rica donde tal previsión no existe, sólo es posible una interpretación: las únicas sanciones que puede imponer la Administración son las no contempladas como penas

(7) Art. 21 de la Constitución Política de México: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días".

en el Código respectivo. Las sanciones no penales de este tipo serán actos administrativos comunes impugnables por la contencioso-administrativa. Las sanciones iguales a las del Código Penal y de Policía deberán ser igualmente atacables, mientras no sea declarada la inconstitucionalidad de la ley que las autoriza.

### Materia laboral.

Inesperadamente por debajo de su avanzado nivel técnico, el art. 4 inciso a) del Proyecto excluye de la materia contencioso-administrativa "las cuestiones que, aunque relacionadas con actos de la Administración Pública, correspondan a la jurisdicción de trabajo".

El art. 5 párrafo 1, dispone:

"La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales o incidentales no pertenecientes a la materia, directamente relacionadas con un juicio contencioso-administrativo, salvo las de carácter penal".

La aplicación de normas de carácter laboral, civil, mercantil y, en general, de todas las que no sean de índole penal es posible para resolución de cuestiones prejudiciales o incidentales. Cuando hemos dicho que el Proyecto prohíbe el conocimiento de cuestiones laborales significamos que no permite que la pretensión a decidir en sentencia o el derecho a que ésta se refiere tenga su fundamento en un título puramente laboral. Esta jurisdicción no podrá conocer ni resolver en sentencia conflictos entre la Administración y sus servidores porque ésta, en la terminología del Proyecto, es materia laboral.

Consideramos criticable esta concepción de las relaciones de servicio del Estado. Sea cual sea la forma de instauración de las mismas, por contrato o por nombramiento,

su índole casi siempre es pública, con lo que quiere decirse de contenido y régimen diverso al de la relación laboral común. Esta diversidad exige una jurisdicción especializada y diferente, que no puede ser otra que la contencioso-administrativa. Los testimonios de la doctrina en este sentido son innumerables y tan conocidos que es superfluo citarlos (8).

Incluso cuando la relación es contractual su contenido es generalmente muy distinto del de los contratos laborales y profundamente adaptado a las necesidades y a las circunstancias del servicio público.

En Costa Rica la ley preve la posibilidad de contratos de servicio entre el Estado y sus agentes. Ello es posible, en primer lugar, en virtud de la genérica capacidad de contratación que tiene el Estado sobre toda la materia de su competencia, salvo regulación legal que exija una forma no contractual en el caso. Desde este punto de vista el Estado no puede contratar los servidores cubiertos por el Estatuto del Servicio Civil, porque tiene que nombrarlos. Ni tampoco a los exceptuados del régimen de éste, si de la regulación

- (8) Guido Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, tomo 3, pág. 264: "En todo caso, toda concepción privatista (de la relación entre Estado y servidor) tenía que ser superada y eliminada cuando se inició el reconocimiento del carácter público de muchas relaciones jurídicas antes sometidas al derecho privado. Entre éstas, en primer lugar, la relación de empleo público, a causa de la profusa legislación especial que la regula".
- Marcel Waline, Droit Administratif, pág. 779: "Se puede definir como agente público toda persona que colabora con un servicio del Estado bajo un estatuto de derecho público, de modo tal que es por referencia a los principios generales de éste, como han sido formulados (elaborados) por las jurisdicciones administrativas, que serán suplidas las lagunas o las obscuridades del derecho escrito atinente a sus derechos y obligaciones. El agente público se distingue, así, de los asalariados privados, incluso si son empleados del Estado; éstos últimos están ligados al mismo por un contrato de arrendamiento de servicios o laboral común; y si surgen dificultades con motivo de dichos contratos, son los tribunales judiciales los que los habrán de resolver".
- La alusión final a los tribunales judiciales se explica porque en Francia éstos tienen a su cargo el conocimiento de todos los litigios de la Administración como sujeto de derecho privado, mientras que son los tribunales administrativos, dependientes del Poder Ejecutivo (Gobierno) y no del Judicial, los que conocen y fallan los negocios de índole pública.

propia que tienen se desprende que únicamente pueden ingresar al servicio público por elección o por nombramiento. Pero el mismo Estatuto excluye de su régimen el caso de "trabajadores que presten servicios técnicos en virtud de contrato especial". Y la Ley de Administración Financiera preve la posibilidad de que para la ejecución de trabajos extraordinarios por parte de los empleados o funcionarios públicos, que no puedan calificarse como horas extras de acuerdo con la Ley "se requiera contratar los servicios de otras personas que no pertenecen a la Administración Pública", previa aprobación de la Contraloría General de la República. (art. 49)

Son innumerables los casos en que se permite el ingreso a la función pública por simple contratación: así ocurre con los profesores de medio tiempo de la Universidad de Costa Rica.

[En todas estas hipótesis sería erróneo pensar que se trata de trabajadores comunes, por el mero origen contractual de la relación. Es posible que el contrato contenga lo que llaman los franceses: "la cláusula exorbitante" del derecho laboral, porque sea una estipulación desusual o ilícita en el contrato común de trabajo. Estas cláusulas son posibles porque el Estado no está sujeto al derecho privado en el uso de su capacidad contractual y puede hallarse autorizado para derogarlo por principios esenciales que le son propios. Fuera de las garantías sociales de origen constitucional, la moderna doctrina sostiene que el Estado puede prescindir en sus contratos de servicios de los mínimos asegurados por el Código de Trabajo, y atenerse exclusivamente a los fijados por las leyes propias para trabajos equiparables. Así, el Estado puede contratar un salario inferior al mínimo del decreto correspondiente, común para toda clase de empresarios, si se atiende al mínimo de la Ley de Salarios, que es el propio y específico para sus relaciones de servicio.

En un contrato de servicios especiales puede pactarse un plazo mayor de los cinco años en perjuicio del trabajador, con derogación de los prescritos por el art. 26, Código de Trabajo, si se demuestra que ello se adecúa a la naturaleza y condiciones del servicio. Basta una cláusula de este tipo derogatorio del Código de Trabajo para que el contrato de servicios no pueda ya reputarse laboral sino administrativo y para que sean administrativos y no laborales los litigios que pueden surgir de su aplicación.

[El planteo es el mismo cuando no se trata de una cláusula opuesta sino inhabitual en los contratos comunes de trabajo, porque agrega ventajas o modalidades de ejecución que le dan intervención directa a otros órganos administrativos, en uso de sus funciones de imperio.] Supóngase, por ejemplo, un contrato para una tarea especial en el que se establece un sistema de controles igual al común de la Administración, a través de la Contraloría General de la República, y se pacta, además, todo un complicado engranaje de comisiones de consulta y colaboración, a efecto exclusivo de asegurar el éxito. No podría nunca equipararse un convenio de esta especie a un contrato de trabajo ni reputarse trabajador común al servidor dentro del mismo.

[El régimen y los principios de estos contratos no estarían en el Código de Trabajo sino en las normas administrativas generales o especiales que regulan en forma diversa las relaciones de servicio con el Estado, y a ellas —y no al dicho Código— habrá que acudir caso de insuficiencia u oscuridad en la regulación (9).

(9) Según Lamarque, Jean, Recherches sur l'application du droit privé, op. cit. pág. 256: "El Consejo de Estado intenta constatar sobre todo si el contrato contiene sujeciones desbordantes del marco de las reglas del derecho privado... considera como cláusulas exorbitantes las que no reconocen, por ejemplo, a un ingeniero de un servicio del Ministerio del Aire el derecho sindical común y lo someten a reglas válidas exclusivamente para los funcionarios del mismo... igualmente las que prohíben a un ingeniero en un establecimiento industrial de la Marina el ejercicio de funciones privadas y someten sus movimientos y publicaciones científicas a un control de sus superiores jerárquicos, y no le permiten patentarlos sino en condiciones reguladas en el mismo contrato especial celebrado al efecto".

Este carácter administrativo es evidente en las relaciones de servicio establecidas por acto de nombramiento. En Costa Rica deben reputarse administrativas todas las que no estén reguladas por el art. 579 del Código de Trabajo, cuya derogación es urgente. Y no lo están las relaciones de servicio regidas por el Estatuto del Servicio Civil, las excluidas de su régimen por los arts. 3, 4 y 5 del mismo, y las excluidas del Código de Trabajo por el art. 579 de éste. En todas estas hipótesis hay una relación pública que debe ser materia de la jurisdicción contencioso-administrativa, aún si supletoriamente está regulada por el Código de Trabajo, como ocurre con los casos expresamente excluidos del régimen por el citado art. 579.

Sabemos que en Costa Rica la jurisprudencia ha mantenido la tesis de que los derechos comunes al Código de Trabajo y al Estatuto de Servicio Civil, como el preaviso y la cesantía, pueden ser discutidos en cualquiera de las dos vías, la administrativa del Tribunal correspondiente y la laboral común. Con la expresa salvedad de que ello es imposible cuando la materia del juicio es un derecho exclusivo del dicho Estatuto, como la reinstalación del funcionario mal despedido, porque en este punto la decisión del Tribunal produce cosa juzgada en virtud de ser única su competencia, al tenor del art. 44 *ibidem* (10) (11).<sup>3</sup>

- (10) Ver Casación 15:30 hs. del 27 de Octubre de 1955 y Resoluciones de Competencia de la misma Corte (de Casación) números 14 de 16 hs. de 25 de abril de 1958 y 15 de 15:40 hs. de 7 de mayo de 1958.
- (11) Encontramos en la tesis de matiz propugnada por Casación —hay opción de vías si lo reclamado es el preaviso y la cesantía, no la reinstalación— otra incongruencia. Se supone que cuando se da la opción es porque el Tribunal de Servicio Civil ha negado la reinstalación y las prestaciones sustitutivas en la vía administrativa correspondiente; caso opuesto, si el funcionario obtuvo o pudo obtener estas últimas dentro de la misma, carecería de sentido su reclamo en la vía laboral. Pero, entonces, su demanda laboral debe poder enervarse por la excepción de cosa juzgada, dado que el fallo del Tribunal que le niega el derecho a la reinstalación ha adquirido tal autoridad precisamente porque según la tesis de Casación, es única y exclusiva en el punto. Este fallo denegatorio produce cosa juzgada también en cuanto al preaviso y la cesantía, en cuanto los mismos son derechos del servidor público únicamente cuando sustituyen el derecho a la reinstalación, a opción del trabajador, y no pueden darse cuando ésta última tampoco es posible. Puede afirmarse, en consecuencia, que la cosa juzgada que deniega el derecho a la reinstalación lo hace en forma completa y deniega también sus consecuencias, entre ellas —como principal— el derecho a convertirla en las prestaciones de preaviso y cesantía. Reclamar en la vía laboral estas últimas cuando han sido indirectamente denegadas en la vía administrativa, por denegación del derecho a la reinstalación, es ir contra la cosa juzgada. Lo que ocurre es que en nuestro concepto, el fallo del Tribunal del Servicio Civil tampoco produce cosa juzgada sobre la materia: o bien la produce y el órgano es claramente inconstitucional (violatorio del art. 153. Constitución Política) o bien no la produce y la impugnación resuelto por el Tribunal es posible —como lo creemos— ante la vía contencioso-administrativa. No altera esta solución el pensar en la posibilidad de un reclamo por preaviso y cesantía ante la vía laboral común, por un empleado público despedido sin el trámite previo del Estatuto del Servicio Civil. En tal caso, si bien no hay todavía cosa juzgada sobre el punto, tiene que haber incompetencia de la jurisdicción laboral, precisamente porque puede haber cosa juzgada si el negocio se lleva a la vía administrativa del Tribunal. Pues, en efecto, si éste último puede dictar fallo con tal autoridad en materia de reinstalación, y el preaviso y la cesantía son simple consecuencia jurídica y sustitutiva de ésta, debe suponerse que la competencia del Tribunal es también exclusiva para juzgar sobre motivos de esa reinstalación, entre ellos la omisión total del trámite legal para el despido.

Esta jurisprudencia nos parece criticable porque desconoce el hecho fundamental de que si, bien el preaviso y la cesantía son protecciones comunes a ambos sistemas, se fundan en normas totalmente independientes entre sí, cada una con un ámbito material y personal de vigencia enteramente diverso. La especialidad del derecho administrativo se revela aquí netamente porque el empleado público puede pedir el preaviso y la cesantía exclusivamente cuando tiene derecho a la reinstalación y en lugar de ésta, lo que es imposible en el derecho laboral común. Aunque por su contenido y su medida estas prestaciones sean las mismas que las fijadas por los arts. 28 y 29 del Código de Trabajo, son enteramente distintas por su origen y sus antecedentes, representados por una norma especial (el Estatuto) y un derecho desconocido en las relaciones privadas de trabajo.

La jurisdicción laboral nunca debe tener competencia para conocer de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación del Estatuto, en razón de la índole enteramente administrativa de la materia de que se trata.

lación, a opción del trabajador, y no pueden darse cuando ésta última tampoco es posible. Puede afirmarse, en consecuencia, que la cosa juzgada que deniega el derecho a la reinstalación lo hace en forma completa y deniega también sus consecuencias, entre ellas —como principal— el derecho a convertirla en las prestaciones de preaviso y cesantía. Reclamar en la vía laboral estas últimas cuando han sido indirectamente denegadas en la vía administrativa, por denegación del derecho a la reinstalación, es ir contra la cosa juzgada. Lo que ocurre es que en nuestro concepto, el fallo del Tribunal del Servicio Civil tampoco produce cosa juzgada sobre la materia: o bien la produce y el órgano es claramente inconstitucional (violatorio del art. 153. Constitución Política) o bien no la produce y la impugnación resuelto por el Tribunal es posible —como lo creemos— ante la vía contencioso-administrativa. No altera esta solución el pensar en la posibilidad de un reclamo por preaviso y cesantía ante la vía laboral común, por un empleado público despedido sin el trámite previo del Estatuto del Servicio Civil. En tal caso, si bien no hay todavía cosa juzgada sobre el punto, tiene que haber incompetencia de la jurisdicción laboral, precisamente porque puede haber cosa juzgada si el negocio se lleva a la vía administrativa del Tribunal. Pues, en efecto, si éste último puede dictar fallo con tal autoridad en materia de reinstalación, y el preaviso y la cesantía son simple consecuencia jurídica y sustitutiva de ésta, debe suponerse que la competencia del Tribunal es también exclusiva para juzgar sobre motivos de esa reinstalación, entre ellos la omisión total del trámite legal para el despido.

Recientemente, la Corte de Casación ha aplicado un criterio análogo a éste que ahora sustentamos. Ha mantenido el carácter enteramente administrativo y propio de la jurisdicción contenciosa de los reclamos por reajuste de pensiones ya otorgadas, en virtud de una ley especial para el caso, y lo ha hecho invocando precisamente la especialidad de la ley, determinante del carácter administrativo del derecho invocado. El Juez de Trabajo declinó su competencia y Casación confirmó, enviando los reclamos a la vía contenciosa. (12)

Dijo Casación:

"La petitoria principal de las correspondientes demandas implica el ejercicio de un derecho administrativo que según los actores fue acogido por la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (con base en la ley número 2248 de 5 de setiembre de 1958) y no ha sido resuelto todavía por el Ministerio de Economía y Hacienda... se trata de asunto propio de la jurisdicción contenciosa administrativa". (Competencia número 4 de 1964).

En esta hipótesis se mantuvo la competencia de la jurisdicción contenciosa por el mero hecho de ser administrativo el derecho reclamado y la norma que le daba amparo. Igual tesis debe mantenerse cuando la norma sea laboral pero supletoria de una administrativa, que envía a ella o padece de insuficiencia u oscuridad.

En síntesis: la evolución de la doctrina y de la organización administrativa indica que las relaciones de servicio con el Estado son cada día más reguladas por leyes propias y especiales, que exigen aplicación exclusiva por la jurisdicción contenciosa. Todas esas relaciones deben reputarse materia de esta última y sustraerse a la jurisdicción laboral común, al revés de como lo pretende el Proyecto.

(12) Ver Resoluciones de Competencia, números 4, 8, 9 y 10 de 1964 especialmente la primera, arriba citada.

Quisiéramos terminar este párrafo invocando las palabras del Tribunal Superior de Trabajo:

"La relación que existe entre la Administración Pública y sus empleados es de carácter estatutario y no propiamente laboral. En consecuencia, para resolver los conflictos que se presenten entre éstos y aquélla, debe acudirse en primer término al Estatuto de Servicio Civil, a su Reglamento y a sus leyes supletorias o conexas y solamente en ausencia de norma en esas disposiciones legales que resuelva el caso de que se trate, se aplicará el Código de Trabajo, todo de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 del mencionado Estatuto" (Sent. Tribunal Superior de Trabajo 15:50 hs. del 9 de marzo de 1962).

#### Materia Política:

Dice el art. 4º, inciso b) del Proyecto:

"No corresponderán a la Jurisdicción Contencioso Administrativa: a) ... b) Las cuestiones que se susciten sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales de la República, sin perjuicio de la indemnización que fuere procedente, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa".

Con decirlo, el Proyecto sienta la famosa inmunidad jurisdiccional de los actos políticos o de gobierno, aunque en forma bastante restringida. Según se ve, únicamente se reputan tales, para efectos de su exclusión de la vía contenciosa, dos tipos de actos: 1) los de relación entre diversos Poderes del Estado y 2) los atinentes a las relaciones internacionales.

Dura, y todavía encendida, la polémica sobre el concepto y las notas del acto de gobierno. Qué es? Qué consecuencias tiene su existencia?

En general, y porque también se reputan indispensables para el funcionamiento del Estado en todos sus ramos, se acostumbra tener como políticos todos los actos de impulso, dirección y coordinación de la actividad administrativa: nombramiento de ministros, planes de coordinación y de acción aprobados por el Consejo de Gobierno, ejercicio de la potestad reglamentaria sobre una materia, etc.

Finalmente, se clasifican también como políticos, todos los actos de conservación urgente de los elementos del Estado: declaratoria del estado de defensa nacional, suspensión de las garantías individuales, actos dictados para debelar un movimiento subversivo, y, sobre todo, actos tendientes a preservar la salud, el orden o la higiene públicos. Así, las órdenes generales de cuarentena o vacunación caso de epidemia, el incendio y destrucción de cosas o de animales por razones de salud pública, la clausura de establecimientos peligrosos, de calles para contener un motín popular aunque no sea electoral, etc., son actos políticos.

La doctrina admite, con base en tal elenco de actos políticos, que éstos son siempre discrecionales e, incluso, que son la forma más acentuada posible de la discrecionalidad. La diferencia entre el acto discrecional común, (en los sistemas en que —como en el Proyecto— aquél es impugnabile en la vía contenciosa) y el acto político, está en que éste es siempre inimpugnabile, aún en sus aspectos reglados. Si viola la ley en cuanto a los mismos, resulta imposible de todos modos su anulación. En el fondo lo que ocurre es que la doctrina del acto político, fundado en la importancia del fin perseguido, es un resabio de la vieja razón de Estado en el absolutismo. Es lo mismo decir que el acto político no puede ser anulado aunque sea ilegal, que afirmar que es necesariamente legítimo por el mero hecho de perseguir un fin político, aunque aparentemente viole la ley. Como ha dicho un ilustre autor (Enrico Guicciardi, L'atto politico, citado por Enzo Cheli, ob. cit. pag. 36) el acto político es el emanado de un órgano de Gobierno sobre la

base de motivos extraños al orden jurídico y que se sustrae al control del juez administrativo porque es, en razón de esos motivos, necesariamente legítimo. La índole política del motivo o del fin del acto es una causa justificante de cualquier desafuero legal, exactamente como la legítima defensa excusa y limpia cualquier delito. La doctrina y la jurisprudencia son concordes también en aceptar que el acto político causa responsabilidad para el Estado (13). Según lo dicho se trata de una responsabilidad que no es consecuencia de un hecho ilícito sino de un acto autorizado, cuyas consecuencias lesivas deben distribuirse entre todos los asociados —como contribuyentes— mediante la reparación del daño causado a uno de ellos, en aras del principio de igualdad ante la ley. O, en términos más adecuados a nuestro tema, si bien es imposible una acción contenciosa de anulación contra el acto político, es siempre posible —o tiende a serlo cada vez más— la acción civil de Hacienda, tendiente a lograr el reconocimiento de un derecho violado por el mismo y su plena restitución.

El Proyecto se acomoda en esto a la más nueva doctrina cuando expresamente afirma, en su artículo 4º inciso b) frase final, que la imposibilidad de llevar los actos políticos a la vía contenciosa para su anulación, es "sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa".

Cabe reiterar a este propósito la necesidad de que el Proyecto contemple expresamente, en el capítulo de la pretensión procesal, la pretensión civil de Hacienda de índole común, dirigida exclusivamente a obtener el reconocimiento

(13) El art. 40, párrafo primero de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de España, expresamente dice: "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa".



de un derecho y su reparación sin contener petición alguna de anulación del acto. En este caso tal tipo de pretensión puramente civil cobra extraordinaria importancia, porque tratándose del acto político es, según el artículo 4º citado, la única posible, y no, como en la hipótesis corriente, materia optativa.

El Proyecto, sin embargo, repudia la doctrina del acto político, tal y como quedó expuesto. Admite que existen ciertos actos inimpugnables como tales, que, incluso, podemos llamar políticos o de gobierno, y que están incluidos en el elenco clásico de los mismos ya dado. Pero, en primer lugar, reduce este último a dos únicos rubros, a saber: a) los actos de relación de Poder a Poder (convocatoria a sesiones extraordinarias, veto, sanción, iniciativa de la ley, interpretaciones, censuras, nombramiento de los miembros de los Poderes, etc.) y b) los actos de relación internacional. Quedan excluidos los actos de iniciativa y planificación (deliberaciones, nombramiento de Ministros, circulares de coordinación, etc.) y los actos de urgencia y necesidad.

En segundo lugar, admite los dos primeros tipos por razones enteramente extrañas a las de la doctrina tradicional del acto político.

Creemos que el Lic. Retana Sandí se ha inspirado en ideas del publicista español Eduardo García de Enterría para redactar la exclusión que examinamos, ideas expuestas en brillante artículo de este último. —La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública número 38, pág. 184 y 185,— donde el tratadista explica claramente:

“De estas listas tradicionales de actos (políticos) . . . hay dos supuestos, dos, y nada más que dos, que son, efectivamente, perfectamente distintos de los actos administrativos. Se trata de los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales, por una parte, y en segundo lugar, los actos de

relación inter-constitucional de los órganos superiores: así del Jefe del Estado o del Consejo de Ministros con las Cortes o con el Parlamento, según los regímenes: remisión de Proyectos de Ley, cuestiones de confianza, fijación del orden del día, disolución de las Cámaras, convocatoria de elecciones, etc . . . Ahora bien, hay que decir que estos dos tipos (vuelvo a repetir: los producidos en las relaciones internacionales y los que se realizan en el ámbito de relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento) no proceden, con toda claridad, de la Administración como persona. Las relaciones internacionales las cumple, no la Administración, sino la persona internacional del Estado, el Estado entendido como personalidad desde otro ordenamiento distinto del administrativo, desde el ordenamiento internacional. Y a su vez, las relaciones con el Parlamento tampoco las cumple la Administración en cuanto tal, sino simplemente los titulares de los puestos supremos de la Administración en cuanto que cumplen otras funciones constitucionales, además de las propias de órganos de la Administración”.

Como se ve de la extensa cita —que hemos hecho adrede— el carácter político de un acto no viene ya de su móvil ni de su fin, que justifican su ilegalidad a modo de misteriosos carismas, sino de la naturaleza del sujeto del acto, que en un caso es el Estado como persona de derecho internacional, en el otro como sujeto de derecho constitucional, en ninguno como sujeto de derecho administrativo.

Con esto se dice claramente, que el acto político es inimpugnable ante la vía contenciosa porque no es un acto administrativo, sea cual sea el fin que tenga. Pero se advierte, a la vez, que cuando ese acto viole el derecho constitucional o internacional que lo regule, ese acto podrá ser anulado, porque está sujeto al derecho, sea cual fuere su importancia para la conservación del Estado. En otras palabras: que el acto político así concebido no sea anulable por la vía contencioso-administrativa, no significa en absoluto que no sea anulable por otras vías adecuadas, si es

que las hay. Concretamente, si el acto viola la Constitución debe poder ser anulado por la vía del correspondiente recurso de inconstitucionalidad. No debe haber en un Estado razón ni fin alguno superior a la legalidad, entendida ésta como el respeto del ordenamiento jurídico todo.

En síntesis: los actos políticos enumerados no son materia contencioso-administrativa porque no están sometidos a la ley, sino únicamente a la Constitución. La verdadera razón de que no puedan ser atacados por aquella vía es que la misma está diseñada exclusivamente para el acto administrativo entendido como el que, por emanar de la Administración, está sujeto no sólo a la Constitución, sino además y principalmente a la ley. Si el acto está sometido únicamente a la Constitución es una ley y no una conducta administrativa, aunque emane de la Administración. Su rango es el de una ley.

Este último concepto del acto político, que es el que en el fondo alimenta la tesis de García y la del Proyecto, no está claramente enunciada por dicho autor, pero ha sido sostenida en muchas ocasiones desde viejos tiempos. El acto político es el que ejecuta la Constitución, directamente y sin intermediarios. Como tal este concepto es más amplio que el del Proyecto, y, sin rectificarlo, lo complementa: con esta noción de acto político deben entrar en el elenco de las exclusiones enumeradas por el art. 4º, párrafo 2) todos los ejemplos clásicos que ahora se hacen ingresar a la materia contencioso-administrativa, con una sola condición: que no estén ni puedan estar, según la Constitución, regulados también por la ley. En este caso, cuando la Constitución confiere una potestad sin límites y con la prohibición —expresa o implícita— al legislador de que la regule, ha creado una potestad política, cuyo control es capa a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero que, según lo dicho, cae bajo la jurisdicción constitucional.

Desde este punto de vista puede decirse que la definición de la materia contenciosa que contiene el art. 1º del Proyecto es, de por sí, una implícita exclusión del acto político o de gobierno. Pues, según tal norma, dicha jurisdicción estará encargada exclusivamente de conocer de "la legalidad de los actos y las disposiciones de la Administración Pública sujetos al derecho Administrativo", con lo que claramente excluye que la misma pueda conocer de la constitucionalidad de tales actos.

Es preciso apuntar, además, que la concepción tradicional del acto político, como el acto ilegal justificado en razón de su importancia política, está hoy también proscrito de nuestro sistema por el art. 49 C. Política, que condiciona la anulación de cualquier acto —sin distinción de naturaleza, fin o importancia— al solo hecho de ser ilegal. Luego, todo acto ilegal es anulable, sin salvedad alguna.

Queda así perfilado por el Proyecto el acto impugnabile. Es acto impugnabile para este efecto, toda manifestación de voluntad del Estado, sometida a la ley y, concretamente, al derecho administrativo; por extensión, al derecho civil o mercantil. No lo es el sometido al derecho penal o al laboral.

D) —Notas específicas del acto impugnado.

Pese a lo dicho, no todo acto en esos términos definido es impugnabile, según el Proyecto. Se requiere de otras dos notas adicionales para que lo sea: la primera, el carácter definitivo del acto; la segunda, que el acto cause estado.

1) Acto definitivo.

Estas dos notas quedan definidas en el art. 18 párrafo 1º del Proyecto, que dice:

"La acción será admisible en relación con las disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa, ya sean de-

finitivos o de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella vía o hagan imposible o suspendan su continuación".

Claramente se anuncian aquí las siguientes condiciones adicionales necesarias para que el acto sea impugnabile:

a) que el acto sea definitivo o de trámite que decida —directa o indirectamente— la vía administrativa haciéndola imposible o poniéndole término.

b) que el acto definitivo o de trámite con el efecto apuntado, no sea susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa. Es decir, que sea inimpugnabile dentro de esta vía, a lo que llama "causar estado" la doctrina española.

Un agudo administrativista italiano ha puesto de relieve —y de moda— una importante distinción entre los actos administrativos: actos organizativos, actos preparatorios y actos constitutivos o providencias administrativas (14). Los primeros son generalmente actos internos, que crean y mantienen el funcionamiento de la organización pública, como las normas de organización, la administración del personal y del equipo de cada oficina, etc.

El acto administrativo preparatorio es el que tiene por fin y efecto hacer posible otro posterior, hasta alcanzar un acto final que es el único de la cadena que produce efecto sobre el administrado, fuera de la Administración. Se trata, por ello, de actos internos, que no expresan una voluntad sino un mero juicio, representación o deseo de la Administración. Integran el procedimiento administrativo según un orden dado generalmente por ley o por reglamento, cuya inobservancia acarrea la nulidad de todos los actos posteriores. Dada su dependencia del acto final externo que preparan son incapaces generalmente para lesionar por sí

(14) Massimo Severo Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, pág. 294.

los derechos del particular. Acostumbran llamarse también actos de impulso o de mero trámite y equivalen a los autos y providencias del proceso judicial. Aunque la diferencia entre estos últimos, con la sentencia y entre sí, está ya bastante elaborada en el derecho procesal, no ocurre lo mismo con los actos preparatorios respecto de los actos administrativos definitivos o finales.

Su verdadera naturaleza está en el hecho de que no es el acto que resuelve sobre la pretensión del particular, ni satisface la necesidad pública en forma directa y autónoma, sino el acto que, para ello, depende de otro que sí puede alcanzar ese resultado. Este es el llamado acto definitivo. Casi siempre el acto de trámite deja ver, por su propia disposición, que el procedimiento administrativo continúa. En general, son actos de trámite (15):

1-a) los dictámenes consultivos, aun si son vinculantes y obligan a decidir de acuerdo con sus recomendaciones. En esta hipótesis, todavía, el dictamen no produce por sí el efecto lesivo sino a través del acto posterior y la autoridad encargada de decidir puede, incluso, abstenerse de hacerlo si no está de acuerdo con el dictamen. En ningún caso un dictamen es impugnabile por sí mismo.

1-b) los actos de instrucción, comprobación o nombramiento previos a otro acto: así, son meros actos de trámite las encuestas, las órdenes de realizar un censo, la constitución de una comisión de estudio, los peritajes técnicos, las inspecciones y visitas, a un lugar, etc.

1-c) las notas entre funcionarios, ordenando el envío de piezas, la formación de un expediente, el requerimiento de un acto a un particular.

1-d) las medidas puramente dilatorias, que difieren o condicionan, a plazo fijo la decisión final de un asunto.

(15) Marcel Waline, *Droit Administratif*, pág. 476 y stes., números 794 y stes.

Así, las que ordenan aportar más pruebas para decidir, las que admiten una solicitud y la pasan a estudio de un cuerpo consultivo, las que anuncian una decisión próxima o piden datos adicionales para dictarla, las que son simples invitaciones, y, en general, los actos provisionales o condicionados (16).

Se reputan definitivas, en cambio, las que posponen la decisión del asunto invocando condiciones sin plazo fijo o de imposible realización. En general, para una exhaustiva enumeración de este tipo de actos en la Jurisprudencia española véase a González Pérez, en su obra citada.

1-e) Las circulares e instrucciones. Se reputan éstas como normas internas dirigidas exclusivamente a los funcionarios, que no son oponibles a los particulares, cuando menos para perjudicarlos. En tal sentido, tampoco pueden éstos invocarlos para anular el acto por su violación, salvo el pedir una sanción disciplinaria, que de todos modos es posible de oficio. En razón de este valor puramente interno las circulares e instrucciones no pueden causar directamente daño al administrado ni éste puede impugnarlas.

Sin embargo, su violación es un indicio de que la Administración ha actuado contra su propio criterio de oportunidad y de técnica en el caso y puede, ello comprobado, originar un vicio del acto, además de la responsabilidad civil del Estado, por exceso de poder.

1-f) Los actos de control. Actos de control son los que verifican la conformidad entre un acto y una regla de ley o de oportunidad, para impedir que aquel tenga lugar y ejecución si hay disconformidad. Sus formas principales son la autorización y la aprobación, y sus opuestos, la desautorización y la improbación. La autorización es el acto que produce el derecho a ejercer una situación jurídica —potestad, derecho subjetivo— preexistente en cabeza del autori-

(16) Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, tomo II, pág. 372.

zado y, por ser necesariamente anterior, condiciona la validez o la licitud de la conducta que es su objeto. La aprobación es el acto que produce el derecho a ejecutar los efectos de otro anterior y por ser necesariamente posterior a éste condiciona únicamente su eficacia, el nacimiento de sus efectos y su ejecución, pero no su validez. Aunque la aprobación no se dé el acto es válido y regular—si lo es—pero no produce efecto alguno. Ambos tipos de controles —y sobre todo sus opuestos, la desautorización y la improbación—, producen por sí resultados jurídicos que pueden ser lesivos para el particular, pero van dirigidos principalmente a otros órganos de la Administración. Así, la Contraloría General de la República aprueba una orden de pago de un Ministerio frente a éste y no frente al particular favorecido con ella; y el Tribunal del Servicio Civil autoriza al despido del empleado mismo. El particular es casi siempre un tercero en la relación jurídica que exige el acto de control, que se da exclusivamente entre órganos de la Administración. Este hecho ha inducido a parte de la doctrina a afirmar que el acto de control no es impugnabile por sí en la vía contenciosa porque es un acto de trámite puramente interno. El camino lógico a seguir, entonces, sería lograr del órgano controlado un pronunciamiento nuevo que defina su posición respecto del control ocurrido y proceder directamente a la impugnación de la nueva resolución. La tesis, sin embargo, parece errónea. Si se examina el acto de control puede comprobarse que reúne todos los elementos de un acto definitivo: produce un efecto lesivo para el administrado, en forma incondicionada, aunque lo haga con ocasión de una relación interna. Esta, sin embargo, se proyecta sobre la relación externa con el particular destinatario del acto controlado, porque el control condiciona —como se vio— bien la validez bien la eficacia del mismo y con ello influye en forma principal, aunque indirecta, sobre dicha relación. La solución lógica está en considerar como definitivo el acto de control, sea autorización, aprobación o sus opuestos y permitir su impugnación directa en la vía contenciosa. En

este aspecto el art. 11 párrafo 2º del Proyecto contiene una solución muy matizada. Si el acto de control es favorable (autorización o aprobación) es impugnabile únicamente el acto controlado, lo que parece muy lógico, dado que, entonces, es éste la causa principal del efecto producido. Si es desfavorable (desautorización, improbación) será objeto único de la impugnación, porque es causa exclusiva del perjuicio producido al impedir la existencia o la eficacia del acto en que tenía interés el particular.

Desde el punto de vista procesal, el acto de trámite puede conceptuarse, según todos los ejemplos dados, como aquél que normalmente no declara ningún derecho ni deber en forma definitiva, en relación con la necesidad pública a llenar, y que, por ello, normalmente no le pone fin a la vía administrativa. Dada esta su incapacidad para producir situaciones jurídicas definitivas el acto de trámite es normalmente insusceptible de impugnación por sí mismo. Excepcionalmente puede serlo cuando, según términos del art. 18 párrafo primero del Proyecto, decide directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que ponga término a aquella vía o haga imposible o suspenda su continuación".

Esta definición es aplicable sobre todo a la hipótesis de las resoluciones denegatorias, que son las que deniegan la tramitación de una solicitud y cierran con ello el camino para discutir siquiera el fundamento de derecho que la misma pueda tener, causando definitivo agravio al interesado (17).

(17) Véase al respecto el ejemplo citado por Fernando Garrido Falla, Regimen de Impugnación de los Actos Administrativos, pág. 192, donde dice: "Esta doctrina ha sido mantenida por el Tribunal Supremo al admitir la impugnación de un Decreto de la Alcaldía de un Ayuntamiento por el que se ordenaba quedase sin curso la reclamación deducida por un interesado con motivo de una información pública referente a aprovechamiento de aguas residuales, pues "es evidente que tal Decreto, al privar a la parte recurrente de que fuera conocida y resuelta su reclamación por el Ayuntamiento, ha lesionado un indiscutible derecho que a dicha parte asiste" (sentencia de 20 de enero de 1952).

Fuera de esta hipótesis el acto de trámite (o preparatorio) no puede ser objeto de impugnación, salvo a través y conjuntamente con el acto final que prepara, llamado definitivo.

El acto definitivo es el que resuelve sobre el fondo del problema planteado por la necesidad administrativa o la petición del particular, y produce efecto externo creando una relación entre la Administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular. Se trata siempre de manifestaciones de voluntad, que en forma definitiva definen el negocio planteado a la administración, sin supeditar su efecto a condiciones o plazos suspensivos. Le pone término a la vía administrativa, sea que resulte confirmado si es recurrido, sea que resulte firme, si no lo es y el particular agraviado omite los recursos en su contra (18). Son los únicos actos realmente impugnables del procedimiento administrativo y los demás vicios deben revelarse, para hacerse valer, a través de su impugnación. El criterio sencillo propuesto por alguna parte de la doctrina, para distinguir estos actos de los de mero trámite, es el expresado por Garrido Falla, ob. cit. pág. 192, que dice:

"Resulta, por tanto, muy importante saber descubrir cuando una resolución administrativa es definitiva o de mero trámite. El criterio debe ser el mismo que se recoge en la Ley; es decir, según que el acto administrativo en cuestión decida o no sobre los derechos del particular o impida la continuación del procedimiento donde tal derecho se está ventilando".

La mayoría de los actos administrativos típicos, estudiados por la doctrina, son definitivos en el sentido apun-

(18) Nuevamente, para el ejemplo véase la abundante jurisprudencia española citada por González Pérez, (ob. cit. pág. 374). Igualmente, El Proceso Contencioso Administrativo, Fernando Álvarez Tabio, pág. 343 a 349.

tado: concesiones, autorizaciones, admisiones, declaraciones constitutivas, prohibiciones, órdenes, expropiaciones, nombramientos, revocaciones, anulaciones, decisión de recursos, etc.

El acto definitivo es el único normalmente impugnabile por sí mismo, porque es el único capaz por sí para producir el agravio al derecho subjetivo y al interés del administrado. Aunque el examen sobre la existencia y monto del agravio es cuestión de fondo, la posibilidad de que se haya producido es cuestión de legitimación. Si el acto es de trámite, esa posibilidad no existe y falta, no sólo el acto impugnabile, sino, además, el interés en accionar que es fundamento de esa legitimación.

\* En igual situación que los actos de trámite están los ejecutivos de otros actos definitivos anteriores, cuyo efecto es reflejo, reproducción o mera consecuencia del nacido de estos últimos. El agravio que tales actos producen es dependiente del ya causado por el acto que ejecutan y no puede dar lugar a un nuevo contencioso. El acto de ejecución puede ser material o jurídico y generalmente es lo primero. La orden de destrucción de una casa construida sin licencia municipal, queda ejecutada materialmente con la destrucción misma. Pero es posible que para llevar a cabo la destrucción haya que dictar otra orden administrativa de allanamiento y conminar previamente al rebelde para que ejecute por sí mismo lo ordenado. Esta orden de allanamiento y esta conminación, son actos jurídicos de ejecución, cuya validez depende de la orden inicial de destruir lo construido y cuya impugnación no es posible sino a través de esta última.

Puede darse el caso de que, siendo legal el acto principal o definitivo, sea irregular el acto de ejecución, como ocurriría si el Tesorero Nacional decidiera rebajar sin fundamento la suma de una orden de pago girada por el Ministerio de Hacienda, enteramente ajustada a derecho. En

este caso, lo mismo que cuando se cometen actos materiales dolosos o culposos que causan daño, es posible que el acto de ejecución sea impugnado por sí mismo, en razón de tener efectos que son exclusivamente suyos, y no del acto que ejecuta. Ello no es nada remoto, porque a menudo el contenido del acto de ejecución es propio y no meramente reproductivo, dado que su nota esencial no está en copiar otro acto sino el servirlo, poniendo las condiciones o medios para su realización práctica, aun que para ello tenga que adoptar un contenido autónomo.

\* 2) Acto inimpugnabile (que causa estado).

El acto que causa estado, para emplear la terminología del Proyecto, es el que, según el art. 18.1 del mismo, no es "susceptible de ulterior recurso ordinario en la vía administrativa". Es el acto inimpugnabile en la vía administrativa, por la vía del recurso administrativo ordinario.

Ello puede ocurrir bien porque se hayan agotado todos los recursos contra el acto, bien porque la ley vede expresa o implícitamente que se establezcan recursos contra el mismo.

El acto inimpugnabile, según se ve, debe distinguirse claramente de otros dos: del acto definitivo y del acto firme. El primero ya sabemos lo que es, el que resuelve sobre la necesidad administrativa en cuanto a los hechos que la motivan y produce directa y autónomamente los derechos y obligaciones que satisfacen esa necesidad, o regula como hacerlo. Un acto definitivo no es inimpugnabile, si todavía caben contra el mismo los recursos ordinarios que la ley señala. Si se impugnara judicialmente un acto en esas condiciones la acción sería inadmisibile, porque el acto no ha causado estado todavía, aunque sea definitivo.

En segundo lugar, el acto inimpugnabile no es el acto firme. El Proyecto utiliza el vocablo pero no lo define expresamente. El art. 21.1 inciso a) expresamente dice que

no serán admisibles las demandas contra actos reproductivos o confirmatorios de otros ya "definitivos y firmes". La preposición "o" en este caso puede hacer pensar que se trata de términos equivalentes, siendo así que son exactamente lo opuesto. Y la posible confusión se agrava porque el art. 21 tanto como el Proyecto todo omiten definir o dar bases suficientemente claras para conceptuar el acto firme o el acto consentido, al que también aquella norma se refiere.

Acto firme es el inimpugnable porque han transcurrido los términos legales sin que el particular haya utilizado los recursos administrativos en su contra. El acto que causa estado, en cambio, es el inimpugnable porque la ley no permite atacarlo en la vía administrativa, negando todo recurso contra el mismo, o porque ya han sido resueltos desfavorablemente todos los recursos legales utilizados en tiempo y forma.

El acto firme se acostumbra también llamar consentido. La omisión de los recursos posibles se interpreta como un consentimiento del particular que se adhiere —con o sin razón— al acto administrativo en forma incompatible y excluyente de cualquier impugnación posterior del mismo. Para estos efectos puede interpretarse también como consentido aquel acto ejecutado por el administrado sin reserva ni protesta alguna de los vicios que contiene y que hará valer en la vía contenciosa.

La doctrina discute arduamente si la omisión de los recursos es una simple renuncia a éstos o una verdadera adhesión a la justicia y a la legalidad del acto (19).

Creemos que el mero no recurrir no debe interpretarse como una verdadera adhesión al acto, ni aún siquiera como una renuncia al recurso administrativo. Se trata de una simple omisión que por sí no debe tener significado alguno, salvo expresa disposición de la ley en contrario, y

(19) Mario Napolitano, L'acquiescenza al provvedimento amministrativo, pág. 3 a 8.

menos aún en perjuicio del administrado. La tesis correcta es que el acto firme es inimpugnable en la vía contenciosa simplemente por respeto al orden legal de los plazos y de los recursos, que de otro modo se vería alterado e inutilizado por la impugnación de actos respecto de cuya materia la Administración no tuvo ni la oportunidad de reconsiderar ni de dictar la resolución mejor posible, que es la de la autoridad encargada de resolver en última instancia. Se trata, ante todo, de respetar los intereses de la Administración y, también, de la legalidad de la conducta administrativa, que exigen cumplir con el trámite previo del agotamiento de todos los recursos antes que establecer la acción contenciosa contra el acto. Esta es la tesis más reciente y acertada sobre el tema (20).

Dado este fundamento de tan grave interés público, la existencia del acto firme —que, por lo dicho, no debe llamarse consentido— se da incluso cuando es evidente que no ha habido consentimiento, por ejemplo: cuando se ha interpuesto el recurso administrativo, pero irregularmente, bien porque no es el adecuado al caso, bien porque se establece ante autoridad incompetente, o fuera de término, o sin los requisitos formales necesarios. En estas hipótesis es obvio que el particular no consiente y que, sin embargo, por respeto al régimen legal de los recursos, como condición necesaria para obtener el mejor y último pronunciamiento de la Administración sobre el punto (21) debe declararse inimpugnable en la vía contenciosa el acto que ya lo es dentro de la vía administrativa, por omisión del actor.

Es preciso avanzar una crítica importante al Proyecto sobre el tema, y es la total omisión de un artículo expreso consagrado a la exclusión del acto firme de la jurisdicción contenciosa, siendo como es la más importante exclusión de las contenidas en su texto. Dada ésta su trascendencia

(20) José Luis Villar Palasi, La Doctrina del acto confirmatorio, Revista de Administración Pública, número 8, págs. 23, 34.

resulta absolutamente necesario que se incluya un artículo que prevea expresamente esta exclusión y advierta en párrafo independiente del art. 21, que el acto firme (cuyo concepto sumario deberá darse) no podrá ser objeto de impugnación.

Hecha la distinción entre acto definitivo —el que decide y pone fin al negocio —acto firme— el inimpugnable en la vía administrativa, por omisión de los recursos legales —y acto inimpugnable en sentido estricto— el que causa estado por no ser susceptible de ulterior recurso en la vía administrativa, en razón de no haber recurso posible o de haberse agotado desfavorablemente todos los que hay— conviene explicar cuándo se produce este último caso.

a) El art. 18.1 del Proyecto exige que el acto no sea susceptible de ulterior recurso ordinario. Con ello permite que pueda atacarse un acto por la vía contenciosa aunque no se hayan agotado todos los recursos, siempre que se trate de medios de impugnación de carácter extraordinario. La distinción entre uno y otro tipo de recurso es posible por analogía con el derecho procesal común. En éste se explica que recurso ordinario es el que se da contra toda clase de resoluciones que paren perjuicio, por toda clase de motivos de legalidad, salvo que la ley ordene lo contrario. Recursos ordinarios son los de revocatoria y apelación porque proceden contra toda clase de autos, y por toda clase de vicios legales en que hayan incurrido los mismos, mientras que extraordinario es el de Casación —o el de Revisión— porque sólo procede contra las sentencias de instancia pasadas en autoridad de cosa juzgada y por los motivos estrictamente señalados por los arts. 903 y 904 del Código de Procedimientos Civiles.

Los recursos administrativos ordinarios son los de revocatoria y el jerárquico, que resuelven el órgano que dictó el acto o su superior, respectivamente. Es claro que estos

(21) Fernando Garrido Falla. ob. cit. págs. 54 y 55.

recursos —como es casi unánime la doctrina en reconocerlo— proceden siempre contra cualquier acto administrativo definitivo, aunque no haya ley que expresamente los autorice, y que pueden estar fundados en cualesquiera clase de vicios de legalidad, aunque no estén definidos por la norma (22). Sería erróneo creer, sin embargo, que todos los recursos jerárquicos impropios son extraordinarios y, consecuentemente, omisibles para efectos del Proyecto, tanto como estimar que siempre es necesario agotar el recurso de revocatoria en todas las instancias administrativas, para cumplir con el requisito de que el acto cause estado.

En primer término, de acuerdo con el art. 31.1 inciso c) del Proyecto el recurso de reposición deberá formularse, para efectos de lograr aquel resultado, únicamente "cuando lo impugnado emanare directamente de la jerarquía superior de la respectiva Entidad Administrativa y careciere de ulterior recurso administrativo". El recurso de reposición es el mismo —pero en español de Castilla— que nuestro criollo recurso de revocatoria. Significa lo dicho que éste es requerido únicamente cuando el acto emanare del más alto superior y careciere, por ello, de recurso jerárquico. El recurso de revocatoria debe interponerse una sola vez, en el caso concreto señalado por esta norma, y no en cada ocasión en que decida un órgano situado en escala inferior, aunque varios inferiores intervengan en la vía administrativa. Siempre que haya un superior jerárquico el único recurso ordinario debido será el jerárquico; cuando decida el jararca mismo, será necesario interponer, en su lugar, el de revocatoria. La razón es simple: cuando hay un superior jerárquico la revisión que éste haga será mejor y más calificada —por suposición legal muchas veces injustificada— que la de cualquier inferior que reconside su propia conducta.

(22) Jesús González Pérez, Los recursos Administrativos, Págs. 8, 29, 30, 31, 32.



En segundo lugar, no todo recurso jerárquico impropio deberá reputarse extraordinario y omisible para agotar la vía administrativa.

Recurso jerárquico impropio es el que se da para ante un órgano que no es superior jerárquico del que dictó el acto impugnado. Existe únicamente cuando la ley lo preve. Son recursos jerárquicos impropios, desde este punto de vista, los siguientes: recursos contra las fijaciones de impuestos ante el Tribunal Fiscal Administrativo, contra los actos del Servicio Civil ante el Tribunal del Servicio Civil, contra las adjudicaciones en licitaciones públicas ante la Contraloría General de la República, contra los acuerdos Municipales ante el Juez Civil respectivo, etc.

El concepto dado de recurso jerárquico impropio resulta, sin embargo, excesivamente amplio, y coincide más bien con lo que González Pérez denomina recursos especiales. Hay, según dicho autor, una distinción entre éstos y los recursos extraordinarios propiamente tales. Los recursos especiales son los que se dan "únicamente en los supuestos concretamente señalados por la ley. No han de fundarse en causas o motivos tasados, y, al igual que los ordinarios, pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico" (Los Recursos Administrativos, pág. 30).

Los recursos extraordinarios, en cambio, se caracterizan por referirse a materias especiales y, simultáneamente, tener motivos tasados (23). Es decir, no se pueden alegar como fundamento de los mismos cualesquiera clase de infracciones del ordenamiento jurídico, sino exclusivamente las tipificadas por la norma que regula el recurso.

Esta distinción permite sentar la regla de que para agotar la vía administrativa y lograr que el acto impugnado cause estado, es necesario agotar todos los recursos ordinarios (jerárquico y de reposición, cuando este proceda) y también los especiales.

(23) González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, pág. 378.

No será necesario agotar los recursos propiamente extraordinarios.

Para efectos de aplicar esta regla debe entenderse que la mayoría de nuestros llamados recursos jerárquicos impropios son especiales y no extraordinarios, porque los mismos pueden apoyarse en la mayoría de los casos en cualesquiera clase de vicios de legalidad del acto. Nuestras leyes no prevén en relación con la mayoría de esos recursos un elenco taxativo y excluyente de motivos. Desde este punto de vista puede complementarse la definición anterior de recurso jerárquico impropio diciendo que es aquél no fundado en una relación de jerarquía sino en una ley expresa, pero con los mismos motivos e igual objeto que el recurso jerárquico común. Si el recurso especial contiene restricciones en cuanto a los motivos, con relación al jerárquico que en circunstancias comunes podría interponerse contra el mismo acto, deja de ser tal y se convierte en extraordinario. Su agotamiento no será necesario para el de la vía administrativa.

La determinación de lo que es recurso ordinario para efectos de agotar la vía administrativa parece ser, por lo expuesto, un problema de peligroso manejo en materia de justicia.

En España y en Italia, donde se hace igual distinción, la misma tiene un sentido mucho más claro: el recurso extraordinario no debe agotarse para ir a la vía contenciosa, porque puede ser un sustituto de ésta. Si se interpone el recurso, su decisión impide la vía contenciosa administrativa, en vez de abrir sus puertas. En tales sistemas la concepción del recurso extraordinario —y del ordinario, por contraste— resulta mucho más fácil y trascendente: es tal el que precluye y sustituye la vía contenciosa administrativa. Esto es así claramente en Italia con el recurso extraordinario al Jefe de Estado, que sustituye la vía contenciosa. (24).

(24) Giovanni Salemi, La Giustizia Amministrativa pág. 49; Silvio Lesona La Giustizia Amministrativa pág. 53, 54 y 55.

En Costa Rica el art. 153 Constitución Política prohíbe tal posibilidad que implica jurisdicción de la entidad administrativa sobre el caso a decidir con autoridad de cosa juzgada. Aquí, la distinción entre recursos ordinarios y extraordinarios carece de sentido y debería eliminarse para obligar al agotamiento de todos los recursos administrativos posibles, sin excepción, como presupuesto objetivo de la competencia contenciosa-administrativa.

b) Para que sea admisible la acción contenciosa el art. 18.1 exige, como se puntualizó, que el acto sea impugnabile en la vía administrativa, y que no sea firme ni consentido, según su terminología.

Sabemos ya que ello significa que para que el acto sea impugnabile se requiere no haber omitido los recursos administrativos ordinarios o especiales autorizados por la ley. A la inversa, es preciso haber agotado la vía administrativa, mediante la interposición de todos los recursos dichos.

El art. 31.1 señala en qué casos resulta agotada la vía administrativa.

*Párrafo primero:*

"Será requisito de admisión de la acción contenciosa administrativa el agotamiento de la vía administrativa..."

*Párrafo segundo:*

"Este trámite se entenderá cumplido:

- a) Cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de todos los recursos administrativos que tuviere el negocio;
- b) Cuando la ley lo disponga expresamente.

El primer supuesto ha sido ya analizado.

Cuándo dispone la ley expresamente que se tenga por agotada la vía administrativa frente a un acto, se entiende que sin necesidad de utilizar los recursos ordinarios contra el mismo?

Consideramos el caso de muy remota ocurrencia. Creemos que la redacción del artículo 31.2 inciso b) debería ser precisamente la contraria: se entenderá agotada la vía administrativa, aunque no se usen los recursos ordinarios contra el acto, cuando así lo disponga expresa o implícitamente la ley.

La ley acostumbra vedar implícitamente toda clase de recursos contra ciertos actos administrativos. Sin necesidad de advertir expresamente que un acto agota la vía administrativa, la ley puede lograr igual efecto regulando las competencias de los órganos que lo dictan.

Si el jerarca supremo es quien decide, el acto agota la vía, porque no hay recurso posible, salvo —dentro del Proyecto— el de reposición o revocatoria previsto por el art. 31.1 inciso c) del mismo, ya arriba brevemente comentado.

Si el órgano que actúa no es el jerarca, proceden los recursos ordinarios, salvo que la ley los niegue expresamente o que el tipo de competencia ejercida sea incompatible con los mismos. En realidad ambos casos son uno solo y configuran la hipótesis de lo que llama la doctrina una competencia exclusiva.

Es la doctrina italiana la que ha creado —con gran fortuna— la distinción entre competencia concurrente, relativamente exclusiva y absolutamente exclusiva (25).

(25) Renato Alessi, Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, pág. 99: "Puede ser... que la ley atribuya una determinada materia (fin) a toda una serie de órganos, sin ulteriores especificaciones sobre el órgano exactamente competente, por ejemplo, cuando impone la adopción de un acto a las autoridades de orden y seguri-

La primera se da siempre que se atribuye un fin a un órgano complejo, formado por otros varios sin expresar a cuál en particular, con lo que todos quedan autorizados para hacer lo mismo y el superior con la posibilidad de revisar y sustituir los actos del inferior, como si sus competencias fueran iguales.

La competencia es relativamente exclusiva cuando se confiere a un órgano simple y determinado, que es inferior de otro. El superior puede entonces revisar la legalidad de lo hecho por el inferior, pero no la oportunidad de sus actos. Tampoco puede sustituirlos y debe limitarse a anularlos.

Hay una competencia absolutamente exclusiva cuando se otorga a un órgano determinado en términos tales que puede decirse que la ley lo considera como el único apto para ejercerla, aunque esté subordinado a otro. En esta hipótesis el superior carece totalmente de la potestad de revisión y el particular de todo recurso administrativo contra lo resuelto.

dad. En tal caso el rigor es mínimo, en cuanto que cualquiera de los órganos comprendidos en la serie jerárquica es competente para proveer. Se habla, en este caso, de competencia (alternativa o concurrente) . . . Puede ser, en cambio, que la ley especifique el órgano dentro de la serie jerárquica al cual está atribuida la competencia para proveer: aquella precisión es mayor en cuanto que en base al principio de la inalterabilidad de las competencias, sólo el órgano indicado puede proveer en materia, sin que sea posible al superior sustituirse al inferior. Como se explicará, al superior le queda la potestad de controlar la conducta del inferior, dado que tal potestad de control no altera, por sí misma, la rigurosa fijación de las competencias . . . Puede ser, en fin, que la atribución de la competencia sea hecha en forma absolutamente rigurosa, en el sentido de atribuir una determinada esfera exclusivamente a la competencia de un órgano, sin la posibilidad de que otros órganos superiores puedan conocer ni aun siquiera controlar la conducta del inferior: se habla en tal hipótesis de una competencia exclusiva en modo absoluto".

Acogen esta distinción Fernando Garrido Falla, ob. cit. pág. 63 y stes., y —según cita de este mismo autor— Enrique Serrano Guirado, El recurso contencioso— administrativo y el requisito de que la resolución cause estado", Revista de Administración Pública número 10, págs. 141 y stes.

Nuestra opinión es que los dos primeros tipos de competencia deben estar sometidos a igual régimen y que la relación jerárquica debe contener para ambas el mismo tipo de potestades. Pero coincidimos plenamente en que cuando se da el tercer caso de competencia absolutamente exclusiva, el superior carece totalmente de la potestad de revisión y no hay, consecuentemente, recurso administrativo posible contra el acto.

Esta hipótesis última se da, en nuestro concepto, en los siguientes casos:

a) cuando el órgano que dicta el acto tiene autonomía funcional dentro del ente, Poder o Ministerio a que pertenece. Así ocurre con las decisiones de la Contraloría General de la República, cuyas resoluciones —fuera de ser ella misma absolutamente autónoma ante la Asamblea en su funcionamiento, por disposición del art. 183 Constitución Política— serán definitivas y ejecutivas por sí mismas, según lo dispone el art. 9 de su Ley Orgánica. Igualmente puede decirse de las decisiones del Tribunal Fiscal Administrativo, frente al Ministerio de Hacienda de quien depende, de conformidad con el art. 34 párrafo final de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

b) Cuando la ley expresamente advierte que la competencia de un órgano subordinado es exclusiva en algún aspecto o sobre una determinada materia. Así ocurría con el antiguo Consejo Superior de Tránsito en punto a estacionamientos en la vía pública de los taxis de servicio, materia en la cual su competencia era exclusiva y sin apelación ante el Ministro de Seguridad, de acuerdo con el art. 13 de la Ley de Transportes Remunerado de Personas.

c) Cuando se trata de órganos colegiados incrustados en una organización jerarquizada, porque la colegialidad excluye la jerarquía en cuanto a ellos y hace irrecurribles sus actos, salvo expresión en contrario de la ley. Así ocurre con los actos y calificaciones de la Junta de Pensiones

a Damnificados de la Guerra Civil; con las del Consejo de Seguridad e Higiene de Trabajo y del Consejo Nacional de Salarios, todos pertenecientes pero autónomos en su funcionamiento del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

En todas estas hipótesis la competencia del órgano es exclusiva y excluyente de todo recurso administrativo para la revisión de los actos nacidos de su ejercicio. El acto dictado en tales condiciones agota por sí la vía administrativa y es directamente impugnable ante la vía contenciosa sin necesidad de ulterior recurso.

Cabe una reflexión final sobre el agotamiento de la vía administrativa y su régimen dentro del Proyecto.

En el desarrollo de las explicaciones anteriores ha sido inevitable acudir a esta nuestra famosa expresión: agotamiento de la vía administrativa. La ley española —antecedente del actual Proyecto— no la contiene. Este, en cambio, expresamente lo regula en sus arts. 31 y stes. Podríamos decir, brevemente, que el agotamiento de la vía administrativa es el medio para lograr la inimpugnabilidad del acto a efectos de su anulación en la vía contenciosa. O bien, empleando terminología española, que es el medio para lograr que el acto cause estado con igual fin. Un acto inimpugnable es, según ello, aquel respecto del cual está agotada la vía administrativa.

Una leve diferencia de régimen entre ambos institutos, dentro del Proyecto, debe advertirse bien. Sabemos ya que la falta de agotamiento de la vía administrativa es un defecto revelable de oficio por el Juez, pero únicamente al momento de examinar la admisibilidad de la acción, antes del emplazamiento, según lo disponen los arts. 41.1 inciso c) y 96.3 del Proyecto; y que es un defecto alegable por medio de una defensa previa (o excepción formal dilatoria, en nuestra jerga procesal corriente) pero únicamente dentro de los dos tercios del emplazamiento, según lo disponen los arts. 33.3 y 50.1 inciso c) ibídem. Sabemos que, según

el art. 33.4, tal excepción es renunciable, porque no puede oponerse después de esa oportunidad, y que según el art. 60 el Juez no podrá declarar inadmisibile la demanda en sentencia invocando el defecto en el agotamiento de la vía.

El carácter inimpugnable del acto, en cambio, es un requisito sine qua non de la admisibilidad de la demanda, que puede apreciarse de oficio por el Juez ya listos los autos para el fallo, según lo dispone el art. 60 inciso c). Se trata de un requisito irrenunciable que representa un presupuesto formal de la competencia del Juez y de la validez del proceso mismo.

Surge la pregunta: cómo es posible, que, por un lado, el agotamiento de la vía sea renunciable y, por otro, sea irrenunciable el carácter inimpugnable del acto, que sólo puede lograrse a través del primero?

La aparente contradicción queda desvanecida por el párrafo cuarto del art. 33, que practicamente unifica y reduce a nada la diversidad de régimen de ambos institutos. Dispone éste, como se había comentado oportunamente, que si el Juez no revelare el vicio y el particular no opusiere la defensa previa correspondiente, "para todos los efectos se tendrá por cumplido el trámite, sin perjuicio de lo que resultare acerca de la firmeza o consentimiento del acto o de la disposición, por no haber sido recurridos administrativamente en tiempo y forma".

En otras palabras: cuando no se agota la vía administrativa, la excepción es renunciable, pero el defecto queda sancionado, de todos modos, porque el acto se hace firme o consentido, en el concepto técnico antes examinado, y resulta no susceptible de impugnación de conformidad con el art. 18.1 y 21.1 inciso a) del Proyecto.

Cierto es que tal defecto es subsanable, en los términos del art. 96, párrafo 3, pero entonces se corrobora la tesis de que el agotamiento de la vía es siempre necesario,

Alvárez Tabio sostiene que el primer ejemplo dado, que supone dos expedientes administrativos iguales, no está resuelto por el instituto del acto reproductor, sino por el de la llamada cosa juzgada administrativa, que, similarmente a la judicial, impide que se abra un nuevo expediente sobre un punto ya resuelto en otro anterior, en forma indiscutible. La distinción propugnada se traduce en que, si es cierto que el acto reproductor no juega cuando hay más de un expediente, no cabría oponer la excepción de incompetencia con base en el mismo, sino que habría que fundar la defensa en otro tipo de vicios del acto, incluso de fondo, cual sería la violación de otro acto anterior que vincula su contenido (26). Creemos lo mismo, excepto en el caso en que la resolución que recaiga en el nuevo expediente sea mera reproducción de la anterior sobre su materia, porque entonces resulta inútil negarle precisamente esa su calidad puramente reproductora.

b) El particular no ha agotado la vía administrativa y ha dejado caducar los recursos correspondientes, por la expiración de los plazos legales. Para evitar la excepción de acto firme y consentido intenta tardíamente agotarla y la Administración, en lugar de rechazar los recursos por extemporáneos (y eventualmente en colusión con el administrador) confirma el acto inicial y le abre la vía contenciosa. El acto dictado en tales circunstancias se llama confirmatorio y no puede servir para reabrir los plazos de impugnación, ni administrativa ni contenciosa. El acto confirmatorio sí se refiere a un acto firme o consentido por el no agotamiento de la vía, y no, como el reproductor, a un acto que ha causado estado.

(26) Fernando Alvárez Tabio, ob. cit. pág. 276: "Por consiguiente, el segundo acto carecería de eficacia en un doble aspecto: en el fondo, porque no existe causa que lo justifique, ya que, mediante el acto consentido, quedó satisfecha la reclamación inicial, y en la forma, porque con el primer acto se agotó la competencia de la autoridad administrativa para resolver lo ya resuelto".

Es posible que el acto inicial haya quedado firme no sólo por una total omisión de los recursos legales sino, además, por su presentación ante autoridad incompetente, o por haberse utilizado un recurso inadecuado, o por haberse presentando el adecuado sin las formalidades de ley que permitan admitirlo (orden y contenido del escrito legalmente regulados, timbres y especies fiscales insuficientes, omisión de las garantías o depósitos de ley, etc.). En todas estas hipótesis el recurso se tiene por no presentado aunque efectivamente no sea así, y todas se pueden reconducir a la omisión total de recurso procedente.

¿Cuál es el fin de esta excepción de acto reproductor o confirmatorio? (27).

Resulta clarísima: evitar que el régimen de impugnación de los actos quede a merced del particular, en eventual colusión con la Administración, mediante el ardid de obtener un acuerdo nuevo que le permita empezar otra vez a contar los plazos de agotamiento de la vía administrativa o de establecimiento de la acción contenciosa, cuando ya hay otro acto igual que es indiscutible —inimpugnabile o firme— sobre lo mismo. Se trata de imponer el

(27) Una sentencia del Tribunal Supremo de España, Sección de lo Contencioso Administrativo, analiza magistralmente el punto: "Es patente que toda impugnación eficaz en vía administrativa tiene que formularse en la manera prescrita y en el plazo prevenido al efecto, y ello excluye toda posibilidad de que el empleo de cualquier otro sistema de oponerse a lo ya acordado pudiera tener virtualidad jurídica... de aceptar ser ese el criterio, se llegaría al absurdo de dejar al libre arbitrio de los particulares que se consideran perjudicados por una decisión administrativa la posibilidad de mantener indefinidamente viva dicha acción, resultando con ello prácticamente inexistente el plazo de prescripción que para el ejercicio de la misma está establecido, ya que bastaría interesar la revocación o la modificación de acuerdos firmes, para que al recurrir contra la resolución negativa que recayera resultase impugnada en definitiva aquella otra disposición, que por haber sido consentida y ser, por tanto, inaceptable, había adquirido plena y total eficacia jurídica; y con tan sencillo procedimiento quedaría burlado, al ser inoperante, el término improrrogable fijado por el Legislador para ejercitar válidamente la acción administrativa, con lo que nunca podría adquirir garantía de estabilidad aquellos actos de la Administración activa que por emanar de su potestad reglada fuesen susceptibles de ser sometidos a la función censora de lo contencioso administrativo (Sentencia 13 de marzo de 1948, citada por Villar Palasí, ob. cit. págs. 23 y 24).

respeto al régimen legal de impugnación de los actos administrativos y dado el alto interés público en hacerlo, el defecto correspondiente es revelable de oficio y no sólo a instancia de parte. El Proyecto permite revelar este defecto no sólo al Juez antes del emplazamiento, cuando va a admitir o rechazar la demanda (Art. 41.1 inciso b) sino también al momento de dictar fallo. (Art. 60 inciso c).

¿En qué condiciones procede esta excepción? (28).

La misma supone dos actos: uno que debe ser ya firme, o inimpugnable por agotamiento de la vía administrativa, y otro que debe reproducir o confirmar el anterior.

\* a) Acto firme o inimpugnable.

Deben presentar las siguientes notas:

α-1) El acto debe ser definitivo y no de trámite ni de mera ejecución.

α-2) El acto debe haberse notificado, lo que es clara consecuencia de que para que entren en vigencia el régimen y los plazos de impugnación es preciso tener conocimiento de aquél.

α-3) González Pérez, resumiendo la jurisprudencia española, apunta que el acto primero debe ser válido. Pero, cómo saber si lo es antes de fallar el negocio en cuanto al fondo? No es la excepción de acto reproductor y confirmatorio precisamente una forma de precluir la discusión sobre la validez de un acto que es ya inimpugnable e indiscutible en la vía administrativa, aunque sea inválido? Y lo contrario, no conduciría a eliminar esta excepción permitiendo al Juez admitir la acción so pretexto de que es inválido el acto consentido o firme, que se reproduce o se confirma?

(28) Este desarrollo estará fundamentado sobre todo en dos textos: Jesús González Pérez, Derecho Procesal Administrativo, tomo 11, pág. 404 y stes., y José Luis Villar Palasí, La doctrina del acto confirmatorio, Revista de Administración Pública, número 8, págs. 11 y stes.

Villar Palasí, en su tantas veces mencionado trabajo (29) cita abundante jurisprudencia que corrobora la tesis de González Pérez, pero que pareciera, también, ubicarla en su punto adecuado. Esta jurisprudencia y los comentarios de Villar Palasí revelan que es preciso **no** tanto que el acto sea válido, cuanto que —y esto es mucho más lógico— no sea absolutamente nulo, lo que llaman los italianos y los franceses un acto **inexistente**. En qué hipótesis es ello posible, no es cosa que nos corresponda explicar ahora, siendo éste tema de teoría general del derecho administrativo. Pero, en todo caso, surge clara una conclusión aceptable: cuando el acto consentido o firme, o inimpugnable en la vía administrativa, es inexistente o absolutamente nulo, lo que quiere decir: cuando es obvia y manifiesta su nulidad, el Juez debe poder entrar de todos modos al conocimiento y fallo del negocio, haciendo caso omiso de la excepción de acto reproductor y confirmatorio. La razón es sencilla: la nulidad absoluta es inconvadable y debe ser declarable en cualquier momento, no sólo a iniciativa de la Administración sino también del particular lesionado. Aun si éste ha actuado como si la consintiera tal adhesión debe carecer de todo efecto y debe mantenerse abierta la potestad para hacer valer esa nulidad absoluta.

El acto inválido pero relativamente nulo, en cambio, pareciera estar cubierto por la excepción en comentario, sobre todo porque se presume legítimo y es ejecutorio. Mientras, como se dijo, la invalidez no sea manifiesta, su determinación es problema de fondo que debe quedar vedado al que omitió impugnar cuando debía hacerlo. El acto debe reputarse válido frente al omiso.

\* b) Acto reproductor o confirmatorio.

El criterio utilizado por la doctrina para saber cuando un acto es reproductor o confirmatorio es muy similar al que define la cosa juzgada civil. Se trata de la clásica triple identidad en cuanto a la causa, el objeto y las partes.

(29) Ob. cit. págs. 48 a 54.

Como en el derecho procesal, también aquí la causa es el hecho determinante del acto impugnado, el objeto es el resultado a que se dirige la pretensión o petición, y las partes son los sujetos de la relación afectada por el acto impugnado (30).

#### b-1) Identidad de sujetos:

El sujeto debe ser el mismo en ambos actos. Como dice González Pérez es claro que el particular afectado por el acto debe ser siempre el mismo y por tal debe entenderse el destinatario de sus efectos, en quien el acto produce derechos u obligaciones, o mencionado en el texto de aquél. No hay acto confirmatorio en relación con el tercero frente al acto, que es todo sujeto no mencionado por éste como su destinatario, aunque resulte jurídicamente afectado. Como dice Villar Palasi "es cierto que sólo puede consentir el acto el destinatario y no quien está en situación refleja respecto de aquél" (ob cit. pág. 59) (31).

Se afirma, sin embargo, que el sujeto autor del acto, el órgano administrativo agente puede ser también el inferior del que dictó el acto primero, pero pareciera que entonces se está frente a un acto puramente ejecutivo y no frente a uno reproductor o confirmatorio. En ambos casos la excepción en comentario es procedente.

#### b-2) Identidad de pretensión u objeto.

Este requisito exige identidad en dos aspectos, petición del actor ante la autoridad administrativa y pronunciamiento de ésta, en ambos casos sustancialmente iguales. No hay

(30) Para una abundante casuística en la jurisprudencia española véase la reseña exhaustiva de Villar Palasi en su citado trabajo, respecto de todas y cada una de las dichas identidades.

(31) Fernando Álvarez Tabio, El Proceso Contencioso Administrativo, pág. 489: "Tratándose de dos reclamaciones interpuestas en distintas fechas, si el interesado en la segunda no fue parte en la primera, aunque las resoluciones fueren idénticas en uno y otro expediente, no puede estimarse la última reproductora de la primera, por ser distintas las personalidades de los reclamantes".

acto reproductor ni confirmatorio si cualquiera de estos elementos varía sustancialmente de acto a acto. "De ahí, concluye González Pérez, que no se dé la excepción de acto confirmativo cuando el segundo acto es interpretativo del anterior, cuando contiene alguna condición nueva distinta del primero o cuando... existe diferencia esencial en sus respectivos conceptos, uniéndoles una relación de causalidad". (González Pérez, ob. cit. pág. 408).

En general se reputan confirmativas las resoluciones que se limitan a decidir diciendo: "Estése a lo resuelto", "se confirma el acto recurrido en todos sus extremos y, en general las dictadas para ejecución o cumplimiento de otras.

#### b-3) Identidad de causa o fundamento.

El motivo y los fundamentos de ambos actos deben ser iguales. Se entiende para este efecto tanto los hechos motivo del acto, cuanto sus fundamentos de derecho. Si varían unos u otros el acto reproductor o confirmativo no se da. Carecen de importancia, a este efecto, los fundamentos de derecho de la petición del particular, pero sí la tienen los del acto, porque contribuyen a individualizarlo. "No se da la excepción si la Administración dicta una resolución que sea reproducción de otra pretérita, pero los fundamentos legales en que se apoya la nueva resolución son distintos a los propios de la reproducida" (Sentencia T. S. de España, 24 de diciembre de 1928). "No es de estimar la excepción de incompetencia cuando la resolución que se supone confirmatoria de otra anterior consentida fue dictada bajo el imperio de una legislación distinta de la vigente al publicarse la primera (T. S. de España, Sentencia de 3 de diciembre de 1900).

#### El concepto final de acto impugnado dentro del Proyecto.

Hemos llegado así al concepto final del acto impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa; es el acto de la administración definitivo, inimpugnado y no con-

sentido (firme) en la vía administrativa, sometido al derecho civil o administrativo.

Quedan excluidos de la jurisdicción contenciosa, según ello, los siguientes actos:

- a) Los no definitivos, por ser ejecutivos o de trámite;
- b) los impugnables, por no haberse agotado todavía contra ellos la vía administrativa;
- c) los firmes o consentidos, por haberse desaprovechado los recursos administrativos y no ser ya posible, a su respecto, agotar la vía administrativa;
- d) los sometidos a un derecho que no es ni el civil ni el administrativo;
- e) los reproductores o confirmatorios de los que son ya firmes o inimpugnables.

El concepto dado es más extenso de lo que parece. Se extiende, dentro del Proyecto, no sólo a los actos que son manifestación positiva de voluntad de la Administración sino también al acto ficticio o presunto, nacido del silencio de aquélla, y no sólo a los actos de la Administración como Poder, sino también a los otros sustancialmente administrativos de la Asamblea y del Poder Judicial, y, en general, del Estado todo.

### La función administrativa de los Poderes Legislativos y Judicial.

Es sabido que, según una autorizada doctrina, las funciones del Estado pueden clasificarse material y formalmente. La clasificación material se funda en los elementos materiales (motivo, contenido y fin) y la formal en sus elementos formales (sujeto, procedimiento y forma). De acuerdo con esta doctrina, que sistematizó Duguit por vez primera (32), los actos se clasifican según el grado de generalidad

(32) León Duguit, Traite de Droit Constitutionnel, tomo 1, págs. 325 a 337. 3ª edición.

de su contenido. La ley es el acto de contenido general e impersonal y la sentencia y el acto administrativo los de contenido individualizado y concreto. Los dos últimos se distinguen entre sí por su motivo y su fin, pues mientras la sentencia tiene por motivo un litigio entre terceros frente al Juez y por fin mantener la integridad de la ley, el acto administrativo tiene motivos y fines múltiples, que nunca son esos mismos. La legislación es la función que se expresa en leyes, la administración en actos administrativos y la jurisdicción en sentencias.

Normalmente, a cada Poder corresponden actos del tipo de la función que le está encomendada en forma principal, de modo que la Asamblea dicta leyes, la Administración actos administrativos y sentencias el Poder Judicial.

Es posible, sin embargo, que un Poder realice actos correspondientes a la función de otro Poder y que, por ejemplo, la Asamblea o el Poder Judicial realicen actos administrativos, según el concepto de los mismos, ya dado. En esta hipótesis, dichos actos deben tener el mismo régimen que los emanados del Poder Ejecutivo y ser impugnables por la vía contencioso-administrativa.

Nuestra actual Ley de lo Contencioso, así como el viejo art. 49 Constitución Política (antes de su reforma) permitían la impugnación en la vía contenciosa únicamente de los actos emanados de la Administración Pública (P. Ejecutivo y entes menores) y excluían los de los otros Poderes aunque fueran materialmente administrativos.

Con la reforma del art. 49 la situación ha cambiado totalmente y con este Proyecto —si se hace ley— quedará consolidado el cambio.

Según el art. 49 Constitución Política y el art. 1º del Proyecto está sometida a la jurisdicción contenciosa toda la conducta del Estado que esté sometida a la ley, sea cual fuere el Poder que la realice, sin distinción alguna.



Se vio ya la importancia que ello tiene para una nueva definición del acto político o de Gobierno, que ahora parece posible únicamente si se conceptúa como el acto —ley del Poder Ejecutivo o de los entes administrativos menores. Podemos decir, también como consecuencia de aquellas normas, que hoy es acto administrativo en Costa Rica todo el que está sometido a la ley y no puede modificarla, aunque lo realice la Asamblea Legislativa o el Poder Judicial.

Es decir: ha cambiado el concepto de acto y de función administrativa con vista de nuestro derecho positivo actual. Hoy ya no procede distinguir los actos —como lo hace la doctrina francesa— atendiendo a su mayor o menor generalidad, ni a su motivo o fin. Hoy lo que importa, cuando menos para efectos de saber si son o no impugnables en la vía contenciosa, es saber si están o no sometidos a la ley. Si lo están son impugnables, salvo que la Constitución o la ley adviertan expresamente lo contrario.

En este aspecto el texto actual del art. 49 Constitución Política es bien claro cuando se refiere a "la función administrativa del Estado" en general, porque con ello alude a la conducta de los tres Poderes y de cualquier otra entidad pública.

El art. 1º del Proyecto, en cambio, padece un vicio de redacción que termina de confirmarse en el art. 4º ibídem. En el primero se habla de los actos y las disposiciones de la "Administración Pública" y en el segundo se enumeran, como parte de ésta, la Asamblea Legislativa y el Poder Judicial en cuanto realicen función administrativa. Con ello no sólo se elimina el amplio concepto del art. 49 Constitución Política que alude al Estado como un todo, sino que se fuerza contra doctrina el significado clásico de la palabra Administración Pública, con mayúscula. Desde siempre este giro ha designado al Poder Ejecutivo y demás entes de índole administrativa, como organizaciones al servicio principalmente de la función de esta misma naturaleza. La

Administración, con mayúscula, está integrada únicamente por Ejecutivo y los entes menores.

La administración, con minúscula, es la actividad administrativa. Resulta incorrecto y confuso decir que es parte de la Administración (con mayúscula) la Asamblea Legislativa o el Poder Judicial actuando en función administrativa, pues ello significa, más bien, que se está hablando de "administración" (con minúscula) en el sentido de actividad, aunque desarrollada por aquellos Poderes. Ello equivale a incluirlos dentro del Poder Ejecutivo contra el propósito fundamental del sistema de división de los mismos, imperante en C. R.

Sugerimos dar al párrafo primero del art. 1º del Proyecto de la redacción del art. 49 Constitución Política, y variar el párrafo cuarto en el sentido de que será función administrativa, para los efectos de la ley, incluso la desarrollada por el Poder Legislativo o Judicial u otros entes públicos cualesquiera.

En virtud de esta ampliación ingresan a la jurisdicción administrativa todos los actos internos de cada Poder como empresa que administra personal y equipo, así como todas las funciones externas, directamente atribuidas por la Constitución, que tengan naturaleza administrativa (en el sentido de estar supeditadas a la ley).

Todos los actos del Poder Legislativo supeditados a sus propias leyes, así como los del Poder Judicial, serán impugnables en esta vía, mientras la Constitución o la Ley no digan expresamente lo contrario.

Fundamentalmente, caen bajo el peso de esta jurisdicción todos los actos de la Contraloría Gral. de la República. Dichos actos han sido llevados a la jurisdicción contenciosa, hasta la fecha, partiendo de la consideración de ésta como institución semi-autónoma, y, en tal carácter, como ente u órgano administrativo.

El Proyecto suministra base suficiente para, sin desvirtuar el carácter formalmente legislativo de la Contraloría de la República, reputar sus actos administrativos y judicables por la vía contenciosa.

#### La inclusión del acto discrecional.

El acto definitivo, inimpugnable y no consentido del Proyecto que ingresa a la jurisdicción contencioso-administrativa, puede ser también un acto discrecional. Es ya conocido que la vieja redacción del art. 49 Constitución Política y la actual del art. 1º de la Ley del Juicio Contencioso Administrativo se refieren únicamente a los actos reglados del Poder Ejecutivo y entes públicos menores, y, con ello, excluyen los actos direccionales de la respectiva jurisdicción (33).

El art. 2º, inciso a) de dicha ley actual excluye expresamente de la jurisdicción los actos generales dictados en ejercicio de facultades discrecionales, con lo que aparentemente incluye los actos no generales o individuales de este último tipo discrecional. Ello, sin embargo, significaría un error interpretativo, porque el art. 9º *ibídem* declara bien lo que se entenderá por reglado y por discrecional, a los efectos de aplicar esta importante exclusión.

#### Dice el art. 9º inciso a):

“Se entenderá que el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las municipalidades e instituciones autónomas o semiautónomas del Estado, actúa en ejercicio de facultades regladas, cuando sus actos deban ser sometidos a disposiciones de una ley, de un reglamento o de un precepto administrativo”.

(33) Art. 49 C. Política: (texto antiguo): 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”.

El texto del art. 1. Ley del Juicio Contencioso-Administrativo es casi igual, con pequeñas variantes de redacción y ninguna de concepto.

Es simple la conclusión a contrario sensu: es discrecional, o no reglada, la decisión adoptada cuando el acto no está sometido a ley, reglamento o precepto administrativo, que precise sus elementos. Este acto, por no ser reglado, debe estar excluido, según lo dispone el mismo art. 9º *ibídem*, que ordena rechazar la demanda.

Esta es la interpretación prevalente en la jurisprudencia.

#### Cuatro actitudes son posibles en relación con el acto discrecional para los efectos de su impugnación contenciosa:

a) El acto no puede someterse a la jurisdicción si tiene un elemento —aunque sólo uno— discrecional. Esta tesis lleva a inmunizar del contencioso a la cuasi totalidad de la administración, pues todo acto es reglado y discrecional a la vez, y siempre tiene, a la par de un sujeto y de un fin necesariamente reglados, un motivo o un contenido discrecionales.

b) El acto es impugnabile pero únicamente en sus aspectos reglados, o más claro, únicamente si el aspecto impugnado es el reglado y no el discrecional.

c) El acto es impugnabile, no sólo en sus aspectos reglados, sino, además, en los aspectos discrecionales, en cuanto la discrecionalidad —como libertad de la Administración— tiene límites, cuya violación acarrea también la invalidez del acto. En realidad, esta postura doctrinal no acepta todavía el control de lo discrecional como tal, sino el de los aspectos reglados de lo discrecional, que son justamente sus límites, generalmente dados por principios generales de derecho no escrito. No nos referimos aquí a los aspectos legales del acto discrecional, sino a los límites necesarios de toda discrecionalidad como forma de la libertad administrativa, que se dan aparte y además de dichos otros aspectos legalmente reglados. Estos límites están constituidos por ciertos imperativos de la lógica y de la justicia para el caso concreto, que exigen que el acto realice

esos valores en un grado mínimo para que pueda reputarse válido. Estos principios, en otras palabras, son los que prohíben el acto absurdo, desproporcionado o inútil, por carecer de un mínimo de racionalidad, de justicia o de oportunidad. Aunque nada diga la ley al respecto, tales límites van implícitos en todo uso de la discrecionalidad y su violación invalida el acto.

d) El acto es impugnabile incluso en su aspecto discrecional verdadero, y no ya sólo en cuanto a los límites de lo discrecional. Se trata prácticamente de admitir el control sobre la oportunidad o el llamado mérito administrativo del acto, que es su grado de lógica, de justicia y de conveniencia por encima del mínimo antes aludido. El Juez, en virtud de este control de mérito, reconstruye el acto sustituyéndose al administrador y revocando el acto inoportuno, para dictar en su lugar el otro que considera más conveniente.

El sistema actual de Costa Rica equivale prácticamente al primero, a lo sumo al segundo de los enunciados. La jurisprudencia ha mantenido indistintamente una u otra postura, sea admitiendo demandas contra actos discrecionales en algún aspecto, a condición de que no fueran impugnados en el aspecto propiamente discrecional, sea rechazándolas por el simple hecho de tener el acto un aspecto discrecional, aunque no fuera impugnado en la demanda.

El sistema que introduce el Proyecto es el tercero explicado, que supone e incluye las ventajas del segundo, pero que excluye el cuarto, sea el control sobre la oportunidad pura del acto. En Costa Rica seguirá siendo imposible, aún si se aprueba el Proyecto, que el Juez se erija en administrador y sustituya a éste en el uso de los criterios de eficiencia para llenar su cometido. Lo único que podrá hacer el Juez es apreciar la legalidad del acto y no su oportunidad. Es decir podrá, de acuerdo con el Proyecto, hacer lo siguiente con el acto discrecional:

- a) controlar sus aspectos legales o regulados en forma expresa;
- b) controlar el respeto a los límites de la discrecionalidad que se suponen aspectos reglados de la potestad correspondiente, aunque no estén escritos en una ley. Esto último sobre todo, en relación con lo siguiente:
  - b-1) La existencia y exactitud de los motivos. → *existen*
  - b-2) La calificación legal de los motivos, en cuanto a los límites extremos de las apreciaciones hechas al respecto, desde el punto de vista de la lógica, la justicia o la oportunidad. →

No podrá controlar el óptimo de racionalidad, justicia o oportunidad debidos o posibles en un acto.

La discrecionalidad no será más, en ningún sentido, un motivo de incompetencia, salvo cuando se quiera llevar al Juez a juzgar lo hecho por la Administración desde el punto de vista exclusivo de la conveniencia o de la buena administración, hipótesis en que sí habrá incompetencia.

Conviene advertir que no hay un límite preciso entre control de legalidad y de oportunidad cuando se trata de indagar sobre los límites de la discrecionalidad. El caso más sencillo se da cuando la discrecionalidad existe por silencio parcial de la ley sobre un aspecto del acto, generalmente en cuanto al procedimiento administrativo; aquí tiene la Administración amplias facultades para regularlo según su libre criterio y es muy difícil encontrar límite alguno que comprima esa libertad casi irrestricta.

En segundo lugar, la ley puede conferir al órgano una expresa facultad de elección. El funcionario podrá actuar u omitir, sin limitaciones de ninguna especie. Así, por ejemplo, cuando se permite a la Dirección de Hacienda condonar multas fiscales, sin especificar por qué; la Dirección puede elegir entre hacerlo o no y es difícilmente fiscalizable cualquier elección hecha, mientras no resulte absurda, claramente injusta o inconveniente (mal precedente, trato desigual, escándalo político, etc.)

En las dos hipótesis de discrecionalidad descritas —silencio parcial de la ley y facultad de hacer o no hacer— hay poca intervención del Juez sobre los criterios determinantes de la Administración y es claramente discernible lo que, entonces, sería un control prohibido sobre la oportunidad del acto, y no sobre su legalidad.

La forma más sutil de discrecionalidad administrativa está en el uso de los llamados conceptos indeterminados. Es en su interpretación y aplicación al caso que resulta más fácil para el Juez invadir el campo de la pura oportunidad administrativa, porque es la hipótesis en que más base da la ley para entender cómo debe usarse la discrecionalidad conferida. Estos conceptos indeterminados son los que sirven, generalmente, para calificar y precisar los motivos de hecho del acto, los antecedentes que son necesarios para que se realice. Son, por ejemplo, los conceptos de utilidad pública, desorden público, artículo de primera necesidad, industria de importancia para el desarrollo económico, terreno inculto, funcionario más capaz, peligro grave de inundación, etc. Su interpretación depende de lo que el administrador crea que debe ser la conducta en la situación aludida, y es, por tanto, subjetiva. Ello no obstante, la ley puede querer limitar la conducta administrativa al emplear un concepto calificando su motivo, y el administrador debe actuar como si lo hiciera. Debe interpretarlo pero tratando de darle el sentido más amplio y general posible, como si fuese un concepto definido por la ley y no por él mismo.

En Francia los jueces no sólo controlan la materialidad y existencia del hecho motivo, sino, además la calificación y la interpretación administrativa del respectivo concepto indeterminado (34). En Italia la cuestión es dudosa pero la tendencia es cada vez más semejante a la de Francia, lo

(34) Andre de Laubadere, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, pág. 382 y stes.; Marcel Waline, *Droit Administratif*, pág. 437, 438 y stes.; George Vedel, *Droit Administratif*, págs. 220 y 429; Jean Rivero, *Droit Administratif*, págs. 226 y 227.

mismo que en España (35). Cabe sentar la tesis, en conclusión, de que en C. R. será posible con el Proyecto no sólo admitir la demanda contra el acto discrecional sino, además, controlar el uso por el funcionario de los criterios de interpretación del concepto indeterminado, empleado por la ley al referirse al motivo del acto. Con esto, el control sobre la conducta administrativa se extiende al máximo aceptable en doctrina.

### La desviación de Poder y el Proyecto.

Tanto el art. 49 de la Constitución como el art. 1º, párrafo 1º y 3º del Proyecto hablan expresamente de la desviación de poder como vicio del acto. Y la doctrina acostumbra vincular este vicio con la discrecionalidad, como si la desviación fuera un abuso de la discrecionalidad.

En otra publicación hemos definido nuestra pugna contra esta tesis. La desviación de poder, definida tal y como lo hace el art. 1º párrafo 3º del Proyecto, como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico" es un vicio de la moralidad del acto y no de su legalidad. Es decir, es una infracción disciplinaria —y eventualmente penal— de un deber de honestidad por el funcionario, que sirve de base para imponerle una sanción administrativa (o penal), pero no es un vicio del acto, necesaria e inevitablemente. Puede haber un acto subjetivamente nutrido de móviles espúreos e ilícitos, que objetivamente sea perfecto y válido, si reúne todas las condiciones externas necesarias para su perfección según la ley. Así, la revocación de una concesión de agua por uno de los motivos del art. 26 de la Ley de Aguas, que

(35) Guido Landi, *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 265; Federico Cammeo, *Corso di Diritto amministrativo*, págs. 770 y 771. Sebastián Martín Retortillo Baquer, *Revista de Administración Pública*, número 23, pág. 133 y stes.; Sebastián Martín Retortillo Baquer, *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia*, *Rev. Ad. Pública*, N° 30, pág. 171 y stes.; José Luis González Berenguer Urrutia, *Rev. Adm. Pub.* N° 37, págs. 169 y 170.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

son reglados y obligan a la autoridad, es válida aunque tenga lugar por fines de venganza o de lucro personal del funcionario. La razón es una: si el motivo legal se da carece totalmente de importancia el móvil el funcionario, porque la coincidencia entre el resultado real y externo del acto y la voluntad de aquel no es exigida por la ley para su perfección. En los actos de motivo reglado carece totalmente de importancia la existencia de móviles espúreos en el agente, salvo para sancionar su irregular intención.

En los actos discrecionales la situación es la misma, aunque el grado de irrelevancia de los móviles sea menor. La comprobada búsqueda de una finalidad subjetiva ilícita debe hacer presumir que el acto es también externa y objetivamente desadaptado al fin legal que debe tener e inepto para alcanzarlo, pero esa presunción está sometida a prueba en contrario, sobre la utilidad pública efectiva del acto. Supóngase que el móvil principal y comprobado de un despido tramitado con intervención del Servicio Civil es una falta grave de un servidor público, cuya gravedad es de apreciación discrecional, pero que, en el caso, efectivamente existe según la equidad y el sentido común. El Ministro ha ocultado ese motivo ilícito de venganza, que después trasluce, pero ha podido comprobar en autos que efectivamente la falta imputada al agente público es grave, en el sentido dicho.

Preguntamos: fuera de la inmoralidad del funcionario, que debe convertirse en un motivo disciplinario, qué importancia tiene desde el punto de vista del buen funcionamiento del servicio, que los despidos que deben hacerse porque hay motivo disciplinario suficiente en la realidad de los hechos, se hayan adoptado, además, por motivos de venganza?

En esta hipótesis, la comprobada existencia de móviles espúreos debe desplazar hacia la Administración la prueba de que, pese a los mismos, el acto es útil y fundado, pro-

bado lo cual debe tenerse por bueno y, colateralmente, sancionarse al agente inmoral. Pero, si ello es así, nunca debe servir para anular un acto que el interés público necesita y que efectivamente llena sus exigencias.

Finalmente, es preciso no confundir móvil subjetivo con fin del acto. Este se halla dado por la ley y no puede ser desviado, en tanto que el primero está puesto por el agente y puede serlo. Por eso, la desviación de poder, como abuso del acto para un fin sicológico desviado, nada tiene que ver con la discrecionalidad, ya que el fin legal y objetivo del acto —que es el punto de comparación necesario para fijar la desviación— es siempre reglado. La desviación de poder, entendida subjetivamente, no es vicio ni de la discrecionalidad ni de la legalidad del acto. Se trata de una falta disciplinaria que no debería tener otra trascendencia.

En virtud de nuestra Constitución y del Proyecto se ha convertido en vicio del acto. Esto significa que, contra toda lógica, en Costa Rica será posible anular decisiones bien tomadas y bien fundadas simplemente porque en su interior el funcionario quería cosa distinta de la finalidad legalmente debida.

Debe tenerse por cierto que, aun con tal equivocado planteo, la desviación de poder únicamente podrá o deberá declararse causa de anulación en la vía contenciosa cuando se den las siguientes condiciones:

- a) Que el acto sea discrecional en cuanto a motivo, y no reglado;
- b) que el móvil espúreo o ilegal esté comprobado en forma inequívoca, aunque no sea documental;
- c) que el móvil ilícito haya sido el único o el determinante; caso de duda deberá estarse por la inexistencia del vicio;
- d) que la desviación sea el único vicio del acto. Cuando hay otros, aunque sean instrumentales respecto de la

desviación de poder, deberá anularse preferentemente con base en aquellos y no con base en ésta. La desviación debe ser un vicio marginal o subsidiario.

#### El acto general impugnabile.

En C. R. el art. 2º inciso a) de la ley actual del Juicio Contencioso Administrativo excluye de la jurisdicción las disposiciones generales adoptadas en uso de facultades discrecionales. Este concepto, como se vio, contiene así, en realidad, dos exclusiones, a saber:

- a) los actos generales por su contenido y efecto;
- b) los actos discrecionales.

El art. 20, del Proyecto regula la impugnación de los actos generales. El régimen que establece al respecto es el siguiente:

a) Las disposiciones generales de la Administración (o del Estado en función administrativa) serán impugnables directamente y sin necesidad de esperar a que se dé el acto de aplicación de las mismas, cuando causen por sí el agravio al derecho o al interés legítimo. Este derecho o interés puede ser, entonces, tanto el de una entidad pública encargada de administrar la materia, como el de un particular directamente lesionado por la disposición. El particular se coloca en posibilidad de deducir esta impugnación directa cuando la disposición general le sea aplicable "sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual".

b) Tales disposiciones generales son impugnables también cuando sean aplicadas, al impugnar el acto de aplicación dictado con base en las mismas. En este caso, sin embargo, la pretensión debe ir dirigida contra el acto individual de aplicación y no contra la disposición general, que no podrá ser declarada nula. La impugnación del acto individual se hace con base en la ilegalidad de la disposición general, pero no parece posible pedir simultáneamente la anulación de ésta dentro de la vía procesal así regulada.

c) El acto individual fundado en una disposición general ilegal, es impugnabile aunque no se haya agotado previamente la impugnación directa de la disposición general o aunque, habiéndose agotado, haya sido resuelta desfavorablemente para el actor.

d) Las disposiciones de carácter general pueden ser impugnadas directamente en el único caso de que hayan sido "aprobadas definitivamente en la vía administrativa", lo que pareciera llevar a la conclusión de que no hay necesidad de agotar previamente respecto de las mismas la vía administrativa ni el recurso de reposición (o de revocatoria) exigido en general para el acceso a la jurisdicción contenciosa, esto último, además, en razón del texto expreso del art. 32 inciso c) que así lo ordena literalmente.

El art. 20 del Proyecto no hace distingo alguno entre reglamentos y actos generales, y con ello permite por igual la impugnación de ambos tipos de disposiciones generales de la Administración. Es ésta una distinción importante que debe hacerse, porque hay grandes diferencias en derecho administrativo entre uno y otro tipo de acto. Ambos son disposiciones generales, pero una cosa es el Reglamento y otra el acto administrativo general.

Existen dos diferencias importantes de régimen entre Reglamento y acto administrativo general, recogidas en el Proyecto (sin que sean las únicas doctrinariamente deducibles de su diversa naturaleza, tal y como se apuntó) que obligan a intentar esta distinción doctrinal, diferencias que son las siguientes:

a) La afirmación de que la vía administrativa no es necesaria para impugnar una disposición general de la Administración pareciera aplicable únicamente a los Reglamentos y no a los actos administrativos generales. En relación con éstos, a la inversa, es necesario el agotamiento de dicha vía, de acuerdo con la regla común. En efecto: los casos en que es debido agotar dicha vía según el art.

31.1 incisos a), b) y c), no parecen acomodar a la hipótesis de impugnación de un Reglamento. El Reglamento, por definición, es una norma para casos indeterminados, futuros, sin contenido actual, y no puede reputarse un negocio, tal y como designa el inciso a) del art. 31.1 el acto impugnabile. El negocio es algo concreto y producido dentro de una concreta relación jurídica ya nacida entre Administración y particular, en tanto que el Reglamento —aun si incide directamente sobre relaciones jurídicas— es la base o antecedente de esa incidencia, pero no es nunca una relación jurídica individualizada, el negocio de que se habla. El inciso b) tampoco es aplicable al caso del Reglamento, porque el Proyecto no contiene exclusión expresa de la necesidad del agotamiento de la vía administrativa respecto del mismo, como el tal inciso lo especifica. Pareciera, finalmente, que el inciso c) del art. 31.1 es aplicable al caso cuando dice que habrá de establecerse recurso de reposición (revocatoria), para agotar la vía administrativa cuando el acto emana del jerarca o autoridad suprema de la organización o entidad administrativa, porque los Reglamentos generalmente provienen de tal tipo de autoridad, pero ello queda desvirtuado cuando, acto seguido, el art. 32 inciso c) dispone que no habrá necesidad de establecer el dicho recurso contra las disposiciones generales cuando se trate de su impugnación directa y no a través de sus actos de aplicación. En otras palabras: la vía administrativa contra las disposiciones generales es innecesaria y puede entablarse la acción contenciosa sin necesidad de su previo agotamiento. Pero, preguntamos, ¿es ello así para toda clase de disposiciones, incluso para los actos administrativos generales? Se comprende la excepción al sistema tratándose de Reglamentos, entendidos como normas de origen administrativo, por todo lo ya expuesto. Pero el caso de los actos administrativos generales cae enteramente dentro del concepto del inciso a) del art. 31, porque los mismos son verdaderos negocios administrativos, como cualquier otro acto individual impugnabile. El acto administrativo general sirve para

llenar una necesidad pública concreta y transitoria, única por su identidad en el espacio y en el tiempo, que desaparece cuando se llena y respecto de la cual no será posible repetir indefinidamente el acto general dictado para ella. En tal sentido, el acto general se da dentro de una situación jurídica concreta común a la Administración y al reclamante y equivale a un negocio, conflicto o composición de intereses entre ambos. Respecto del mismo, el particular debe proceder como frente a un acto individualmente lesivo y agotar la vía administrativa.

b) Los reglamentos pueden ser modificados o derogados por otro reglamento, sin limitación alguna fundada en derechos consolidados, siempre que los mismos emanen de su aplicación y estén regulados por su texto; en tanto, que según el art. 35.1 del Proyecto, para anular o eliminar un acto administrativo —como es el acto general— es preciso acudir a la vía del proceso de lesividad, que obliga a la Administración perjudicada por sus actos inválidos favorables al particular a ir al Juez para dirimir su contienda con este último, a efecto de anular el acto. Aunque el Proyecto no lo dice, parece necesario igual trámite para revocar o modificar el acto por razones de mera oportunidad, por obvia mayoría de razón.

Antes de explicar lo que es Reglamento y acto administrativo general, quede claro que, pese a lo dicho, el Proyecto pareciera presentar una regulación unitaria y sin diferencia alguna entre uno y otro tipo de disposición general de la administración. Expresamente no hace distinciones al respecto y puede decirse que, consecuentemente, no hay base para hacerlas por vía de interpretación, como las hacemos ahora. Si ello es cierto, la distinción que sigue carecerá de toda utilidad. Pero, por lo dicho, afirmamos que tal tesis última es errada y que, aunque no lo diga literalmente, el Proyecto hace una importante diferencia tácita entre Reglamento y acto administrativo general, que es de importancia precisar a efecto de una mejor aplicación técnica del mismo.

En síntesis puede afirmarse que el criterio de distinción está principalmente en el motivo y en el fin del acto. Tanto el Reglamento como el acto administrativo general son verdaderos actos administrativos, en razón de su origen común y de su jerarquía dentro del orden jurídico, en el que están subordinados a la Constitución y a la ley. Con esta afirmación expresamente negamos que el Reglamento pueda reputarse una ley, en razón de ser una norma. Pero, por serlo, es posible distinguirlo del acto administrativo general.

El Reglamento es una norma que contempla una hipótesis de hecho no ocurrida y, en todo caso, repetible al infinito en el futuro, con el fin de regular la conducta de un sujeto indeterminado. Este sujeto es todo aquel que se encuentre en el futuro en la situación de hecho prevista por el Reglamento. El motivo del Reglamento es llenar una necesidad todavía no correspondiente a un hecho ocurrido y definido, y su fin es regular la conducta en relación con esa necesidad.

El acto general tiene de común con el Reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquél que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero, a diferencia del Reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin en satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irrepetible, y no meramente regular la conducta.

La doctrina alemana ha acostumbrado hacer la distinción entre Reglamento y acto general en la siguiente forma: en el Reglamento el acto administrativo se dirige a un sujeto indeterminado dentro de una hipótesis de hecho también indeterminada y repetible; en el acto general la disposición se refiere a un sujeto indeterminado pero dentro de una situación de hecho única e individualizada.

Recientemente un autor español ha intentado hacer la distinción poniendo el acento sobre el carácter "consumible" o no de los efectos del acto: hay acto general si su aplicación sólo puede darse una vez hasta obtener un único resultado, y hay Reglamento, en cambio, si se puede aplicar indefinidamente para una serie de casos repetibles (36). Esto es cierto, pero el enfoque es menos agudo que el de la doctrina alemana porque no es sino consecuencia y confirmación de ésta; una disposición es aplicable sólo una vez precisamente cuando está motivada por un hecho y una necesidad individualizados y tiene por fin satisfacerla, a través de un resultado también único; y es aplicable indefinidamente cuando parte de una hipótesis y una necesidad abstractas exclusivamente para regular la conducta y no para lograr un resultado concreto.

Los ejemplos del acto administrativo general pueden ser: la orden dada a los habitantes de una determinada calle en un día inclemente para que limpien las aceras; la orden de disolución de una reunión, la orden de fijación de los horarios y fechas para exámenes finales en los colegios y escuelas; la orden de sacrificio de un determinado tipo de animales en caso de epidemia, la autorización para una emigración colectiva; la convocatoria de la subasta de un contrato; el levantamiento o la imposición de la época de veda en la pesca o la caza, etc.

(36) Lorenzo Martín Retortillo, Actos Administrativos Generales y Reglamentos, Rev. de Adm. Pública, número 40, pág. 249: "la actuación administrativa será un Reglamento en cuanto se incruste en el ordenamiento jurídico y no en otro caso. La prueba de consunción será su signo más significativo: si la actuación administrativa se consume por sí misma, estaremos ante un acto administrativo; si, por el contrario, mantiene y extiende su valor para sucesivos cumplimientos, estaremos ante una norma, ante un Reglamento."

Eduardo García de Enterría formula igual criterio, sobre el carácter necesariamente integrador del orden jurídico propio del reglamento, al revés de lo que ocurre con el acto administrativo general, cuando dice: "Sin plantearnos ahora todo el importante problema de esta distinción entre Reglamentos y actos administrativos generales, bastará apuntar que el criterio básico es siempre, y a nuestro juicio, el ordinamentalista: el Reglamento forma parte del Ordenamiento, sea su contenido general o particular, y el acto administrativo, aun-



Podemos decir, en síntesis, que el Proyecto —en forma laudable— incluye toda clase de actos de la Administración dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa. Su amplitud está no sólo en la expresa inclusión de actos antes inimpugnables, como los reglamentos y los actos generales administrativos, sino, además y sobre todo, en las inclusiones tácitas que contiene, como las ya examinadas de los actos discrecionales, de los actos políticos, de los actos civiles y mercantiles del Estado, e, incluso, de los actos consentidos y firmes cuando son absolutamente nulos.

El Proyecto llega a más: incluye también el no acto, la nada sumida en el silencio administrativo. Esta doctrina no es nueva en C. R. Su regulación en el Proyecto es sustancialmente igual a la existente y su comentario versaría sobre líneas jurisprudenciales ya clásicas, por todos conocidas.

que su contenido sea general o se refiera a una pluralidad indeterminada de sujetos, no forma parte del Ordenamiento jurídico, es un acto ordenado, y no ordinamental. La distinción básica, es, pues, la de Ordenamiento, por una parte, y la de acto ordenado, por la otra, sin que sea oportuno intentar precisar ahora estos conceptos; como podríamos ver que en un análisis más detenido, ordinariamente el carácter de acto ordenado puede expresarse en un dato externo, el de que su cumplimiento es "consuntivo", agota el acto, en tanto que el cumplimiento de una norma, no sólo no agota o consume ésta, sino que, por el contrario, la afirma; no sería difícil seguir esta nota en los ejemplos señalados más arriba". Revista de Administración Pública, número 29, pág. 164).

## CAPITULO SEXTO\*

### EFFECTOS DE LA SENTENCIA\*

Lic. GONZALO RETANA SANDI  
Juez de lo Contencioso Administrativo

#### I. GENERALIDADES

1.—*Efectos* son las consecuencias que produce o se derivan de una sentencia.

Clasificanse en *jurídicos* (a su vez divididos en *materiales* y *procesales*) y en *económicos* (1).

#### II.—EFFECTOS JURIDICO - MATERIALES

La pretensión procesal recae, siempre, sobre un bien determinado, una cosa corporal o la conducta de otra persona, constitutivos del objeto de una relación jurídica (2). De ello que, lo que se pretende del órgano jurisdiccional, y sobre lo que recae la sentencia, esté referido a la realidad jurídica extraprocesal. Y, en consecuencia, esa sentencia tiene necesariamente que incidir en el mundo de las relaciones jurídico-materiales, mediante efectos que pueden ser *directos* o *indirectos* (3).

A.—*Directos*: se dice que hay eficacia jurídico material directa cuando el fallo, de modo inmediato, provoca en el

- (\*) Capítulo de la obra inédita del autor titulada: La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica (tesis doctoral), Madrid, 1962.
- (1) Así, Guasp, Derecho Procesal Civil, pp. 585-636; González Pérez, Tratado de Derecho Procesal Administrativo, II, pp. 725-865; La sentencia administrativa, etc., pp. 197-305.
- (2) Guasp, La pretensión procesal, p. 41.
- (3) Guasp, Derecho, cit., p. 585; González Pérez, Tratado, II, p. 725.